



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI PALERMO

SCUOLA DI DOTTORATO IN DIRITTO SOVRANAZIONALE E DIRITTO
INTERNO

Corso di Dottorato di ricerca in
Diritto Romano e Diritto Pubblico Interno e Sovranazionale
Indirizzo in Processo di integrazione europea e diritto internazionale
XXIII CICLO

AUTODETERMINAZIONE SESSUALE NEL DIRITTO INTERNAZIONALE

Tesi di dottorato di
Caterina Fatta

Tutor:
Chiar.mo Prof. Antonello Tancredi

Coordinatore
Chiar.mo Prof. Laura Lorello

ANNO ACCADEMICO 2012 - 2013

INDICE

INTRODUZIONE.....	1
-------------------	---

CAPITOLO I: LA TUTELA DELLA SESSUALITÀ COME ASPETTO DELL'IDENTITÀ INDIVIDUALE DEL CITTADINO

1. Introduzione: dell'integrità fisica e psichica e della sicurezza delle minoranze sessuali..	20
2. La repressione diretta dello Stato: le c.d. sodomy laws.....	22
2.1 La giurisprudenza della Corte EDU.....	23
2.2 La prassi del Comitato dei Diritti dell'Uomo e delle U.N. <i>Agencies</i>	40
2.3 Le sodomy laws nel panorama comparato e nell'Unione Europea.....	46
3. L'età del consenso.....	52
4. La tortura, le esecuzioni e la detenzione arbitrarie.....	60
5. La violenza dei privati.....	64
5.1 Hate crimes.....	67
5.2 Hate speech.....	73
6. Conclusioni.....	79

CAPITOLO II: LA TUTELA DELLA SESSUALITÀ COME ASPETTO DELL'IDENTITÀ INDIVIDUALE DELLO STRANIERO

1. Introduzione: protezione internazionale per orientamento sessuale e identità di genere..	82
2. Il riconoscimento dello status di rifugiato: il ruolo del UNHCR.....	89
2.1. Well-founded fear of persecution.....	93
2.2. Il requisito della discrezione e la protezione interna.....	100
2.3 Credibilità e Rivelazione successiva c.d. sur place claim.....	104
2.4 La "Direttiva Qualifiche": limiti e prospettive.....	109
3. I limiti all'espulsione: la protezione sussidiaria nella giurisprudenza della Corte EDU e nelle decisioni della Commissione ONU contro la Tortura	113
3.1 La giurisprudenza della Corte EDU.....	115
3.2 La prassi della Commissione ONU contro la Tortura.....	124
4. I limiti all'espulsione: la tutela della dimensione familiare.....	128

5. Conclusioni.....	133
---------------------	-----

CAPITOLO III: LA TUTELA DELLA SESSUALITÀ COME ASPETTO CARATTERIZZANTE LA CONDOTTA DELL'INDIVIDUO NELLA SFERA PUBBLICA

1. Introduzione: il principio di non discriminazione nel godimento dei diritti civili, politici, economici e sociali delle minoranze sessuali.....	135
2. Libertà di espressione, associazione e riunione: le restrizioni.....	136
2.1 Libertà di riunione in seno al COE.....	139
2.2 La libertà di espressione nell'ordinamento dell'UE e nella prassi degli organi ONU.....	147
3. Diritto alla salute e riconoscimento giuridico degli effetti della riassegnazione chirurgica del sesso.....	152
3.2 Discriminazione nei servizi sanitari: donazione del sangue.....	154
3.3 segue: educazione sessuale nelle scuole.....	156
3.4 Riassegnazione chirurgica del sesso.....	159
3.4 segue: rimborso spese mediche affrontate per l'operazione di riassegnazione del sesso.....	165
4. Diritto al lavoro.....	170
4.1 Diritto al lavoro: gli omosessuali nelle forze armate e i transessuali nella pubblica amministrazione, tra giurisprudenza EDU e CGE.....	171
4.2 Discriminazione sul luogo di lavoro: dress code.....	177
4.3 segue: agevolazioni e vantaggi salariali.....	179
5. Diritto alle misure di sicurezza sociale.....	185
6. Conclusioni.....	188

CAPITOLO IV: LA TUTELA DELLA SESSUALITÀ COME CARATTERISTICA QUALIFICANTE LE RELAZIONI AFFETTIVE INTERPERSONALI

1. Introduzione: la sessualità nei rapporti tra individui.....	191
2. La tutela giuridica delle coppie dello stesso sesso.....	195
2.1 La successione nel contratto di locazione.....	197

2.2 La pensione di reversibilità nella giurisprudenza della CGE.....	201
2.3 segue: la pensione di reversibilità nella giurisprudenza delle Corte EDU.....	208
2.4 Altri benefici assistenziali.....	213
3. Il diritto al matrimonio per le minoranze sessuali.....	217
3.1 Il diritto al matrimonio nella giurisprudenza della Corte EDU.....	220
3.2 Il diritto al matrimonio nella prassi e nelle decisioni degli organi ONU.....	225
4. Il diritto a fondare una famiglia: diritti parentali delle minoranze sessuali.....	228
4.1 Il disconoscimento della paternità per i transessuali.....	230
4.2 Affidamento e diritto di visita: rilevanza della sessualità in caso di separazione dei coniugi nella giurisprudenza della Corte EDU.....	233
4.3 Affidamento e diritto di visita: rilevanza della sessualità in caso di separazione dei coniugi nella giurisprudenza della Corte Interamericana.....	237
4.4 Adozione.....	239
5. Conclusioni.....	247
 CONCLUSIONI.....	 252
 BIBLIOGRAFIA.....	 272

"To love. To be loved. To never forget your own insignificance. To never get used to the unspeakable violence and the vulgar disparity of life around you. To seek joy in the saddest places. To pursue beauty to its lair. To never simplify what is complicated or complicate what is simple. To respect strength, never power. Above all, to watch. To try and understand. To never look away. And never, never, to forget".

Arundhati Roy

"Bada a non cesarizzarti e a non farti macchiare dalla porpora come suole avvenire. Serbati sincero, buono, onesto, dignitoso, contrario a qualsiasi pompa, propenso alla giustizia, religioso, pacifico, benefico, tenace nell'adempire ai tuoi doveri. Lotta per restare quale la filosofia volle farti; adora gli Dei, benefica gli uomini. Breve è la vita e solo frutto di questa vita terrena è la santità dell'animo e le azioni proficue al bene comune. In ogni azione tieni una condotta degna di un discepolo di Antonino: la sua tenacia e la sua fermezza nell'agire secondo ragione, il suo contegno sempre uguale, la purezza della sua vita, la serenità della sua fisionomia, la dolcezza, il disdegno della vanagloria, l'ambizione di volere capire le cose; e come non lasciasse mai passare questione senza averla bene studiata e ben compresa, e come tollerasse coloro che si lagnavano ingiustamente di lui, senza lamentarsi a sua volta di loro, e come non agisse mai di fretta, come non ascoltasse le calunnie, come fosse diligente indagatore dei costumi e degli atti e per nulla maldicente né pusillanime, né diffidente, né sofista; come s'accontentasse di poco nei riguardi dell'alloggio, del letto, dei vestiti, del cibo, dei servi; come fosse laborioso e paziente; come, per la sua frugalità, potesse resistere ad uno stesso lavoro fino a sera; come fosse costante e sempre uguale nelle sue amicizie; come sopportasse quelli che osavano contraddire apertamente alle sue idee, e come gioiva, se qualcuno ne esponeva di migliori; come fosse infine devoto senza superstizione."

Marco Aurelio

INTRODUZIONE

Negli ultimi venti anni, si è assistito a un progressivo incremento dello sforzo interpretativo della scienza giuridica sul rapporto tra sessualità e diritti umani¹. La sessualità si è inserita nel discorso normativo sui diritti fondamentali in maniera problematica, giacché l'assenza di categorie giuridiche chiare e l'influenza di fattori sociali, culturali e religiosi² hanno reso – e tuttora rendono – incoerente e incostante l'evoluzione di una *policy* in materia.

La prolungata assenza di riferimenti alla sfera sessuale dell'individuo nella disciplina dei diritti fondamentali è da imputare, in origine, all'influenza della tradizionale dicotomia giuridica pubblico/privato. In accordo ai principi della dottrina giuridica di stampo liberale, che hanno caratterizzato l'evoluzione dei diritti dell'uomo, l'ambito di applicazione delle norme internazionali si estende fin tanto che è necessario proteggere i diritti individuali dalle potenziali limitazioni illegittime perpetrate dagli Stati³. Ciò che si traduce nell'inapplicabilità di tali norme ai rapporti di stampo puramente privatistico, ossia quei rapporti che negli ordinamenti interni si collocano teoricamente al di fuori della sfera d'interesse dell'autorità statale⁴.

In ragione di questa tradizionale impostazione, quindi, i fatti legati alla sfera sessuale dell'individuo – la più alta espressione della sfera privata – sono rimasti in ombra nell'ordinamento internazionale, privi di rilevanza giuridica.

Eppure, questo stato di cose è conciliabile solo con un concetto minimale e culturalmente orientato di sessualità, ossia limitato alla condotta sessuale convenzionale. Se assumiamo che con l'espressione “sfera sessuale” si faccia riferimento alla condotta sessuale tra un uomo e una donna nell'ambito di un rapporto socialmente accettato, preferibilmente coniugale, allora è verosimile che

¹ Per una panoramica sul rapporto tra sessualità e diritti umani e per gli opportuni riferimenti bibliografici cfr. con Miller, A. M. (2009). *Sexuality and Human Rights*. The International Council on Human Rights Policy, Geneva. I termini *sexual rights* e *sexuality and human rights*, spesso usati come sinonimi, sono “etichette giuridiche” che consentono un complessivo riferimento a tutti gli aspetti giuridici che sono legati al tema della sessualità e che non mancano di sovrapporsi, come ad esempio il tema dei diritti delle donne, del diritto alla salute, dei c.d. *reproductive rights*, del diritto alla non discriminazione, dei movimenti contro la violenza e così via. Tra i più rilevanti contributi in tal senso: A. Miller, «Sexual but Not Reproductive: Exploring the Junction and Disjunction of Sexual and Reproductive Rights,» *Health and Human Rights* 4/2 (2000): 68-109; R. P. Petchesky, «Sexual Rights: Inventing a Concept, Mapping and International Practice,» in *Framing the Sexual Subject: The Politics of Gender, Sexuality and Power*, 81-103 (Berkeley: University of California Press, 2000); Y. Tambiah, «Sexuality and Human Rights,» in *From Basic Needs to Basic Rights: Women's Claim to Human Rights*, 369-390 (Washington, DC: Women, Law and Development International, 1995); S. T. Fried e I. Landsberg-Lewi, «Sexual Rights: From Concept to Strategy,» in *Women's Human Rights Reference Guide*, 91-122 (New York: Transnational Press, 2000).

² È opinione concorde della letteratura specializzata che: «our understanding of our body and self is shaped by a specific cultural, material, socio-economic, and political context. Sexuality is also variable and fluid, and individuals' relationship to sexuality can evolve over time» in S. T. Fried, «Sexuality and Human Rights,» *Health and Human Rights* 7, n. 2 (2004): 273-304 pag. 273.

³ «À l'origine, la problématique des droits de l'homme est d'abord une problématique de limitation au pouvoir» F. Sudre, *Droit européen et international des droits de l'homme*, 10 édition (Paris: Presses Universitaires de France, 2011) p. 50

⁴ A. Clapham, *Human Rights in the Private Sphere* (Oxford: Clarendon Press, 1998).

lo Stato non vi interferisca. Infatti, laddove giustificata⁵ e conforme ai ruoli di genere la sfera sessuale è addirittura tutelata da qualsiasi eventuale interferenza.

Quando i più importanti strumenti di tutela dei diritti umani sono stati redatti, la maggior parte degli Stati giuridicamente più evoluti garantiva il contesto sociale e giuridico all'interno del quale potesse svolgersi una condotta sessuale accettabile. Tale circostanza si rifletteva in maniera evidente anche nella fisionomia dell'ordinamento internazionale, tant'è che nei testi di tutela dei diritti fondamentali emergevano soltanto due riferimenti legati alla sessualità. Il primo concernente le condizioni per contrarre matrimonio⁶, l'altro l'eguaglianza tra i coniugi⁷; entrambi, comunque, indirettamente riferibili al consenso necessario per contrarre relazioni sessuali, intese nella loro limitata funzione riproduttiva.

Tuttavia, la sfera sessuale non si riduce a questo. Al contrario, coinvolge una molteplice varietà di aspetti dell'esperienza individuale. La sfera sessuale è il risultato di una condotta sessuale, di un'identità sessuale e di genere, nonché dello status relazionale ad esse associato. Nel contesto giuridico dei diritti fondamentali, la sessualità deve essere intesa nella sua interezza, senza il filtro dei pregiudizi di origine sociale. Pertanto, questa va valutata come il complesso dei caratteri specifici quali l'identità, l'orientamento, il desiderio e la condotta sessuale. Tutti elementi che congiuntamente costituiscono la soggettività sessuale dell'individuo nella società⁸. In questo senso, quindi, questa coinvolge aspetti quali i rapporti di filiazione, l'espressione della propria identità sessuale, il riconoscimento e la tutela delle relazioni interpersonali, la libertà di praticare condotte sessuali non convenzionali, nonché gli aspetti legati alla salute e ai benefici assistenziali. Sostanzialmente, aspetti concernenti sia la vita privata che quella pubblica⁹ dell'individuo.

⁵ Storicamente la sessualità, a seconda dell'impianto culturale cui si riferisce, è giustificata dalla riproduzione, dalla sua funzione di strumento di controllo della società (come riproduzione di schemi sociali che ripropongono modelli di dominanza maschile) o, nelle culture occidentali, almeno dall'amore; cfr. M.C. Nussbaum, *From Disgust to Humanity, Sexual orientation & Constitutional Law* (Oxford: Oxford University Press, 2010). Infatti, «both historically and today, almost all sexual behaviour has to be justified: traditionally, by reference to marriage, reproduction; today, by love» in G. Rubin, «Thinking Sex: Notes for a Radical Theory of the Politics of Sexuality,» in *Pleasure and Danger: Exploring Female Sexuality*, 267-318 (Boston: Routledge & Kegan Paul, 1984) p. 35

⁶ Ci si riferisce in particolare all'articolo 10 del Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali (marriage must be entered into with consent of the intending spouses) e all'articolo 23 del Patto internazionale sui diritti civili e politici (free and full consent).

⁷ Diversi sono i testi che posso essere citati in questo senso, tra tutti la Supplementary Convention on the Abolition of Slavery, the Slave Trade, and Institutions and Practices Similar to Slavery volta soprattutto a combattere la pratica dei c.d. *servile marriages*.

⁸ Kay Lalor nel rivedere il pensiero di Brown, ha sostenuto che «...sexuality is about the erotic and about power, but it also speaks to discourses of truth, class, race, nation, gender, desire and more. Sexuality cannot be reduced to a point where it is readable along a single social relation or a single set of interpretative terms. Instead many different factors feed into the way different individuals and groups understand, interpret and reinterpret sexuality. It is therefore unsurprising that nomenclature is such an issue – sexuality can speak to many different aspects of our being and selfhood as individuals and as members of communities – this is in large part because it operates at a nexus of many different prolongations, permutations and lines of flight...The discursive terrain in which sexuality operates is extremely broad: in many cases the argument is not just about the validity of other sexual orientations, or what roles alternative sexualities should play in mainstream society, or whether individuals in same sex relationship should be granted the same kind of rights as those in heterosexual relationship, but about whether such sexualities should be visible at all» in K. Lalor, «Constituting sexuality: rights, politics and power in the gay rights movement,» *The International Journal of Human Rights* 15, n. 5 (June 2011): 683-699 pag. 684-685.

⁹ La soggettività sessuale dell'individuo è un concetto talmente complesso che non può prescindere dall'influenzare anche gli aspetti relazionali pubblici dello stesso. A questo proposito si è parlato in letteratura di *sexual citizenship*. Tale concetto serve per «capture the ways in which sexual difference or conformity influences the ability of individuals to participate in political society, or excludes them. It is meant also to suggest that multiple rights need to be fulfilled in order for a person to participate as a full member of his or her local or national polity.» in D. Richardson, «Constructing Sexual Citizenship: Theorizing Sexual Rights,» *Critical Social Policy* 62 (2000): 105-135; cfr. anche A.R. Wilson, «The 'neat concept' of sexual citizenship: a cautionary tale for human rights,» *Contemporary Politics* 15, n. 1 (2009): 73-85.

Prescindendo allora dalla sola definizione “convenzionale” di sessualità, si rivela infondata la circostanza che gli Stati si astengano dall’ingerenza nella sfera sessuale, quale aspetto esclusivamente privato della vita del cittadino.

Al contrario, di norma negli ordinamenti interni, la maggior parte degli aspetti legati alla sfera sessuale sono oggetto diretto di interventi normativi. Spesso, peraltro, attraverso la trasposizione normativa di precetti religiosi o il recepimento delle istanze culturali e di costume. È evidente, ad esempio, come la disciplina del diritto di famiglia e dei diritti della personalità sia intimamente legata alla sfera sessuale dell’individuo. Basti pensare che le norme che regolano l’istituto matrimoniale (o istituti equivalenti) sono strutturate in modo tale da fornire legittimazione giuridica alle sole relazioni sentimentali e sessuali ritenute conformi ai valori di una data comunità, o che il riconoscimento giuridico di talune identità di genere può essere frustrato dalle norme che disciplinano l’esercizio del diritto al nome. L’intervento nella sfera sessuale avviene anche per mezzo dell’amministrazione dei servizi sanitari, di cui può essere inibita la fruizione in presenza di determinate condizioni. Ancora, il libero godimento di espressioni non convenzionali della sessualità passa soprattutto attraverso la disciplina penalistica¹⁰.

Proprio attraverso l’esame comparativo dei sistemi interni di diritto penale ci si avvede di come la sessualità non convenzionale non abbia mai costituito un fatto giuridico di stampo puramente privato. Al contrario, lo strumento penalistico di stampo sanzionatorio è stato – e per certi versi è tuttora – uno degli strumenti privilegiati per avversare e reprimere tutte le espressioni non maritali, non riproduttive e non eteronormative della sessualità; più in generale, tutte le condotte contrarie ai ruoli di genere in base ai quali è strutturata e ordinata una determinata società. Infatti, quasi ogni ordinamento sanziona, o ha sanzionato, i c.d. reati contro la “morale pubblica”, “il buon costume” o contro “l’ordine naturale”, punendo severamente condotte quali i rapporti sessuali tra adulti consenzienti dello stesso sesso e l’adulterio¹¹.

Laddove lo Stato, poi, non intervenga disciplinando direttamente le diverse espressioni della sfera sessuale individuale, può contribuire comunque alla legittimazione delle norme di origine sociale e, quindi, delle sole espressioni della sessualità convenzionale, giacché accettata o imposta. In altri termini, l’astensione dalla normazione diretta non si traduce necessariamente

¹⁰ Più indirettamente, come si vedrà nel corso della trattazione, l’intervento sulla sfera sessuale avviene attraverso la disciplina della cittadinanza e la legislazione in materia di immigrazione, oppure per mezzo delle disposizioni in materia di successione o locazione. Si pensi inoltre alla legislazione di stampo coloniale rivolta ad attuare una segregazione sociale, sessuale e di genere, attraverso la disciplina di matrimonio e della prostituzione cfr. O. Phillips, «(Dis)Continuities of Custom in Zimbabwe and South Africa: The Implications for Gendered and Sexual Rights.» *Health and Human Rights* 7, n. 2 (2004): 83-113.

¹¹ «Human rights debates about adultery raise different issues, and expose a gap in basic principles justifying state regulation of sexual behaviour. In 2002, the Human Rights Committee’s review of Egypt under the ICCPR adopted contradictory positions on the laws regulating adult sexual conduct. With regard to same sex behaviour between men, the HRC promoted liberty and called on Egypt to “refrain from penalizing private sexual relations between consenting adults”. In the case of men or women having sex outside marriage in Egypt, the Committee focused on equality and called for the equal application of criminal penalties.» in A. Miller e C.S. Vance, «Sexuality, Human Rights, and Health.» *Health and Human Rights* 7, n. 2 (2004): 5-15.

nell'espressione statale di un principio di libertà e tolleranza in campo sessuale, piuttosto spesso, invece, è l'evidenza della volontà di accettazione formale di uno spazio giuridico in cui si afferma l'imperatività delle norme di produzione culturale, sociale e religiosa¹². La scelta di non intervenire non è neutra perché permette, se non addirittura agevola, l'indiscriminato dispiegarsi dei rapporti sociali di forza e l'affermarsi delle pratiche religiose e di costume¹³, che impongono determinati modelli di comportamento o vietano talune condotte. Si pensi, in questo senso, alle mutilazioni genitali femminili, pratica diffusa in molti Paesi africani e del Medio Oriente, simbolo della piena integrazione della donna nella comunità di appartenenza. Attraverso la mutilazione si attua il controllo della sessualità della donna, che acquisirebbe docilità e obbedienza nei confronti del futuro marito, in ragione della supposta perdita del piacere sessuale. Tale pratica, che lede gravemente l'integrità fisica della donna, non è repressa dai governi, giacché espressione di un sistema culturale condiviso dalla società.

È evidente, pertanto, che la supposta estraneità dello Stato agli aspetti più intimi dell'individualità è smentita dalla circostanza che gli ordinamenti giuridici interni sono strettamente coinvolti nella disciplina della sessualità. Anche se la legge non esaurisce la regolamentazione di tutti gli aspetti legati alla sfera sessuale, questa comunque svolge un ruolo cruciale nel libero godimento di tutti gli aspetti e facoltà ad essa connesse. In questo modo, se l'ordinamento giuridico può definire gli estremi e le condizioni della sessualità convenzionale¹⁴, tutto quello che si colloca al di fuori le strette maglie di tali criteri non può caratterizzarsi come un fenomeno giuridicamente degno di tutela, anzi, al contrario, potrebbe essere oggetto di persecuzione¹⁵.

Ciononostante, la consapevolezza del ruolo assunto dagli ordinamenti interni nella costruzione del modello sessuale socialmente accettabile e degli effetti discriminatori di questo

¹² È stato sostenuto che «nevertheless, individual incidents of "gay-bashing", while usually a violation of domestic law, are not generally treated as International human rights concerns. This approach, however, neglects the state's role in encouraging violence against sexual minorities through its passivity, its promulgation of laws criminalizing or discriminating against sexual minorities, or the role of powerful religious leaders in the United States, Argentina, Iran, and other countries have publicly called for executing, imprisoning or committing other violence against sexual minorities» in J.D. Wilets, «Conceptualizing Private Violence against Sexual Minorities as Gendered Violence: an International and Comparative Law Perspective,» *Albany Law Review* 60 (2008): 989-1049.

¹³ L. Palazzani, *Sex/gender: gli equivoci dell'eguaglianza* (Tornino: G. Giappichelli Editore, 2011).

¹⁴ La costruzione di un soggetto giuridico strutturato sulla presunzione di eterosessualità e conformità ai ruoli di genere avviene, quindi, sia attraverso le norme giuridiche (cfr. M. Grigolo, «Sexualities and the ECHR: Introducing the Universal Sexual Legal Subject,» *European Journal of International Law* 14, n. 5 (2003): 1023-1044.), nonché attraverso l'affermarsi delle convenzioni sociali, che influiscono necessariamente nella formazione della sessualità individuale. Infatti, «we are now very conscious that the idea of sexuality as a separate continent of either experience or knowledge is itself a historical invention, with traceable conditions of existence. It is a contingent, culturally specific, often unstable linkage of related, but separable, elements: bodily potentials, desired, practices, concepts and beliefs, identities, institutional forms. It is highly gendered, but notoriously malleable. It may have hegemonic patterns, but this patterns in turn are usually defined by excluded others, and marked by variation shaped by culturally and materially defined differences: class, age, ethnicity, nationality, geography. The erotic is neither a thing in itself, nor predominantly (if at all) a natural phenomenon, neither something that can be detached from the body, nor cut off from the mind. It is more than an empty space, but less than an all-encompassing imperative. It has become a land of possibility where need, pleasure, commitment and passion can be explored» in J. Weeks, «The Sexual Citizen,» *Theory Culture Society* 15, n. 35 (1998).

¹⁵ A tal proposito, «Nevertheless, states have traditionally been very willing to discard the private/public distinction in order to punish sexual minorities for violating gender norms. Thus, while a man's beating of his wife has been traditionally considered a private, "domestic" concern, same-gender private sexual activity between two consenting adults has been considered within the legitimate scope of the state's concern. In both cases, an actor representing the interests of male supremacy enforces gender norm expectations. The private/public distinction enables men to enforce these norms against members of their household. Conversely, when violations of gender norms are committed by individuals outside of the male dominated heterosexual household paradigm, such as sexual minorities, piercing the public/private distinction enables the state to intervene and perform the role of the husband or father.» J.D. Wilets, *op. cit.*

ruolo non erano ancora evidenti nel periodo storico di formazione della disciplina internazionale dei diritti fondamentali, segnato invece dall'attenzione verso i c.d. diritti civili e politici. Questa circostanza ha fatto sì che l'originaria fisionomia dei sistemi di protezione dei diritti umani non fosse in grado di intervenire a tutela di tutti coloro i quali – soprattutto donne e minoranze sessuali¹⁶ – fossero vittime di aggressioni all'integrità fisica e psichica nella propria sfera privata, ovvero fossero vittime di norme giuridiche valide ed efficaci di tipo sostanzialmente repressivo e discriminatorio¹⁷.

Ciò è tanto più vero quando si consideri che la concreta attuazione delle norme di tutela dei diritti umani passa attraverso il sistema giuridico dello Stato¹⁸.

Il sistema culturale e sociale, di cui l'ordinamento interno è espressione, è cruciale, giacché il rapporto di osmosi tra norma interna e internazionale può generare conseguenze inaspettate. Infatti, norme internazionali basate su un modello neutrale di predominanza di genere (c.d. *gender neutral* o, accentuandone l'accezione negativa, *gender in sensitive approach*), possono nella concreta applicazione prestare il fianco alle pratiche discriminatorie e repressive interne¹⁹. Si pensi ai casi di simbiosi esplicita, quando le norme internazionali sono formulate con espressioni del tipo “*according to law*” o “*prescribed by law*”, come ad esempio l'articolo 22 del Patto sui diritti civili e politici che recita «...No restrictions may be placed on the exercise of this right other than those which are prescribed by law....» Il riferimento all'integrazione da parte degli ordinamenti interni può avvenire anche in modo implicito, ad esempio facendo riferimento a concetti come “famiglia” o “matrimonio”. Questi termini, infatti, nonostante abbiano una connotazione generale universalmente riconosciuta, possono essere giuridicamente regolati in modo tale che in concreto si faccia riferimento a concetti profondamente differenti. Si pensi all'espressione relativa al diritto di

¹⁶ Il termine minoranza sessuale sarà impiegato nel corso della trattazione in senso tecnico, ossia per indicare tutti gli individui caratterizzati dalle c.d. “*non conforming sexualities or gender identities*”.

¹⁷ Negli ordinamenti interni, in alcuni casi, anche l'esistenza stessa di coloro che sono espressione di sessualità non convenzionali è messa in discussione. A volte le autorità di governo indicano come inesistenti fenomeni come quelli dell'omosessualità o ancora indicati come portatori di patologie o criminali. In questo senso è impossibile ritenere che anche a livello internazionale, almeno nel momento di formazione originaria, si potesse ottenere un sistema di protezione di alcune classi di soggetti, giacché il riconoscimento di un diritto precede l'organizzazione della sua protezione. In questo senso è impossibile pensare di poter riconoscere un diritto in relazione ad un fenomeno invisibile. Infatti: «les textes internationaux ne “cren” pas le droits de l'homme mais les reconnaissent et, pour certains, les érigent en catégorie Juridique et leur confèrent un régime protecteur» (in F. Sudre, *Droit européen et international des droits de l'homme*, 10 édition (Paris: Presses Universitaires de France, 2011) pag. 40). In questo senso, infatti, «The legacy of the ‘public/private divide’ also continues to play a troubling role. For many years, legal experts took the view that (with certain exceptions) private life was off-limits to state regulation, and therefore to human rights law. Human rights law was drafted accordingly, and this impeded the ability of many women to protect or claim their rights. Ironically, sexuality outside marriage – sex transacted for money, between trans persons or persons of the same sex, or heterosexual sex outside of marriage – was (and often still is) deemed public. For individuals who engaged in such sex, privacy was no protection; the state had full powers to penalise them.» in A. M. Miller, «Sexuality and Human Rights.» *The International Council on Human Rights Policy* (Geneva, 2009) p. 22

¹⁸ in questo senso, infatti, «However, because international law, including human rights law, is grounded in state-based systems, its evolution has affirmed state or national sovereignty. George Mosse has notably argued that national self-image, respectability and regulation of public morality are closely linked. Informed by this perception, one can understand how international relations attributed to nation states the responsibility of determining how sexuality would be organised. Most but not all sex law was insulated from the reach and criticism of human rights.» in A.M. Miller, *ibidem*.

¹⁹ Infatti, è stato notato – con riferimento alle discriminazioni di genere – che *although international law is gender neutral in theory, in practice it interacts with gender biased domestic laws and social structures that relegate women and men to separate spheres of existence: private and public* in D.Q. Thomas & M.E. Beasley, «Domestic Violence as Human Rights Issue.» *Human Rights Quarterly* 15, n. 36 (1993).

“*men and women of marriageable age to marry and to found a family*”²⁰. La norma non specifica quale sia l’età per contrarre matrimonio, quale tipo di cerimonia è necessaria per suggellare propriamente l’unione o se con il termine famiglia si intenda quella nucleare, estesa o monogenitoriale, composta da partner di sesso opposto o dello stesso sesso. Sono i singoli ordinamenti interni con le rispettive discipline che forniscono i necessari dettagli per la definizione completa della disposizione²¹.

Ciò che emerge è che i sistemi di protezione dei diritti fondamentali, sia universali che regionali, nel non affrontare il tema della tutela della sfera sessuale dell’individuo, hanno permesso che gli Stati potessero indiscriminatamente reprimere, direttamente o indirettamente, tutte le espressioni non convenzionali della sessualità. Le convenzioni sociali, religiose e culturali hanno rappresentato il contesto all’interno del quale la disciplina dei diritti umani, con riferimento alla sfera sessuale, ha operato concretamente e di cui ha assunto le caratteristiche.

Tuttavia, l’eco di tali interferenze in uno degli aspetti più intimi della vita dell’individuo non ha tardato a riverberarsi nell’arena internazionale. Le violazioni dei diritti fondamentali legate al genere, all’orientamento sessuale e all’identità di genere si sono rivelate inclusive di – ma non limitate a – omicidi, stupri e aggressioni, torture, detenzioni arbitrarie, disconoscimento del diritto di associazione e riunione, di espressione e informazione, nonché discriminazioni sul lavoro, nella tutela della salute e nel settore dell’educazione²².

L’emergere di tali evidenze ha così determinato, nonostante l’originaria debolezza, le prime reazioni degli organi regionali e universali di tutela dei diritti umani nei casi in cui fossero coinvolti aspetti della sessualità individuale. La giurisprudenza e la prassi internazionale hanno così iniziato – proprio a partire dalla tutela dell’integrità psicofisica dell’individuo – ad affrontare temi legati, più o meno esplicitamente, alla tutela della sfera sessuale nell’alveo della disciplina dei diritti umani. Un sistema fondato sulla fondamentale premessa dell’eguaglianza di tutti gli individui²³ non

²⁰ Articolo 23(2) Patto internazionale sui Diritti Civili e Politici.

²¹ La *Human Rights Committee* ha espressamente riconosciuto che la forma della “famiglia” può differire tra i diversi paesi, ma ha al contempo stabilito che *when a group of persons is regarded as a family under the legislation and practice of a State, it must be given the protection referred to in Article 23*, General Comment 19, UN Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add 1-4, 27/07/90, par. 2.

²² «Under international law, the distinction between the private and public sphere is even more pronounced, since the traditional concern of international law has been the conduct of states, not individuals. As a result, the “sovereignty” of the family is also more pronounced under international law than under national law, since national laws establish and regulate the family. Thus, international human rights law has traditionally not recognized gender specific forms of abuse such as rape, sexual abuse, infanticide, genital mutilation, bride-burning, forced marriage, domestic violence, forced sterilization, or forced abortion.» in Wilets, *op. cit.*

²³ L’applicazione delle norme di tutela dei diritti fondamentali è guidata dai fondamentali principi di universalità e di non discriminazione proclamati all’articolo 1 della Dichiarazione Universale dei Diritti dell’Uomo, che recita: *all human beings are born free and equal in dignity and rights*. Ogni individuo, indipendentemente dal proprio genere, orientamento sessuale e identità di genere, gode della tutela fornita dai sistemi di protezione dei diritti umani, come il diritto alla vita, alla sicurezza della persona, al rispetto della vita privata, il diritto a non essere sottoposti a torture o detenzioni arbitrarie, così come il diritto a non essere discriminati e ad esprimere liberamente le proprie espressioni, nonché di associarsi e riunirsi liberamente. Infatti, «the foundational documents of international human rights law are the United Nation Charter of 1945, the Universal Declaration of Human Rights of 1948, the European Convention of Human Rights of 1950, and two basic United Nations human rights treaties of 1966, the International Covenant on Civil and Political Rights and the International Covenant on Economic Social and Cultural Rights. The six “core” United Nations human rights treaties include, as well, the conventions in racial discrimination, women, torture and children. Does this International system recognize the rights of lesbians, gay man, bisexual and transgendered people? None of the international human rights instruments make any reference to “sexual orientation” or “gender identity”. There is a general equality provision in the International Covenant on Civil and Political Rights, but a broad focus

sarebbe potuto rimanere indifferente al fatto che, in ragione di alcune caratteristiche identitarie – nella specie di natura sessuale – venissero compiute gravissime violazioni dei diritti fondamentali²⁴. Ma l'interesse degli organi internazionali di garanzia dei diritti umani con riferimento alla sfera sessuale non si è limitato ad affrontare i casi di violenza espressa legati alla sessualità. Attraverso l'applicazione estensiva delle norme internazionali già esistenti e, in particolare, guidata dall'applicazione dei principi cardine di non discriminazione, universalità ed eguale protezione giuridica, la giurisprudenza si è estesa ad altre espressioni della sfera sessuale. Si è affrontato allora il problema dei diritti delle donne, riguardante anche il diritto di scegliere liberamente il proprio partner e a fondare una famiglia variamente configurata, così come ai diritti dei minori.

La tutela di questa dimensione si è rivelata necessaria anche rispetto ad argomenti legati alla tutela della salute, come per i c.d. *reproductive rights*. Soprattutto, in questo senso, la pandemia di HIV ha costretto gli organi internazionali a confrontarsi con il problema della tutela della salute nella prospettiva della sessualità non convenzionale e, quindi, permettendo di superare il *gender insensitive approach*. Le minoranze sessuali, spesso interessate da attacchi violenti all'integrità psicofisica, iniziavano così anche se indirettamente a rendersi visibili anche per gli organi rappresentativi di stampo transnazionale. In ultima istanza, poi, gli ordinamenti giuridici hanno dovuto confrontarsi con l'evolversi dei costumi sociali e, in particolare, con la frantumazione e moltiplicazione delle identità, dei comportamenti e delle relazioni sessuali.

Sul fronte accademico, l'evoluzione della letteratura internazionale si è modellata su quella della giurisprudenza e della prassi internazionale, più sensibili della prima nel percepire le esigenze legate alla tutela della sessualità. I primi studi in materia hanno riguardato sostanzialmente temi legati all'incolumità fisica e psichica degli individui: come la violenza sessuale sulle donne, le aggressioni nei confronti di omosessuali oppure le pratiche dei matrimoni forzati.

on "equality" has not been characteristic of International law. Rather there are treaties and programs against discrimination on the basis of race and sex, and concerns with specific groups such as refugees, indigenous peoples and migrant workers.» D. Sanders, «Human Rights and Sexual Orientation in International Law,» *International Journal of Public Administration* 25, n. 1 (2002): 13-44 pag. 13.

²⁴ Parallelemente, inoltre, si sono sviluppate le prime critiche della dicotomia classica pubblico/privato; ad esempio, autori come Cane e Klare hanno sottolineato come il concetto di "pubblico" e "privato" siano sostanzialmente dipendenti dalle precipe caratteristiche degli ordinamenti interni, mentre esponenti dell'approccio femminista si sono schierati nel senso che l'accettazione di questa distinzione avrebbe quale principale conseguenza l'affermazione di gerarchie sociali strutturate sulla predominanza del genere maschile cfr. H. Charlesworth, C. Chinkin e S. Wright, «Feminist Approaches to International Law,» *American Journal of International Law* 85 (1991): 613-645. Anche Durkheim, come molti sociologi, si è espresso in senso contrario: «all law is private in the sense that it is always about individuals who are present and acting; but more importantly, all law is public, in the sense that it is a social function and that all individuals are, whatever their various titles, functionaries of society» in E. Durkheim, *The Division of Labour in Society* (New York: Free Press of Glencoe, 1964) pag. 68. Inoltre, è cresciuta la consapevolezza che tale impostazione avesse quale principale conseguenza di lasciare impunte le violazioni di diritti fondamentali perpetrate nella sfera privata direttamente dagli individui e non dallo Stato. In questo modo, lasciando una lacuna particolarmente pericolosa nella tutela dei diritti fondamentali, soprattutto in considerazione del fatto che le violazioni legate alla sessualità dell'individuo avvengono molto spesso all'interno del contesto familiare. Non è questa la sede per valutare la portata della teoria che assume l'applicabilità delle norme a tutela dei diritti fondamentali anche nei rapporti orizzontali tra individui (c.d. Drittwirkung), anche se deve darsi atto di come alcuni autori abbiano espressamente rifiutato la possibilità che alcuni strumenti internazionali potessero avere effetto orizzontale, con espresso riferimento alla CEDU, infatti «given that this involves the liability of private individuals or the horizontal application of law, it can have no application under the Convention at the International level, because the Convention is a treaty that impose obligations only upon states. Insofar as the Convention touches upon conduct of private person, it does so only indirectly through such positive obligations a sit imposes upon a State. As noted earlier the basis for the State's responsibility under the Convention in the case of such obligation, is that, contrary to the article 1, it has failed to secure to individual within its jurisdiction the rights guaranteed in the Convention by not rendering unlawful the acts of private persons that infringe them» darris o'boyle, cit.

Eppure, l'estendersi della sfera di influenza della prassi degli organi internazionali nella sfera sessuale dell'individuo, con riferimento ai diversi settori della disciplina dei diritti umani, ha condotto gli studiosi a ritenere che si potesse parlare di un nucleo di diritti che coinvolgessero direttamente ed esclusivamente la dimensione sessuale dell'individuo. È stata così coniata l'onnicomprensiva espressione *sexual rights*, che permette di riferirsi direttamente alla sfera di intersezione tra orientamento sessuale, discriminazione, abusi, matrimonio, riproduzione e, quindi, a tutti quegli argomenti che sono legati ad un aspetto comune a tutti gli esseri umani: la sessualità.

La frequenza nell'impiego di tale categoria, soprattutto in letteratura, non è però associata a un altrettanto chiara definizione del contenuto giuridico della stessa. Infatti, non vi è alcun accordo rispetto a quale debba essere la *ratio* o, più in generale, lo scopo della disciplina statale della sessualità nella sfera pubblica e privata, oppure rispetto a quale possa essere il contenuto dell'obbligo di uno Stato, al fine di creare le condizioni per la protezione e la promozione della condotta sessuale degli individui sottoposti alla propria giurisdizione.

Tali difficoltà sono state amplificate dalla persistente mancanza di una sintesi politica di tali istanze da parte degli organismi internazionali di tutela dei diritti umani. Se da un lato i suddetti organi giurisdizionali o paragiurisdizionali iniziavano a reagire a questo tipo di violazioni, creando una ricca giurisprudenza di censura delle interferenze illegittime degli Stati nella sfera sessuale; dall'altro lato, non si è assistito al parallelo e progressivo affermarsi di norme espressamente rivolte a tutelare autonomamente la sfera sessuale. Non sembrava fosse percepita la necessità di trascrivere tali principi generali in documenti giuridicamente vincolanti di portata generale, non solo a livello universale, ma anche regionale.

Piuttosto, vi sono stati temi, comunque riconducibili a espressioni della sessualità, sui quali la comunità internazionale si è concentrata. Si pensi, ad esempio, alle numerose risoluzioni dell'Assemblea Generale delle Nazioni Unite, i Trattati internazionali e la giurisprudenza del Tribunale penale internazionale per l'ex Jugoslavia sul tema della violenza sessuale e dello stupro, che hanno segnato il cammino verso il riconoscimento formale del divieto di discriminazioni di genere; nonché – più in generale – i diversi strumenti giuridici attraverso cui si sono affermati la tutela dei diritti delle donne o la tutela di aspetti del diritto alla salute espressamente legati alla sfera sessuale.

Non in tutti i settori peraltro si è assistito a questo tipo di recepimento normativo delle istanze giurisprudenziali. Ad esempio, nonostante già negli anni Ottanta la Corte EDU avesse censurato le leggi anti sodomia, per oltre vent'anni non vi è stata alcuna produzione di strumenti giuridicamente vincolanti che trascrivesse i principi derivanti da questa giurisprudenza.

La ragione principale di questa evoluzione stentata ed incoerente del procedimento di estensione formale della disciplina dei diritti umani al tema della sessualità è da rinvenirsi nella particolare rilevanza dell'eccezione del relativismo culturale rispetto a questo tema. Esemplificativo, in questo senso, è proprio l'esempio sopra richiamato delle mutilazioni genitali femminili. Tale pratica è molto difficile da sradicare, proprio perché spesso sono le stesse donne a chiedere di essere mutilate o infibulate. Al fine di evitare l'emarginazione sociale, le potenziali vittime rivendicano il diritto di essere sottoposte a tale pratica. Ciò che per i Paesi occidentali è inconcepibile, in altre culture è addirittura doveroso e desiderabile²⁵. Se è vero, quindi, che il diritto internazionale si è via via interessato alla sfera privata dell'individuo, di contro tale sfera è una di quelle maggiormente soggette alla forza ordinatrice dei costumi sociali, culturali e religiosi e, pertanto, risulta estremamente difficile convogliare il consenso dei diversi Stati su un argomento talmente complesso.

Entrambi i fattori della non ingerenza nella sfera privata del singolo e del relativismo culturale hanno agito nel senso di tenere, per un considerevole periodo di tempo, fuori dal dibattito sulla tutela dei diritti fondamentali i temi legati alla sessualità. Sostanzialmente, quindi, «this inconsistent attitude to privacy, and the narrow morality that informed state regulation of sexuality, contributes to the present lack of coherent thinking about the rules that should govern state interference in sexual conduct»²⁶.

Eppure, la considerevole abbondanza di prassi e di giurisprudenza internazionale che si è formata sui temi legati direttamente o indirettamente alla sfera sessuale, nonché la circostanza che l'onnicomprensiva espressione *sexual rights* sia oggi regolarmente adottata da consessi nazionali e sovranazionali²⁷, hanno fatto sì che ormai in letteratura si assuma come dato presupposto che il tema della sessualità sia riconducibile alla disciplina dei diritti umani. Piuttosto, ci si interroga sugli specifici aspetti di tale coinvolgimento: in che termini, a che scopo, quali aspetti della sessualità, con quali limiti²⁸.

²⁵ È noto, che la disciplina dei diritti fondamentali si basa su valori, tradizioni, standard di tutela e norme che sono accettate universalmente, anche se non necessariamente da ogni cultura o Paese. Come spesso è stato spesso osservato tale disciplina è quella del minimo comune denominatore: «en ce sens, le droit international des droits de l'homme prétend exprimer des valeurs – la dignité de l'homme, l'égalité des hommes – qui constituent un fonds commun à toutes les civilisations et à toutes les religions...le droit international évolue alors d'un droit interétatique, élaboré en fonction des intérêts des états, vers un droit superétatique chargé d'assurer, au nom de valeurs communes et supérieures aux états, la protection d'intérêts infra-étatiques (ceux des individus vivant sous l'autorité nationale)» F. Sudre, *Droit européen et international des droits de l'homme*, 10 édition (Paris: Presses Universitaires de France, 2011) p. 45-49

²⁶ A. M. Miller, *op. cit.* pag. 22

²⁷ L'espressione *sexual rights* ha recentemente guadagnato sostanziale accettazione nella comunità internazionale e soprattutto presso gli organi di tutela dei diritti fondamentali, ad esempio nel 2004 Paul Hunt, *Special Rapporteur on the right to health*, ha scritto: «...no doubt that the correct understanding of fundamental human rights principles, as well as existing human rights norms, leads ineluctably to the recognition of sexual rights as human rights. Sexual rights include the right of all persons to express their sexual orientation, with due regard for the well-being and rights of others, without fear of persecution, denial of liberty or social interference.... The contents of sexual rights, the right to sexual health and the right to reproductive health need further attention, as do the relationships between them.» Hunt, P. (2004). *Report of the Special Rapporteur on the Right to Health*. UN Doc. E/CN.4/2004/49, United Nations Office of the High Commissioner for Human Rights, Geneva.

²⁸ L'indagine circa il contenuto di questi diritti in formazione è cosa diversa rispetto al problema legato allo studio delle ragioni che hanno determinato la carenza di chiarezza e l'esiguità degli sforzi interpretativi della materia fino alla fine del XX secolo. Di tali ragioni si è dato una parziale indicazione nella prima parte dell'introduzione, evidenziando la rilevanza del relativismo culturale e della la costruzione binaria del concetto

Tale progressiva affermazione di tutela della sfera sessuale dell'individuo, attraverso l'applicazione estensiva delle norme esistenti, costituisce il punto di partenza di questa ricerca. L'esame della prassi e della giurisprudenza sovranazionale e regionale dovrebbe consentire di affrontare l'interrogativo che nasce dall'accrescersi dell'importanza associata ai temi legati alla sessualità. In altri termini, si cercherà di portare avanti un'indagine circa l'esistenza – nel campo del diritto internazionale c.d. in formazione – di un'autonoma libertà di autodeterminazione sessuale, che trascenda dalle maglie del principio di non discriminazione e che si sostanzi in una serie di obblighi positivi e negativi che gravano sugli Stati. Ci si chiede, quindi, se esista un nucleo di diritti legati alla sessualità che si attegga autonomamente rispetto agli altri diritti già sanciti negli strumenti giuridici internazionali, oppure se si assista all'emersione della necessità di rimodellare alcuni diritti già garantiti su un soggetto giuridico che assume oggi nuove e diverse sfumature con riferimento alla sessualità.

Diversi sono gli atti degli organismi internazionali dai quali si deriva la necessità di una più articolata e comprensiva individuazione dei *sexual rights*, di cui possano beneficiare non solo le minoranze, ma anche la maggioranza sessuale. A titolo esemplificativo, si pensi a come il CESCR nel suo *General Comment* 14 abbia posto l'accento sulla centralità dell'aspetto sessuale nell'orizzonte della protezione del diritto alla salute, e che, dal 2008, opera al Consiglio dei diritti dell'uomo delle Nazioni Unite un dinamico *working group* di NGOs denominato “*Sexual Rights Initiative*”. Ancora, nel maggio del 2008, l'*International Planned Parenthood Federation (IPPF)* ha adottato la “*Sexual Rights: An IPPF Declaration*”, cui ha fatto eco la “*Campaña por una Convención Interamericana de los Derechos Sexuales y los Derechos Reproductivos*” della *Latin American and Caribbean Committee for the Defense of Women's Rights*. E, infine, anche in sede introduttiva, non si può prescindere dal riferimento ai “*Yogyakarta Principles on the Application of International Human Rights Law in Relation to Sexual Orientation and Gender Identity*” del 2007. Redatto da un panel di esperti di diritto internazionale e di orientamento sessuale e identità di genere, quest'articolato documento esamina e contestualizza un catalogo di ventotto diritti fondamentali alla luce delle specifiche problematiche poste dalle peculiarità sessuali identitarie. Sempre a questo proposito, Paul Hunt, lo UN Special Rapporteur sul diritto alla salute ha affermato: «no doubt that the correct understanding of fundamental human rights principles, as well as existing human rights norms, leads ineluctably to the recognition of sexual rights as human rights. Sexual rights include the right of all persons to express their sexual orientation, with due regard for the well-being and rights of others, without fear of persecution, denial of liberty or social interference

di genere e di sessualità attraverso uno dei capisaldi della dottrina giuridica femminista, ossia l'idea che i sistemi giuridici tendono necessariamente ad adeguarsi all'esperienza standard maschile – aggiungendo in questa sede – eterosessuale. Ad oggi, infatti, è agevole notare come l'“essere umano”, su cui sono modellati i diritti fondamentali, è tratteggiato attraverso una presunzione di eterosessualità (ne è prova l'assenza di qualsiasi richiamo all'orientamento sessuale nell'indicazione – seppure esemplificativa – delle varie forme di identità che, nei trattati e nelle convenzioni, sono indicati come criteri in base ai quali una persona può subire discriminazioni).

(...) The contents of sexual rights, the right to sexual health and the right to reproductive health need further attention, as do the relationships between them».

Ciononostante, benché nel 2002 la *World Health Organization* abbia fornito la prima e abbozzata definizione di cosa debba intendersi per *sexual rights*²⁹, rimangono ancora piuttosto indefiniti i contorni di questa sessualità, la cui tutela si è sviluppata sostanzialmente nel solco di due direttrici principali: il principio di non discriminazione e il diritto al rispetto della vita privata. O, ancor meglio, rimane più che altro indefinito il contenuto completo e coerente delle obbligazioni cui sarebbero soggetti gli Stati rispetto alla limitazione e/o alla tutela della sfera sessuale individuale. Al fine, allora, di individuare la struttura, la natura e il contenuto di tali obblighi, ci si propone di effettuare un'analisi della giurisprudenza e della prassi degli organismi e delle corti internazionali.

Come si evince da questa breve premessa, l'indagine circa il contenuto di questa categoria giuridica involge una estrema varietà di argomenti non del tutto omogenei, pertanto si è ritenuto necessario ridurre il campo della ricerca ad uno specifico settore dei *sexual rights*.

Si è ritenuto, così, di concentrare la ricerca sul tema dei diritti LGBTI³⁰ attraverso lo studio di tre specifici aspetti della sessualità: la condotta sessuale, l'identità sessuale e gli status relazionali delle c.d. impropriamente *sexual minorities*. Qualora fosse possibile derivare l'autonoma formazione di alcuni diritti legati a questo aspetto specifico della sessualità, si aggiungerebbe un tassello nella complessiva ricostruzione del diritto di autodeterminazione sessuale, come bene giuridico autonomo oggetto di specifica tutela internazionale.

L'interesse verso la tutela delle minoranze sessuali è giustificato dalla recente emersione del tema e dalla cospicua evoluzione della relativa prassi internazionale negli ultimi anni. Si tratta di un tema in costante evoluzione, ma ancora oggetto di confusione, giacché alcuni concetti di riferimento sono circondati da un alone di oscurità. Non vi è, infatti, ancora accordo su cosa debba intendersi esattamente per "sessualità", "orientamento sessuale" o "identità di genere"³¹. Né di

²⁹ È necessario precisare che la WHO ha preso in parte le distanze dalla definizione apparsa in questi termini nel sito dell'organizzazione stessa: «Sexual rights embrace human rights that are already recognized in national laws, international human rights documents and other consensus statements. They include the right of all persons, free of coercion, discrimination and violence, to: (1) the highest attainable standard of sexual health, including access to sexual and reproductive health care services; (2) seek, receive and impart information related to sexuality; (3) sexuality education; (4) respect for bodily integrity; (5) choose their partner; (6) decide to be sexually active or not; (7) consensual sexual relations; (8) consensual marriage; (9) decide whether or not, and when, to have children; and (10) pursue a satisfying, safe and pleasurable sexual life. The responsible exercise of human rights requires that all persons respect the rights of others.» cfr. www.who.int/reproductive-health/gender/sexualhealth.html#4

³⁰ Ai fini del presente lavoro, la definizione di "orientamento sessuale" e di "identità di genere" che si intende adottare è quella che si rinviene nei Yogyakarta Principles, il cui articolo 23 si occupa espressamente del problema della protezione internazionale dei migranti LGBTI. In particolare, l'orientamento sessuale *is understood to refer to each person's capacity for profound emotional, affectional and sexual attraction to, and intimate and sexual relations with, individuals of a different gender or the same gender or more than one gender*. L'identità di genere *is understood to refer to each person's deeply felt internal and individual experience of gender, which may or may not correspond with the sex assigned at birth, including the personal sense of the body (which may involve, if freely chosen, modification of bodily appearance or function by medical, surgical or other means) and other expressions of gender, including dress, speech and mannerisms*. A group of 29 human rights experts, «The Yogyakarta Principles, Principles on the Application of International Human Rights Law in Relation to Sexual Orientation and Gender Identity» (Marzo 2007) p. 6.

³¹ La sigla in italiano è l'acronimo di: Lesbiche, Gay, Bisex, Transgender e Intersex. Ai fini del presente lavoro verrà impiegata come sinonimo della definizione adottata nei lavori delle Nazioni Unite. In particolare, «The acronym LGBTI describes a diverse group of people who do not conform to conventional or traditional notions of male and female gender roles. LGBTI people are also sometimes referred to as "sexual, gender and bodily minorities". A lesbian is a woman whose enduring physical, romantic and/or emotional attraction is to other women. Gay is often used to describe a man whose enduring physical, romantic and/or emotional attraction is to other men, although the term can be used to describe both gay men and

contro, al di là di esigui cenni all'interno di testi non vincolanti, vi sono diretti riferimenti normativi da cui derivare indicazioni o precisazioni in tal senso. Invero, nessun espresso richiamo all'orientamento sessuale, o più in generale alla sessualità, è dato rinvenire nella Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo, nel Patto sui Diritti Civili e Politici, in quello sui Diritti Sociali, Economici e Culturali, nella Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, nella Convenzione Americana dei Diritti dell'Uomo o, infine, nella Carta Africana dei Diritti dell'Uomo e dei Popoli. L'esame del percorso di affermazione e tutela dei diritti delle minoranze sessuali nella giurisprudenza delle Corti internazionali è reso, quindi, particolarmente interessante dalla circostanza che i più importanti strumenti internazionali di tutela dei diritti fondamentali sono stati elaborati intorno ad un soggetto giuridico strutturato su una presunzione di eterosessualità.

Fino al 1981, il soggetto giuridico da tutelare è stato caratterizzato da una sessualità stabile e monocromatica. Il paradigma eteronormativo si caratterizzava non solo come dominante, ma come unica alternativa, tanto che il problema della tutela della sessualità deviante rispetto al modello dominante eterosessuale non aveva alcuna rilevanza oppure assumeva i toni della legittimazione di fronte alle prassi repressive. La Commissione europea per i Diritti Umani ad esempio, fin dai primi anni Sessanta³², aveva riconosciuto la legittimità delle misure sanzionatorie dei rapporti sessuali privati tra adulti consenzienti dello stesso sesso, in ragione della libertà degli Stati membri di adottare misure ritenute utili alla salvaguardia della salute e della morale.

Ciononostante, a seguito delle prime pronunce che hanno segnato il cammino del riconoscimento dei diritti LGBTI, la giurisprudenza e la prassi si sono evolute rapidamente. Infatti, il crescente interesse verso uno degli aspetti costitutivi più intimi della personalità è confermato dall'incremento di decisioni delle Corti sovranazionali e degli altri organi di controllo, attraverso i quali si compie tuttora una consistente applicazione delle norme sui diritti fondamentali nei confronti delle c.d. minoranze sessuali, avvalorando così la tesi secondo cui tutela della sfera sessuale rientra sotto la protezione dei Trattati e delle Convenzioni esistenti. A ciò si aggiunga che negli ordinamenti interni degli Stati occidentali più influenti si sta affermando un modello di tutela diretto a limitare le interferenze governative e le discriminazioni fondate sul comportamento sessuale di tipo non commerciale.

Il tema, pertanto, si atteggia a edificante *case study* di come le norme sui diritti umani possano svilupparsi in “principi generali del diritto riconosciuti dalle nazioni civili”, fino a diventare forze

lesbians. Bisexual describes an individual who is physically, romantically and/or emotionally attracted to both men and women. Transgender describes people whose gender identity and/or gender expression differs from the sex they were assigned at birth. The term intersex covers bodily variations in regard to culturally established standards of maleness and femaleness, including variations at the level of chromosomes, gonads and genitals. Homosexual refers to women or men who are attracted primarily to people of the same sex. The term is considered by many to be derogatory.» in United Nations High Commissioner for Refugees, *Working with Lesbian, Gay, Bisexual, Transgender & Intersex Persons in Forced Displacement*, Division of International Protection (Geneva: United Nations, 2011)

³² X c. *Repubblica Federale Tedesca*, n. 530/59 (European Commission of Human Rights, 4 settembre 1960) e X. c. *Repubblica Federale Tedesca*, n. 5935/72 (ECoHR, 1975).

interpretative del diritto internazionale consuetudinario. La rapidità di sviluppo e la diffusione di queste norme offre una visione unica delle forze che promuovono o ritardando lo sviluppo del diritto consuetudinario in una comunità altamente interconnessa e costituita da Stati con culture profondamente diverse.

Sarà oggetto e scopo della trattazione, allora, seguire l'evoluzione della giurisprudenza e della prassi internazionale in materia, sì da monitorare l'evoluzione e la forza espansiva delle norme a garanzia dei diritti fondamentali in rapporto alla tutela delle minoranze sessuali.

Il punto di partenza di tale evoluzione è legato alla repressione statale della sessualità non convenzionale. L'individuo omosessuale ha, infatti, progressivamente guadagnato riconoscimento come soggetto giuridico – a livello internazionale – nella sfera privata attraverso la depenalizzazione degli atti sessuali tra adulti consenzienti dello stesso sesso. Infatti, sotto l'egida del Consiglio d'Europa, la protezione contro la discriminazione in base all'orientamento sessuale è stata inaugurata dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo nella decisione *Dudgeon* del 1981³³. Il verdetto della Corte non subì ulteriori ripensamenti, piuttosto venne confermato rispetto alla legislazione penale irlandese e cipriota³⁴, poiché la sola esistenza della possibilità di applicare sanzioni penali al comportamento omosessuale tra adulti pregiudicava l'effettiva libertà di tenere siffatta condotta e costituiva, quindi, una illegittima interferenza nel godimento del diritto al rispetto della vita privata, ex art. 8 della Convenzione. Alla fine degli anni Novanta, tuttavia, ancora diversi Paesi membri del Consiglio presentavano legislazioni le c.d. *sodomy laws*, così come moltissimi Stati aderenti ad altri sistemi regionali di tutela dei diritti umani.

Sebbene inizialmente isolata nella pionieristica tutela delle minoranze sessuali, la Corte ha però fornito lo schema argomentativo che fu adottato, più di dieci anni dopo *Dudgeon*, dal Comitato dei diritti dell'Uomo per censurare a sua volta – seppur con alcune differenze – la legislazione punitiva delle relazioni omosessuali prevista dal codice penale della Tasmania³⁵. Tuttavia, al momento, questo rappresenta l'unico caso in cui il sistema della “circolazione dei modelli” ha operato fruttuosamente. L'occasione per testarne l'universalità è, infatti, sfumata quando nel 1995 fu ritirata, per timori di rappresaglie da parte del governo, la denuncia presentata all'*African Commission on Human Rights* contro la legislazione penale dello Zimbabwe.

Ciononostante, dalla decisione *Dudgeon*, la maggior parte degli ordinamenti interni si sono adattati alle conclusioni della Corte decriminalizzando l'attività sessuale tra persone dello stesso sesso. L'aspetto più interessante della giurisprudenza sulla decriminalizzazione delle pratiche sessuali tra uomini è l'affermazione del principio per cui la vita sessuale costituisce un aspetto

³³ *Dudgeon v. United Kingdom*, n. 7525/76 (European Court of Human Rights, 22 ottobre 1981).

³⁴ *Norris v. Ireland*, 10581/83 (ECtHR, 26 ottobre 1988) e *Modinos v. Cyprus*, 1507/89 (ECtHR, 22 aprile 1993).

³⁵ *Toonen v. Australia*, CCPR/C/50/D/488/1992 (Human Rights Committee, 4 aprile 1994).

importante del concetto di “vita privata”, indipendentemente dal tipo di identità sessuale o di genere. La rilevanza di decisioni come *Dudgeon* consiste nell’affermazione della necessità di tutelare la sfera sessuale, intesa come concetto che non sia concettualmente limitato all’omosessualità o a qualsiasi altro tipo di scelta sessuale. Le Corti hanno sostanzialmente riconosciuto l’applicazione di norme già esistenti – come quella del diritto al rispetto della vita privata – alla sfera sessuale, cosicchè anche la sessualità non convenzionale ne risultasse tutelata. Eppure, anche dal confronto con le decisioni del Comitato dei diritti dell’uomo, si noterà la costante tendenza a veicolare la sessualità all’interno di uno spazio giuridico privato da tollerare, non necessariamente conciliabile con un concetto autonomo di vita sessuale. Un concetto minimale di sessualità, tutelato solo quando sia posta a fondamento di violazioni riguardanti i più basilari diritti fondamentali, come quelli all’integrità fisica e psichica. In questa fase la sessualità viene in rilievo quale aspetto dell’identità personale, un elemento assolutamente individuale e privato.

Questa tendenza però ha dovuto progressivamente confrontarsi con la limitatezza di questo assunto. La sessualità, infatti, non si esaurisce con le scelte sessuali operate in privato, giacché queste hanno un necessario riflesso nella sfera pubblica e sulla condotta dell’individuo. La giurisprudenza e la prassi che avevano ritenuto esaurita la tutela della sessualità non convenzionale attraverso l’estensione del diritto alla *privacy*, hanno dovuto scontrarsi con l’evidenza che la libertà di autodeterminazione sessuale non termina con la scelta, tutta privata, di individuazione della propria identità sessuale e della condotta sessuale che a quest’ultima maggiormente si accordi. Al contrario, ai fini della piena affermazione della propria individualità, alcuni aspetti della sessualità si riflettono nella vita relazionale, non necessariamente di coppia, e in contesti pubblici di tipo partecipativo o lavorativo. L’orientamento sessuale può ad esempio riflettersi nell’agone politico o più in generale nella sfera pubblica quando un individuo lo voglia rendere palese o voglia rivendicare diritti legati alla propria condizione di minoranza. Allo stesso modo, le proprie attitudini sessuali possono riflettersi nel modo in cui si gode di alcuni diritti sociali, legati ad esempio ai benefici contributivi.

In questo senso, la tutela delle minoranze sessuali nella giurisprudenza delle Corti, sviluppatasi a partire da questioni legate sostanzialmente all’integrità fisica e psichica, si è rapidamente evoluta fino ad assicurare la garanzia dei più svariati diritti. In questi casi, di fronte all’insufficienza dell’estensione della protezione offerta dal diritto al rispetto della vita privata, il riconoscimento giuridico della sessualità umana nelle sue possibili varianti rispetto al modello eteronormativo è spesso avvenuto attraverso l’applicazione dello schema del divieto di discriminazione. La sessualità “deviante” ha assunto tutela come un *marker* discriminatorio. Come la razza o la religione essa rappresenterebbe uno degli elementi che possono fungere da base per

atteggiamenti discriminatori e, per questo, contrari alla maggior parte degli strumenti a tutela dei diritti fondamentali. L'applicazione delle norme che vietano la discriminazione è avvenuta per via interpretativa in senso estensivo, così da ricomprendersi l'orientamento sessuale e l'identità di genere quando non espressamente menzionati. In alcune pronunce, si è iniziato ad assistere ad un processo di c.d. *minorization*: attraverso una sorta di implicita analogia della discriminazione sessuale al razzismo, coloro i quali fossero espressione di una sessualità non convenzionali sono stati trattati come appartenenti ad una categoria di individui che, in ragione di una determinata caratteristica innata, meritassero una particolare tutela, ulteriore rispetto a quella accordata alla maggioranza eterosessuale.

Tal evoluzione, originata dalle nuove sensibilità sociali e dalle evoluzioni legislative di gran parte degli Stati membri, è evidente ancora una volta nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo, sicuramente la più abbondante in materia. Sfruttando fino ai limiti estremi la potenzialità espansiva delle disposizioni della Convenzione di Roma, la Corte è giunta – sfruttando la tecnica delle nozioni autonome e delle obbligazioni positive – a riconoscere violazioni degli obblighi assunti dagli Stati membri: nell'esclusione dal diritto di successione nel contratto di locazione di chi intrattenga una relazione omosessuale di convivenza di fatto con il conduttore, quando la legislazione nazionale riconosca tale diritto alle coppie di fatto eterosessuali³⁶; nel rifiuto opposto allo svolgimento di una manifestazione di promozione dei diritti degli omosessuali, quando lo stesso non sia supportato da alcuna ragionevole e necessaria giustificazione, ma si fondi soltanto sulla riprovazione verso l'orientamento sessuale espresso dai manifestanti³⁷; nel rifiuto opposto dalle autorità competenti ad una richiesta di adozione sulla sola base dell'orientamento omosessuale del richiedente, qualora sussistano tutti gli altri presupposti previsti dalla legge³⁸; ovvero, ancora, nell'assenza di una normativa nazionale che disciplini il trattamento di riassegnazione chirurgica del sesso³⁹.

Un ruolo di particolare rilievo, in questa fase di estensione dei diritti riconosciuti alle minoranze sessuali, è rivestito dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea, dalle cui decisioni si evidenzia un'attenzione particolare per l'aspetto relazionale della sessualità, cioè quale possibile elemento caratterizzante le relazioni interpersonali. Questa, pur non avendo dovuto pronunciarsi sulla questione delle discriminazioni nei confronti delle minoranze sessuali nella stessa misura della Corte Europea, ha fornito nuovi impulsi per l'evoluzione della giurisprudenza in materia di lavoro e benefici sociali⁴⁰. Proprio questa materia è, infatti, strettamente legata al riconoscimento delle

³⁶ *Kozak v. Poland*, n. 13102/02 (ECtHR, 2 marzo 2010).

³⁷ *Baczowski e altri c. Polonia*, n. 1543/06 (ECtHR, 24 settembre 2007).

³⁸ *E.B. v. France*, n. 43546/02 (ECtHR, 22 gennaio 2008).

³⁹ *L. v. Lithuania*, n. 27527/03 (ECtHR, 31 marzo 2008).

⁴⁰ *Grant v. South West Trains*, n. C-249/96 (ECJ, 17 febbraio 1998); *D. e Svezia*, cause riunite C-122/99P e C-125/99P (ECJ, 31 maggio 2001); *Tadao Maruko v. Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen*, C-267/06 (ECJ, 1 aprile 2008).

unioni omosessuali e, più in generale delle diverse forme di famiglia che nella società contemporanea richiedono tutela giuridica. Basti pensare che, nel luglio del 2010, l'Avvocato Generale Niilo Jääskine, presentando le proprie conclusioni sul caso *Römer*⁴¹, ha sostenuto che alle coppie dello stesso sesso debba essere garantito l'accesso a tutte i benefici previdenziali che, in materia di lavoro, sono garantiti alle coppie sposate in tutti gli Stati Membri. Questi ha notato che, nonostante la competenza rispetto alla normazione in materia di matrimonio e diritto di famiglia sia da rinvenire in capo agli Stati, «if a Member State decides to restrict civil marriage to opposite-sex couples only, it nevertheless, under Directive 2000/78/EC, has to guarantee equal treatment and grant homosexual couples (despite not being married) access to all the employment benefits granted to married couples».

In queste decisioni più recenti, il tema della sessualità si dipana in argomentazioni di tutela autonome, laddove il diritto ad una scelta libera circa i propri rapporti sessuali, e in ogni caso all'attuazione concreta ed effettiva delle proprie preferenze sessuali, si atteggia ad aspetto fondamentale della dignità dell'essere umano e perno su cui si evolve il pieno sviluppo della personalità. In questo senso, in controtendenza con altre decisioni, l'evoluzione nell'interpretazione dei diritti legati alle minoranze sessuali genera il dubbio che stia iniziando una fase di “*deminoritization*” e “*universalization*” dei diritti sessuali individuali. Con i termini “sessualità” e “*sexual rights*” si individuerebbe, allora, uno spazio giuridico di autodeterminazione e sviluppo sessuale e relazionale a base volontaria, più che di appartenenza ad una categoria⁴².

Da questa breve introduzione, riassumendo, emerge che il ritmo del cambiamento della prassi internazionale rispetto al problema della sessualità non convenzionale è del tutto peculiare. Si tratta, infatti, di uno di quei casi in cui l'affermazione di una norma sui diritti umani procede in maniera quasi impercettibile fino a quando una massa critica di Stati di sufficiente influenza infine la applichino e, a quel punto, la tendenza – in condizioni propizie – accelera di molto.

Nel caso in esame, la diffusione dei diritti delle minoranze sessuali, ha preso le mosse dalle istanze di depenalizzazione dell'attività sessuale tra persone dello stesso sesso, il cui recepimento negli ordinamenti interni è avvenuto molto lentamente nel corso degli ultimi cinquanta anni. Eppure, mentre il numero di Stati che abbandonavano la repressione penale dell'omosessualità cresceva, le autorità regionali e sovranazionali di tutela dei diritti umani hanno cominciato ad elaborare autonomamente le argomentazioni logico giuridiche che avevano condotto alla

⁴¹ *Jürgen Römer c. Freie und Hansestadt Hamburg*, C-147/08 (ECJ, 10 maggio 2011).

⁴² All'interno di questo spazio giuridico di diritti sessuali fondamentali sarebbero garantite due scelte fondamentali: la prima, legata al diritto di poter effettuare liberamente le scelte circa la propria attività sessuale, nonché identità; la seconda, legata al diritto di stabilire relazioni interpersonali e nuclei familiari che si accordino al comportamento e all'identità sessuale di elezione. L'attribuzione e il godimento di determinati diritti, allora, dovrebbero avvenire in virtù del rispetto delle proprie scelte e non in funzione dell'appartenenza ad una determinata categoria o gruppo sociale minoritario – strutturato, peraltro, in modo tale da corrispondere alla morale dominante – sulla base di quella che viene comunemente definita “riproduzione istituzionale delle diseguglianze”.

depenalizzazione. Fino al punto che la stessa logica che aveva giustificato la depenalizzazione ha assunto una dinamica propria e, ben presto, ha portato all'adozione di un modello argomentativo che conducesse all'abbandono della discriminazione arbitraria dello Stato nei confronti delle minoranze sessuali. La combinazione di pressioni da parte degli Stati influenti, delle autorità internazionali e regionali, e della società civile è cresciuto rapidamente e il ritmo delle riforme è quindi accelerato negli ultimi venti anni.

A questa considerazione sull'andamento evolutivo del sistema di tutela delle minoranze sessuali se ne associa una di tipo prettamente teorico, sulle linee di tendenza interpretative che hanno guidato il progresso della tutela dei diritti delle minoranze sessuali. Dall'analisi della giurisprudenza e della prassi emergono grossomodo due differenti approcci al problema, peraltro parzialmente contrastanti. Il primo approccio assume che gli omosessuali, bisessuali, transessuali e tutti gli individui che presentano una sessualità non convenzionale debbano essere trattati come appartenenti ad un unico gruppo omogeneo. In particolare, si tratterebbe di un gruppo che rispetto alla maggioranza eterosessuale si presenta come particolarmente svantaggiato e socialmente e politicamente sottorappresentato. Per tali ragioni, quindi, il gruppo avrebbe bisogno di una tutela particolare dalla discriminazione. Questa teoria è sostanzialmente basata sull'estensione del diritto fondamentale ad essere liberi da discriminazioni arbitrarie in funzione dell'appartenenza ad un determinato gruppo minoritario.

Il secondo approccio, che si ritrova applicato nelle sue diverse varianti, è diretto al riconoscimento dei diritti – quali il diritto al rispetto della vita privata, della vita familiare, libertà di associazione e altri diritti – da interpretare in modo tale che ricomprendano la sessualità come sfera giuridica che richiede un'autonoma tutela al di là delle categorizzazioni di minoranza. In virtù di questo secondo modello interpretativo, il fine di tutela delle scelte sessuali non convenzionali sarebbe giustificato sulla base del principio di offensività. In assenza di qualsivoglia tangibile danno nei confronti dei singoli e della società, tutti i diritti interessati dovrebbero essere estesi e riconosciuti alle minoranze sessuali. Entrambi i modelli non sono privi di aspetti problematici e entrambi verranno analizzati nel corso della trattazione.

Pur tuttavia, è necessaria una ulteriore precisazione. Da quanto fin ora esposto potrebbe apparire che vi sia una acritica accettazione dell'esistenza di un nucleo di diritti legati alla sfera sessuale di nuova formazione. Pertanto va rilevato sin d'ora che tale circostanza si scontrerebbe con l'ancora limitata e a volte contrastante giurisprudenza sul tema. Sarebbe parziale non rilevare che a fronte di tali evoluzioni si stagliano fortissime opposizioni da parte di molti Stati, musulmani e non, le cui legislazioni nazionali rimangono fortemente discriminatorie, se non addirittura persecutorie nei confronti di tali minoranze.

Nel gennaio del 2004, l'Uzbekistan ha applicato le norme di proibizione della sodomia, risalenti al periodo sovietico, per arrestare degli attivisti per i diritti LGBT, sottoposti in seguito ad estremi abusi, che si spingevano fino allo stupro con una bottiglia. Allo stesso modo, le ex colonie britanniche, come l'India, le Maldive e il Myanmar, mantengono traccia della colonizzazione nella sanzione delle condotte omosessuali; in Giamaica, ad esempio, la sodomia è punita con la pena detentiva fino a dieci anni. Quanto al continente africano, nel 2005 le autorità camerunensi hanno costretto degli uomini gay a sottoporsi ad esami clinici per accertare che avessero intrattenuto rapporti omosessuali; mentre, in Sudan, la sanzione penale imposta per la sodomia è la pena di morte. Nel 2001, a seguito della notizia che in Egitto e in Iran le autorità avevano sottoposto a tortura omosessuali individuati tramite internet, lo *Special Rapporteur* sulla Tortura – espressamente chiamato a stendere un rapporto sui trattamenti cui sono sottoposti gli appartenenti alle minoranze sessuali sotto custodia delle autorità – ha affermato: «sexual minorities are disproportionately subjected to torture and other forms of ill-treatment because they fail to conform to socially constructed gender expectations». Nel 2005, la polizia in Arabia Saudita ha arrestato e frustato un centinaio di uomini per aver ballato ed essersi comportati come donne.

Questa forte crisi tra livello di tutela e promozione della sessualità, raggiunto da certe Corti, e la persistente negazione dei diritti fondamentali nei confronti delle minoranze sessuali si riflette, da un lato, nel numero limitato di problemi affrontati dalle Corti e, dall'altro, nella disomogeneità geografica della rilevanza giurisdizionale dei suddetti diritti, concentrati più che altro in Europa e in alcuni Stati quali il Sud Africa, il Canada e gli Stati Uniti.

Inferire acriticamente dall'emergere della valenza giuridica autonoma della tutela della sfera sessuale individuale, nella prassi e nella giurisprudenza internazionale, l'esistenza di un complesso di standard di tutela imperativi che siano accettati a livello universale, politico e sostanziale, sarebbe scorretto. Significherebbe ignorare una prassi altrettanto rilevante, rispetto a quella inizialmente descritta, nella prospettiva della formazione progressiva del diritto internazionale.

Eppure, conclusivamente, non può non registrarsi un evento particolarmente significativo. Il 17 giugno 2011, il Consiglio dei diritti dell'uomo delle Nazioni Unite ha approvato una storica Risoluzione su "*Human rights, sexual orientation and gender identity*". Tale documento, unico nel suo genere, costituisce la prima risoluzione espressamente diretta a censurare le violazioni dei diritti fondamentali operate in ragione dell'orientamento sessuale o dell'identità di genere. L'adozione di questo testo – in seno ad uno dei più importanti organismi nel campo della protezione dei diritti fondamentali – sancisce, comunque, l'indiscussa centralità del tema rispetto all'evoluzione del diritto internazionale dei diritti dell'uomo e giustifica la scelta di affrontare questo tema nelle sue plurime sfaccettature.

Al fine di ottenere delle risposte ai dubbi sollevati nel corso di questa breve introduzione al tema, il presente lavoro si propone di esaminare la giurisprudenza e la prassi degli organi sovranazionali, regionali e universali, di tutela dei diritti dell'uomo. La struttura del lavoro è idealmente divisa in tre parti, ognuna delle quali analizza un aspetto della sessualità, così come emerso nell'ordinamento internazionale: la sessualità come elemento fondamentale dell'identità personale; la sessualità come elemento rilevante rispetto alla condotta dell'individuo nella sfera pubblica; la sessualità come caratteristica qualificante le relazioni affettive interpersonali.

La prima parte del lavoro affronta la prima fase di emersione dell'esigenza di tutela delle minoranze sessuali, quella per così dire minimale diretta a garantire l'integrità fisica e psichica dell'identità personale dell'individuo facente parte della minoranza, come cittadino (Cap. I) e come straniero (Cap. II). La seconda parte del lavoro invece è diretta ad esaminare gli aspetti della sessualità che più di recente hanno interessato le diverse pronunce giurisprudenziali delle corti internazionali. Rispettivamente si concentrerà l'attenzione sugli effetti della sessualità sulla condotta pubblica dell'individuo (Cap. III) e la rispettiva tutela accordata, nonché sulle relazioni interpersonali strutturate su modelli sessuali non convenzionali (Cap. IV) e il loro possibile riconoscimento giuridico. L'ultimo atto dell'opera sarà dedicato a trarre le fila del percorso tracciato e quindi a cercare di attribuire un valore giuridico, all'interno del panorama internazionale, alla tutela della sessualità non convenzionale.

CAPITOLO I

LA TUTELA DELLA SESSUALITÀ COME ASPETTO DELL'IDENTITÀ INDIVIDUALE DEL CITTADINO

SOMMARIO: 1 INTRODUZIONE – 2 SODOMY LAWS – 2.1 SODOMY LAWS NELLA GIURISPRUDENZA DELLA CORTE EDU E NELLA PRASSI DEL CONSIGLIO D'EUROPA – 2.2 SODOMY LAWS NELLA PRASSI DEL COMITATO DEI DIRITTI DELL'UOMO – 2.3 SODOMY LAWS NELL'UNIONE EUROPEA – 3 L'ETÀ DEL CONSENSO – 4 TORTURA E TRATTAMENTI INUMANI E DEGRADANTI – 5 LA VIOLENZA DEI PRIVATI – 5.1 HATE CRIMES: GAY BASHING – 5.2 HATE SPEECH – 6 CONCLUSIONI

1. Introduzione: dell'integrità fisica e psichica e della sicurezza delle minoranze sessuali

L'emersione della necessità di tutela delle minoranze sessuali nell'ordinamento internazionale è inizialmente avvenuta con riferimento alle forme di repressione violenta della sessualità non convenzionale.

L'intolleranza verso le minoranze sessuali assume il livello più elevato di gravità quando interferisca con il godimento dei diritti legati alla protezione dell'integrità psicofisica dell'individuo. Si tratta di comportamenti assunti direttamente dallo Stato, quando ad esempio sia imposta la pena di morte per il reato di sodomia, o assunti da soggetti privati quali ad esempio i pestaggi e gli stupri "correttivi". In altri termini, la volontà dello Stato di reprimere le espressioni non convenzionali della sessualità può manifestarsi sia nell'applicazione di norme direttamente rivolte alla persecuzione delle minoranze sessuali, sia nella tolleranza della violenza perpetrata dai privati.

Che gli Stati siano obbligati a rispettare il diritto alla vita, alla sicurezza, alla libertà da detenzioni arbitrarie, al diritto a non subire torture o trattamenti inumani e degradanti o al rispetto della vita privata indipendentemente da qualsiasi *status* o caratteristica personale degli individui sottoposti alla loro giurisdizione è un dato pacifico. Ciononostante, ancora in gran parte degli Stati gli individui subiscono violenze e discriminazioni nel godimento di diritti assoluti in ragione del loro – reale o supposto – orientamento sessuale e identità di genere.

In effetti, l'estensione del riconoscimento quale base discriminatoria dell'orientamento sessuale e dell'identità di genere non solo è avvenuto relativamente di recente, ma per di più non è

accettato unanimemente dalla comunità internazionale. Significative e rilevanti sono ancora le manifestazioni di disconoscimento della rilevanza delle minoranze sessuali, provenienti da gran parte dei paesi musulmani o dalle ex colonie dell'impero britannico. La frammentazione del panorama internazionale richiede, allora, un'analisi della prassi e della giurisprudenza degli organismi sovranazionali, in modo tale da definire quali siano le caratteristiche degli obblighi degli Stati nazionali nei confronti delle minoranze sessuali allo stato attuale del diritto internazionale.

In considerazione del fatto che la protezione dell'integrità fisica e psichica involge diversi livelli di tutela e diversi strumenti giuridici di tutela della stessa, l'esame della prassi che seguisse l'ordine legato alle violazioni di singoli diritti risulterebbe eccessivamente confusa. Basti pensare che, all'interno del sistema della Convenzione di Roma, una lesione dell'integrità fisica dell'individuo può potenzialmente rientrare, a seconda del livello di gravità, nell'alveo della protezione offerta dall'articolo 2, 3 o 8.

La trattazione, allora, seguirà un diverso ordine. Inizialmente si distinguerà in via macroscopica tra due diversi tipi di aggressione all'integrità psicofisica in ragione dell'autore, ovvero se proveniente direttamente dallo Stato oppure dai privati. Si prenderanno le mosse dalla prima ipotesi, giacché le prime pronunce degli organi di tutela dei diritti umani hanno riguardato la legittimità di tutti quei comportamenti diretti ad interferire con il godimento individuale dei diritti volti a garantire la vita, l'integrità, la sicurezza e la libertà dell'individuo. Si seguirà, quindi, un ordine sostanzialmente cronologico, valutando singolarmente i diversi problemi affrontati nel corso del tempo dalla prassi e dalla giurisprudenza sovranazionale.

In primo luogo, ci si occuperà della criminalizzazione dell'attività sessuale omosessuale, cui seguirà il tema della determinazione dell'età del consenso necessaria per prestare lecitamente il consenso all'attività sessuale omosessuale. Sempre nell'ambito della repressione da parte dello Stato della sessualità non convenzionale, si farà riferimento al problema del trattamento cui sono soggetti tali individui all'interno dei luoghi di detenzione e agli episodi di tortura, recentemente e ampiamente documentati dalle Organizzazioni Internazionali e dalle Organizzazioni Non Governative. A queste ipotesi di violenza nei confronti delle minoranze sessuali, seguiranno quelle appartenenti alla seconda categoria, ovvero della violenza proveniente dai privati cittadini, che normalmente si concretizza nelle due ipotesi di *hate crimes* e *hate speech*.

In relazione all'esame di ogni singolo argomento, seguirà fisiologicamente una riflessione sull'effettiva incidenza delle norme in termini di adeguata protezione fornita agli appartenenti delle minoranze sessuali. Questo approccio permetterà di fornire una risposta adeguata al quesito che come un *fil rouge* attraversa le diverse parti di questa trattazione, ovvero se sia sufficiente estendere la tutela che le norme internazionali offrono alla maggioranza al fine di garantire una corretta tutela

delle minoranze sessuali. In altri termini, se le norme elaborate sulla base del paradigma eterosessuale siano adeguate alla protezione degli individui LGBTI, ovvero se si assista all'emersione di nuovi diritti forgiati su un soggetto giuridico diverso, ovvero ancora se non sia il caso – come ipotizzato in dottrina⁴³ – di estendere a tali soggetti l'approccio che viene adottato nei confronti delle minoranze in senso tecnico.

2. La repressione diretta dello Stato: le c.d. sodomy laws

Lo strumento principale attraverso il quale le autorità di governo avversano le espressioni non convenzionali della sessualità è l'introduzione di specifiche norme sanzionatorie⁴⁴. Iscritto nei codici penali, solitamente a tutela della morale o della pubblica decenza⁴⁵, il divieto di compiere atti sessuali tra adulti consenzienti dello stesso sesso è stato – ove non lo sia ancora – pressoché ovunque corredato da pene molto severe, che vanno dalla tortura alla pena di morte.

Attualmente, gli ordinamenti di 76 paesi presentano norme di legge che permettono di perseguire gli individui sulla base dell'orientamento sessuale e dell'identità di genere⁴⁶. Di norma, i rapporti sessuali tra persone dello stesso sesso sono proibiti *tout court*, altre volte, più nello specifico, sono proibiti solo certi tipi di atti sessuali. Almeno cinque di questi ordinamenti associano alla prescrizione delle norme antisodomia la pena capitale, mentre in tutti gli paesi, dove le condotte sessuali non convenzionali sono criminalizzate, sono prescritte pene quali la detenzione o altre pene corporali. Peraltro, in questi casi, sussiste sempre il rischio concreto di arresti arbitrari, in ragione della difficoltà di tipizzare atti considerati genericamente contrari contro natura o la morale.

Ad oggi, diversi sono gli esempi di criminalizzazione offerti nel panorama internazionale. Il 28 luglio 2012, le autorità libanesi hanno condotto un arresto in un cinema di Beirut tre uomini sospettati di “*sexual relation against nature*” di cui all'art. 534 del codice penale libanese. Le

⁴³ Cfr. D. Kochenov, «Gay rights in the EU: a long way forward for the Union of 27,» *Croatian Yearbook of European Law and Policy* 3 (2007) pag. 13.

⁴⁴ La repressione della condotta omosessuale trova la sua prima affermazione formale nella Bibbia, in particolare nel precetto in forza del quale «non ti coricherai con un uomo come si fa con una donna: è cosa abominevole e chiunque praticherà qualcuna di queste abominazioni, ogni persona che le commetterà, sarà eliminata dal suo popolo». Le costanti persecuzioni nei confronti delle persone omosessuali si sono sostanziate fin dal medioevo in atti violenti e pene rigidissime. Nelle Lettere di san Paolo si legge che «per secoli il supplizio del rogo, in memoria dell'incendio di Sodoma, fu la pena più comunemente contemplata dalle legislazioni e dai codici» cfr. R. Slovenko, «The Homosexual and Society: A Historical Perspective,» *University of Dayton Law Review* 10 (1984/1985) pag. 445.

⁴⁵ Alcune delle principali caratteristiche di queste norme sono, ad esempio: «...the wording used refers to vague and undefined concepts, such as “crimes against the order of nature” or “morality”, or “debauchery”. What these laws have in common is their use to harass and prosecute individuals because of their actual or perceived sexuality or gender identity. Penalties range from short-term to life imprisonment, and even the death penalty.» in Human Rights Council, *Discriminatory laws and practices and acts of violence against individuals based on their sexual orientation and gender identity*, A/HRC/19/41 (Report of the United Nations High Commissioner for Human Rights, 2011) p. 14.

⁴⁶ Gay, Bisexual, Transgender and Intersex Association (ILGA) International Lesbian, «State-sponsored homophobia: a world survey of laws criminalizing same-sex sexual acts between consenting adults,» (Brussels, 2011) p. 9

indagini, tuttora in corso, si sono caratterizzate anche per l'applicazione del c.d. “*test of shame*”, ovvero un invasivo esame anale. Nel gennaio del 2012, la polizia del Kuwait ha arrestato, torturandole e abusandone, delle donne transgender sulla base dell'articolo 198 del codice penale, che sanziona la condotta di “*imitating the opposite sex*”.

È stato osservato, peraltro, come l'incidenza delle leggi antisodomia non si esaurisce nella repressione di atteggiamenti meramente privati dell'individuo, che anche nel “sacro recinto del talamo” deve limitare le proprie inclinazioni sessuali, bensì ha riflessi anche nella vita pubblica dello stesso. Le leggi antisodomia non si limitano a criminalizzare un comportamento sessuale, ma un gruppo di individui che assumono lo *status* di criminali *per se*. Per effetto di tali norme si assiste alla limitazione all'accesso a cariche pubbliche o albi professionali, alla negazione della custodia e del diritto di visita dei figli. Non si tratta di annullare uno spazio privato di libertà, ma di negare il concetto di dignità umana, in tal modo giustificando gli atteggiamenti aggressivi dei privati. È stato ampiamente studiato il problema degli effetti della presenza delle *sodomy laws* in un ordinamento e, altrettanto pacificamente, è stato rinvenuto un inequivocabile collegamento tra l'esistenza di tali norme e la diffusione incrementale di violenza omofoba e transofoba, come i crimini d'odio da parte di privati (c.d. *hate crimes*), gli abusi da parte delle forze dell'ordine, le torture e la violenza domestica. A questo proposito lo Special Rapporteur on *health* ha asserito che «sanctioned punishment by States reinforces existing prejudices, and legitimizes community violence and police brutality directed at affected individuals»⁴⁷.

Le implicazioni e gli effetti della criminalizzazione dell'omosessualità sono stati rilevati e censurati per la prima volta da una Corte internazionale negli anni '80. Di seguito, verrà delineato il percorso e l'evoluzione della giurisprudenza internazionale, prendendo proprio le mosse dal sistema CEDU, al fine di ricostruire lo stato attuale del diritto internazionale in materia.

2.1 La giurisprudenza della Corte EDU

In generale, il diritto all'autodeterminazione sessuale – quindi all'attuazione concreta ed effettiva delle proprie preferenze sessuali senza incorrere in divieti e discriminazioni – rappresenta uno tra i più significativi esempi del progresso della giurisprudenza cedu nella promozione dei valori di libertà dell'individuo, scaturito di fatto dalla giuridificazione dei diritti inalienabili della persona. Più in particolare, il punto di partenza di tale rapida evoluzione è costituito proprio dalla

⁴⁷ In A/HRC/14/20 par. 20. A questo proposito anche lo Special Rapporteur on extrajudicial executions ha sottolineato come la criminalizzazione di tali condotte incrementi lo stigma sociale sulle stesse, rendendo gli individui appartenenti alle minoranze sessuali « more vulnerable to violence and human rights abuses, including death threats and violations of the right to life, which are often committed in a climate of impunity» in A/57/138, par. 37. Si vedano, poi, nello stesso senso le Osservazioni conclusive della Human Rights Committee sul Togo (CCPR/C/TGO/CO/4), par. 14 e E/CN.4/2000/3, par. 116.

prime pronunce con le quali la Corte ha serrato i limiti di ammissibilità di misure sanzionatorie dei rapporti omosessuali, fino a quel momento ritenute non contrarie al dettato della Convenzione di Roma. Pertanto, l'esame analitico del consolidarsi di questo orientamento è funzionale tanto alla completa comprensione delle argomentazioni a favore della decriminalizzazione dei rapporti omosessuali, quanto, più in generale, all'individuazione dei principi che hanno guidato la Corte nel definire il quadro di tutela dell'integrità psicofisica dei soggetti appartenenti alle minoranze sessuali.

I primi tentativi di ottenere da Strasburgo una censura delle misure sanzionatorie dei rapporti omosessuali risalgono agli anni '50 e '60, con i ricorsi proposti avverso il Paragrafo 175 del codice penale tedesco. La Convenzione di Roma non contiene una generale c.d. *equality provision*, pertanto la discriminazione nei confronti degli omosessuali attraverso la criminalizzazione degli atti sessuali tra adulti dello stesso sesso fu fatta valere attraverso il catalizzatore dell'articolo 8, che sancisce il diritto al rispetto della vita privata e familiare. La norma – ispirata all'art. 12 della Dichiarazione Universale dei Diritti dell'uomo – permette, infatti, di censurare quegli interventi normativi che interferiscano, comprimendola illegittimamente, con la vita privata degli individui⁴⁸. Nel caso di specie, venne fatta valere la violazione congiunta dell'articolo 8⁴⁹ in combinato disposto con l'articolo 14⁵⁰ in ragione di un trattamento discriminatorio basato sul "sesso" e non sull'"orientamento sessuale"⁵¹. Il paragrafo 175 del codice penale tedesco si riferiva, infatti, soltanto alle attività sessuali tra uomini, lasciando impuniti i rapporti sessuali tra donne.

La scelta di riferirsi al genere come base del trattamento discriminatorio, fondata sulla supposta immaturità dell'organo giudicante rispetto ai temi legati all'orientamento sessuale, non era del tutto infondata. La Commissione, infatti, dichiarò il ricorso inammissibile e, contestualmente, la criminalizzazione dei rapporti sessuali tra adulti consenzienti legittima e giustificata. L'articolo 8, invero, presenta una "clausola di limitazione" che generalmente permette agli Stati di interferire con il godimento individuale dei diritti garantiti dalla Convenzione, al fine di perseguire un interesse di natura generale. In questo senso, la scelta sanzionatoria rientrava, a parere della Commissione, nella libertà degli Stati membri di adottare misure ritenute utili alla salvaguardia della salute e della

⁴⁸ Sull'articolo 8 cfr. Z. Zencovich, «Art. 8,» in *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, 307 e ss (Padova: Cedam, 2001); C. Pitea e L. Tomasi, «Diritto al rispetto della vita privata e familiare,» in *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, 297 e ss (Padova: Cedam, 2012); F. Sudre, *Droit européen et international des droits de l'homme*, 10 édition (Paris: Presses Universitaires de France, 2011); D.J. Harris, M. O'Boyle e C. Warbrick, *Law of the European Convention on Human Rights* (Oxford-New York: Oxford University Press, 2010).

⁴⁹ L'articolo 8 prevede: «1) Everyone has the right to respect for his private and family life, his home and his correspondence. 2) There shall be no interference from public authority with the exercise of this right except such as is in accordance with the law and is necessary in a democratic society in the interests of national security, public safety or economic well-being of the country, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals, or for the protection of the rights and freedoms of the others».

⁵⁰ A norma dell'articolo 14: «The enjoyment of the rights and freedoms set forth in the Convention shall be secured without discrimination on any ground such as sex, race, colour, language, religion, political or other opinion, national or social origin, association with a national minority, property, birth or other status».

⁵¹ *X c. Repubblica Federale Tedesca*, n. 530/59 (European Commission of Human Rights, 4 settembre 1960).

morale. La salute e la morale costituivano il controaltare dell'omosessualità, alla quale i giudici si riferivano ancora in termini di deviazione e patologia⁵².

Ciononostante, poco dopo la formale cancellazione dell'omosessualità dal *Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders*⁵³, nel 1975, la Commissione riconobbe per la prima volta che «a person's sexual life is undoubtedly part of his private life of which it constitutes an important aspect»⁵⁴. Anche per i membri della Commissione l'omosessualità usciva dall'ambito della depravazione per entrare a far parte delle scelte e dei comportamenti sessuali dell'individuo e, quindi, del concetto di “vita sessuale”, a sua volta frazione e aspetto importante della più ampia definizione di “vita privata”.

Tuttavia, la Commissione non si spinse fino alla censura della normativa tedesca, già modificata nel senso di sanzionare soltanto la condotta sessuale tenuta con individui minori degli anni 21. Anche in questo caso, l'interferenza nel godimento di uno dei diritti garantiti dalla Convenzione fu giudicata legittima, giacché rivolta alla necessità di tutelare la morale e i diritti e libertà di una categoria di soggetti considerata particolarmente fragile, ossia i giovani al di sotto dei 21 anni⁵⁵.

Il ragionamento della Commissione, però, si è sviluppato nel senso creare la base argomentativa necessaria per una successiva dichiarazione di illegittimità della criminalizzazione dei rapporti omosessuali. Infatti, confermato l'esplicito legame tra la vita sessuale e la vita privata e, quindi, accertata l'esistenza di una palese interferenza con il godimento del diritto di cui all'art. 8, la Commissione ha affermato che la stessa dovesse rispondere ad una necessità sociale imperativa

⁵² Per contrastare di ricorso alla Commissione la retorica dell'omosessualità come malattia o scelta volontaria passibile di cura o di ripensamento, i ricorrenti opponevano la teoria del determinismo. Nei primi casi contro la Repubblica Federale Tedesca (*X c. Repubblica Federale Tedesca*, n. 104/55, European Commission of Human Rights, 1955 settembre 23; *X c. Repubblica Federale Tedesca*, n. 167/56, ECoHR, 28 settembre 1956; *X c. Repubblica Federale Tedesca*, n. 3566/68, ECoHR, 15 dicembre 1969), l'omosessualità dei ricorrenti veniva descritta come caratteristica personale innata e, per questo, immutabile. In questo modo, l'omosessualità si collocherebbe concettualmente, al pari di altre caratteristiche immutabili come la razza o l'etnia, nel solco delle tutele giuridiche appontate contro le disegualianza, approntate dai legislatori nazionali e internazionali. Dal punto di vista deterministico, non sarebbe giusto che un individuo possa subire sofferenze e discriminazioni per effetto di situazioni che non è in grado di modificare. In uno dei casi citati, il ricorrente sostiene che: «all democratic states...tolerate homosexuality among those who have an innate propensity towards it, which is the case with him...To make it an offence is a violation of the right to life, the corollary of which is the right to love... love cannot be denied to homosexuals since they too are men» in *X c. Repubblica Federale Tedesca*, n. 530/59 (European Commission of Human Rights, 4 settembre 1960) paragrafi 188 e 189.

⁵³ Nel 1973, l'American Psychiatric Association (APA) decise di cancellare, a seguito di un sofferto dibattito in seno alla stessa, l'omosessualità dal novero delle patologie psichiatriche. Si pensi che, nel 1935, in relazione alle teorie del volontarismo, «il Dottor Louis William Max aveva presentato, nel corso di un convegno dell'Apa, una serie di studi che a suo giudizio dimostravano che “l'elettroshock non è in grado di convertire gli omosessuali a meno che la corrente non sia amministrata a intensità molto più elevate rispetto a quelle comunemente praticate su soggetti umani”» in M.M. Winkler e G. Strazio, *L'abominevole diritto. Gay e lesbiche, giudici e legislatori* (Milano: Il Saggiatore, 2011) pag. 36.

⁵⁴ La Commissione così si pronunciò in relazione ad un ricorso presentato sempre contro la Germania, successivamente alla riforma del paragrafo 175, che pur tuttavia manteneva una discriminazione tra uomini e donne quanto all'età del consenso. Cfr. *X c. Repubblica Federale Tedesca*, n. 5935/72 (ECoHR, 1975) par. 284.

⁵⁵ A parere della Commissione l'esigenza di tutela dei giovani e della morale avrebbe garantito allo Stato parte un ampio margine di discrezionalità, aggiungendo che «il significato dell'evoluzione intervenuta nella stessa legislazione interna che non puniva più gli stessi tipi di rapporti se intercorsi tra persone maggiorenni, attestante un'evoluzione della mentalità della società interessata consona allo spirito della Convenzione e certamente non discutibile, anche alla luce dei dati riscontrabili negli altri ordinamenti europei, da parte del giudice internazionale» in P. Pallaro, «I diritti degli omosessuali nella Convenzione europea per i diritti umani e nel diritto comunitario», *Rivista Internazionale dei Diritti dell'Uomo*, 2000: 104-134 pag. 106. Lo stesso orientamento fu confermato e dalla Commissione e dal Consiglio dei Ministri e portò all'accoglimento di un ricorso, giudicato quindi ammissibile, contro la legislazione inglese che puniva i rapporti omosessuali intervenuti tra minori di 21 anni. Cfr. *X c. Regno Unito*, n. 7215/75 (ECoHR, 12 ottobre 1978).

(*pressing social need*). In particolare, interferendo in maniera penetrante con uno degli aspetti più intimi della vita privata, le misure sanzionatorie potevano essere giustificate soltanto superando il vaglio della rispondenza a ragioni particolarmente gravi e pressanti. Nel caso di specie, i giudici ritennero che rientrava nel margine di apprezzamento la fissazione di limiti di età volti a scoraggiare pratiche non convenzionali, che potessero danneggiare la salute e la morale dei soli giovani. Anche in questo caso, quindi, l'esigenza di protezione di soggetti che non avessero ancora raggiunto una piena maturità sessuale – pertanto possibilmente soggetti ad “adescamenti” – fu ritenuta tale da soddisfare i criteri di cui al paragrafo 2 dell'articolo 8 della Convenzione.

Eppure, la rivoluzione copernicana – consistita nella diversa interpretazione del fenomeno omosessuale e nella riconduzione del concetto di vita sessuale a quello di vita privata *tout court* – era ormai avvenuta e, posta a fondamento delle successive pronunce, sortì il primo effetto concreto nel famoso caso *Dudgeon c. Regno Unito*⁵⁶, laddove la Corte dichiarò l'illegittimità della legge nord-irlandese di criminalizzazione dei rapporti omosessuali tra adulti consenzienti.

Il Signor Dudgeon, uno spedizioniere residente a Belfast era, come dichiarato dallo stesso, «consciously homosexual from the age of 14». Attivista per i diritti degli omosessuali, si era impegnato per la riforma del sistema normativo irlandese, che riguardo alla repressione penale dei rapporti omosessuali – al momento della presentazione del ricorso – era disciplinata dall'*Offences against the Person Act* 1861 e dal *Criminal Law Amendment Act* del 1885. Rispettivamente, ai sensi delle sezioni 61 e 62 dell'Act del 1861, gli atti sessuali tra uomini in forma consumata o tentata potevano essere puniti rispettivamente nel massimo con la condanna all'ergastolo o a dieci anni di reclusione; mentre, ai sensi dell'Act del 1885 integrava reato, punibile al massimo con due anni di reclusione, la commissione da parte di qualunque individuo di sesso maschile di atti osceni con un altro uomo, sia in pubblico che in privato⁵⁷.

Proprio in forza di detta normativa, le forze dell'ordine durante una perquisizione presso l'abitazione del Sig. Dudgeon – in esecuzione di un mandato emesso ai sensi della normativa sulle sostanze stupefacenti – sequestrarono anche documenti personali, inclusi corrispondenze e diari, in cui venivano descritte esperienze sessuali di tipo omosessuale. Nonostante il Procuratore Generale avesse disposto l'archiviazione, Dudgeon decise comunque di proporre ricorso alla Corte EDU per la violazione del proprio diritto al rispetto della vita privata ex art. 8 e per la violazione del divieto di discriminazione basata su “*sex, sexuality and residence*” ex art. 14 in combinato disposto con l'articolo 8 della Convenzione.

⁵⁶ *Dudgeon v. United Kingdom*, n. 7525/76 (European Court of Human Rights, 22 ottobre 1981).

⁵⁷ È opportuno precisare come non esistesse alcuna definizione legale di atti osceni. Al riguardo, tuttavia, la commissione Wolfenden aveva specificato che con tale termine usualmente si intendevano masturbazione reciproca e rapporti orali. Nessuno dei due testi citati faceva alcuna distinzione né riguardo il consenso né riguardo l'età; peraltro, atti di natura equivalente tra donne non costituivano reato. Riguardo ai rapporti eterosessuali, invece, era reato, con delle eccezioni, per un uomo avere rapporti sessuali con una ragazza minore di anni 16.

Per la prima volta, la sessualità veniva indicata come *status* posto a base di un trattamento discriminatorio, nonostante non fosse espressamente menzionato dall'articolo 14, rientrando così nel margine dell'*other status*. Il ricorrente lamentava, a causa della legge in vigore in Irlanda del Nord e alla minaccia continua di instaurazione di un procedimento penale, di essere stato dall'età di 17 anni in una condizione di "*fear, suffering and psychological distress*".

Per quanto non fosse l'omosessualità *tout court* ad essere vietata, ma piuttosto gli atti osceni e la sodomia, non vi erano dubbi circa il fatto che le attività omosessuali oggetto del ricorso rientrassero nella categoria dei reati punibili ai sensi della legislazione impugnata. Il ricorso, infatti, era essenzialmente riferito al fatto che atti omosessuali, che egli avrebbe potuto compiere in privato con maschi adulti consenzienti, fossero ritenuti dal diritto penale nordirlandese reati.

La Corte, nell'esaminare la fondatezza del ricorso, applicò il modello di accertamento della violazione dell'articolo 8 della Convenzione⁵⁸. In primo luogo, la Corte si accertò dell'esistenza di un'interferenza con il diritto garantito dalla norma suddetta. Concentrarsi sul *detrimental effects which the very existence of the legislative provisions in question can have on the life of a person of homosexual orientation like the applicant*⁵⁹, il collegio riconobbe che – date le circostanze del caso concreto – la mera esistenza di quel tipo di legislazione condizionava direttamente la vita privata del ricorrente, sia che egli avesse deciso di rispettare la legge, astenendosi da attività sessuali illegali, sia che avesse deciso di compiere tali atti, esponendosi così al rischio di un procedimento penale⁶⁰.

La Corte proseguì, allora, l'esame del ricorso valutando se tale interferenza potesse ritenersi giustificata alla luce dei criteri fissati dalla stessa norma posta a tutela della vita privata e che avrebbero dovuto comunque caratterizzarsi come esigenze di natura particolarmente grave e pressante, essendo in gioco la compressione di uno degli aspetti più intimi della vita privata. Rilevato che si trattava di una misura fornita di base giuridica adeguata, perché applicata in virtù delle disposizioni contenute negli Acts del 1861 e 1885, restava da verificare se tale interferenza

⁵⁸ L'accertamento delle violazioni del diritto al rispetto della vita privata avviene attraverso un procedimento articolato in quattro punti. Il primo momento prevede che l'organo giudicante verifichi se vi sia un'interferenza effettiva nella vita privata del ricorrente. Successivamente, dovrà accertarsi se tale interferenza non sia giustificata dalla necessità di soddisfare uno degli obiettivi di interesse generale indicati al paragrafo 2 della stessa norma. Sempre ai fini della valutazione della legittimità dell'interferenza, la Corte deve valutare che la stessa sia attuata in virtù di una base giuridica, che – seppure non debba necessariamente essere una legge in senso formale – deve possedere i caratteri della pubblicità e della prevedibilità. Qualora dovesse essere accertato che l'interferenza persegue un interesse generale e sia opportunamente dotata di base giuridica idonea, l'ultimo accertamento verterà sulla congruità dell'intervento rispetto ad uno dei fini legittimi di cui al secondo paragrafo. In particolare, è necessario verificare che l'interferenza risponda a una necessità sociale imperativa (il c.d. *pressing social need*), che sia proporzionale rispetto al fine e che derivi da un corretto bilanciamento (il c.d. *fair balance*) tra tutti gli interessi coinvolti nel pieno rispetto del margine di apprezzamento di cui gode ogni Stato parte.

⁵⁹ Sent. *cit.* par. 60.

⁶⁰ In questo senso, il governo convenuto aveva sostenuto che non potesse rinvenirsi alcun tipo di interferenza nella vita privata del ricorrente dal momento che si trattava di norme che praticamente non veniva più applicate. Tuttavia, la Corte ha ricordato che la legislazione in materia non poteva essere considerata lettera morta e che anzi continuava ad essere applicata per perseguire persone che intrattenevano rapporti omosessuali consensuali, tra adulti e in privato. L'indagine svolta a gennaio 1976 nei confronti del ricorrente, in tal senso, rappresentava proprio un'applicazione diretta di tali norme. E, per quanto non fosse sfociata in un procedimento penale e fosse stata quindi in ultima analisi priva di conseguenze legali, ha costituito un rischio concreto per il ricorrente.

fosse effettivamente finalizzata agli obiettivi legittimi di “protezione della moralità” e di “protezione dei diritti e libertà altrui”, identificati dal Governo come obiettivi di quelle norme.

A ogni buon conto, i giudici di Strasburgo diedero atto del fatto che un certo livello di regolamentazione – mediante la normativa penale – dei rapporti omosessuali maschili potesse indubbiamente essere considerato “necessario in una società democratica”. Il fine della legislazione penale in materia sessuale, infatti, è di preservare l’ordine pubblico, il senso della decenza e proteggere i cittadini da ciò che è dannoso o offensivo. Pertanto, proprio la necessità di tutelare categorie di soggetti deboli e il *favor* che la società riserva alla sessualità convenzionale integravano elementi che, a parere della Corte, permettevano almeno di lasciare libero il legislatore nella fissazione di un limite di età per scoraggiare il fenomeno “socialmente dannoso”. Ciononostante, tale premessa – eco delle precedenti decisioni in materia – non svincolava il legislatore da qualsiasi tipo di sindacato sul proprio operato in materia.

La Corte ritenne, infatti, che la questione fondamentale fosse diversa, ovvero se il mantenimento in vigore della legislazione, diretta al raggiungimento di tali obiettivi, potesse considerarsi “necessario in una società democratica”, i cui tratti caratterizzanti sono “tolleranza e apertura mentale”⁶¹. È noto come la Corte, per valutare se una determinata misura sia o meno necessaria in una società democratica, ovvero proporzionata rispetto allo scopo prefisso, ricorra al concetto di margine di apprezzamento. Gli Stati, infatti, godono di una certa discrezionalità nella limitazione dell’esercizio di tali diritti, in virtù della prossimità alla situazione pertinente e, quindi, alla più agevole comprensione dei bisogni sociali. Ciò, in particolare, in tutti quei casi in cui sia necessario assicurare un equilibrio tra gli interessi concorrenti dell’individuo e della società nel suo insieme. Pur tuttavia, anche tale discrezionalità è soggetta a un rigoroso controllo, affinché l’interferenza rispetti convenientemente gli interessi individuali e non vanifichi il godimento dei diritti e delle libertà riconosciuti dalla Convenzione.

Nel caso di specie, la Corte evidenziò che la legislazione nordirlandese differiva da quella in vigore nella grande maggioranza degli altri Stati, perchè il divieto di atti osceni e sodomia era generale e posto senza alcun riferimento alle circostanze. Per cui, pur ritenendo acquisito che un certo grado di regolamentazione fosse necessario alla protezione di particolari segmenti della popolazione e dell’etica pubblica della collettività, la Corte ritenne di dover comunque determinare se nel caso in questione le norme contestate fossero realmente atte a tal scopo⁶².

⁶¹ Sent. *cit.* par. 53

⁶² Nella giurisprudenza della Corte, sono individuabili una serie di principi inerenti la valutazione della necessità o meno “in una società democratica” di una misura adottata per la protezione di un obiettivo legittimo ai sensi della Convenzione. Ed è proprio alla luce di tali principi che la Corte ha valutato la legittimità dell’interferenza in questione.

a) Innanzitutto, la Corte ha qualificato il senso della parola “necessario”. In tale contesto, infatti, il termine non ha la flessibilità di espressioni come “utile”, “ragionevole” o “desiderabile”, ma implica l’esistenza di una “esigenza sociale pressante” dell’interferenza in questione (*Handyside c. Regno Unito*).

Nel caso concreto, la difesa del Governo si era fondata sulla profonda differenza tra le attitudini dell'opinione pubblica nordirlandese e quelle del resto della Gran Bretagna su questioni riguardanti la morale. La società nordirlandese era stata descritta come più conservatrice e sensibile dal punto di vista religioso, fatto testimoniato anche da leggi più restrittive in materia di condotta sessuale per gli eterosessuali.

La Corte, pur riconoscendo il margine di apprezzamento lasciato alle autorità nazionali, rilevò comunque l'indiscutibile evoluzione degli ordinamenti interni, al punto che in larga parte degli Stati membri del Consiglio d'Europa non si considerava già più appropriato far rientrare le condotte di cui qui si tratta nell'ambito del diritto penale. Tale circostanza era da considerarsi conducente per la negazione della "dannosità sociale" dei rapporti sessuali consumati in privato tra adulti consenzienti dello stesso sesso.

In subordine, il governo ritenne che la Corte avrebbe dovuto valutare la circostanza della scarsa, se non inesistente, applicazione delle norme in materia. Tali disposizioni di legge, per quanto esistenti, non costituivano in questo senso un effettivo pericolo di interferenza nella vita privata degli individui. Al contrario la Corte sfruttò questo argomento difensivo per affermare come nessuna prova fosse stata fornita nel corso del procedimento per dimostrare che la mancata applicazione delle norme avesse in qualche misura danneggiato la moralità del paese o che vi fossero state richieste pubbliche di una maggiore o più severa applicazione di tali norme. A parere della Corte, la prassi lassista nell'applicazione di tale disciplina non permetteva di sostenere che vi fosse una "esigenza sociale pressante" di criminalizzazione di tali atti, a testimonianza che anche la comunità non assegnava più un'importanza fondamentale ai valori che le stesse norme avrebbero dovuto salvaguardare.

Infine, con riguardo alla proporzionalità, la Corte ha ritenuto che tale giustificazione della non applicazione delle norme fosse controbilanciata dai detrimenti che la mera esistenza di tali previsioni legislative avevano sulla vita di una persona omosessuale. Infatti, secondo la Corte, per quanto alcuni membri della società potessero considerare l'omosessualità come immorale e potessero sentirsi offesi o disturbati dal compimento da parte di altri individui di atti omosessuali in

b) In secondo luogo, la Corte ha riconosciuto che le autorità nazionali hanno la libertà di valutare l'esistenza di tale "esigenza sociale pressante" in ciascun caso, lasciando pertanto un margine di apprezzamento. In ogni caso, però, le decisioni raggiunte da queste restano soggette alla revisione della Corte. Come illustrato nella sentenza *Sunday Times c. Regno Unito*, l'ampiezza del margine di apprezzamento non è identica rispetto a ciascuno degli obiettivi che giustificano le restrizioni di un diritto. La Corte ha citato, in proposito, la sentenza *Handyside* dove aveva sostenuto che "il punto di vista assunto...sulle necessità della morale varia da un momento all'altro e da un luogo all'altro, specialmente nella nostra era" e che "in ragione del loro contatto continuo e diretto con le forze vitali del loro paese, le autorità dello Stato sono in una posizione migliore del giudice internazionale per poter esprimere un'opinione circa il contenuto esatto di tali necessità".

c) La Corte, però, ha aggiunto che non solo gli obiettivi dell'interferenza, ma anche la natura delle attività oggetto della stessa devono condizionare l'ampiezza del margine di apprezzamento. In questo caso, si trattava di aspetti estremamente intimi della vita privata e pertanto dovevano sussistere ragioni particolarmente serie per poter porre in essere un'interferenza della pubblica autorità, che potesse considerarsi giustificabile ai sensi del secondo comma dell'art. 8.

d) Infine, nell'art. 8, come in numerosi altri articoli della Convenzione, la nozione di "necessità" è connessa con quella di "società democratica". Sulla base della propria giurisprudenza, la Corte ha ricordato come una compressione di un diritto tutelato nella Convenzione non possa essere considerata "necessaria in una società democratica" – di cui due caratteristiche fondamentali sono la tolleranza e l'apertura mentale - a meno che, tra le altre cose, sia proporzionata all'obiettivo legittimamente perseguito (*Young, James e Webster c. Regno Unito*).

privato, ciò non poteva di per sé giustificare l'applicazione di pene quando gli unici soggetti coinvolti fossero adulti consenzienti, in ossequio al principio democratico di garanzia delle minoranze.

Pertanto, la Corte ritenne che gli argomenti difensivi dello Stato convenuto, per quanto rilevanti, non fossero sufficienti a giustificare il mantenimento in vigore della legislazione impugnata nella parte in cui essa aveva come effetto generale di criminalizzare qualunque relazione omosessuale tra adulti consenzienti. In particolare, le attitudini morali riguardanti l'omosessualità in Irlanda del Nord e la preoccupazione diffusa che qualunque allentamento della legislazione potesse erodere i canoni morali esistenti non potevano, da sole, giustificare un'interferenza di tale portata con la vita privata del ricorrente. La Corte, restringendo considerevolmente il margine di apprezzamento di cui gli Stati avevano goduto in materia fino a quel momento, per la prima volta, si espresse in favore del diritto all'autodeterminazione sessuale, poichè il ricorrente «has suffered and continues to suffer an unjustified interference with his right to respect for his private life. There is accordingly a breach of Article 8».

Vi furono tuttavia quattro opinioni dissenzienti, il cui argomento principale concerneva il ruolo della Corte nell'esprimersi sulla tensione tra il principio di tolleranza dell'altrui condotta sessuale e i principi cristiani condivisi dalla società nordirlandese. Ed inoltre, la Corte fu unanime nel decidere di non esaminare il ricorso in termini di violazione del divieto di discriminazione, ritenuto sufficiente l'accertamento della violazione dell'articolo 8 ed essendo irrilevante se ciò fosse avvenuto in termini discriminatori rispetto ad altre categorie di soggetti. In questo modo, la Corte evitò di dover implicitamente riconoscere agli individui omosessuali lo *status* di minoranza (in senso atecnico), che avrebbe – a livello politico – rafforzato il valore della pronuncia e che non avrebbe permesso di affermare «the legitimate necessity in a democratic society for some degree of control over homosexual conduct». Tale affermazione permetteva, infatti, di salvare dalla scure dell'illegittimità la fissazione di un limite di età per poter intrattenere lecitamente rapporti omosessuali di tipo discriminatorio rispetto a quello imposto per i rapporti eterosessuali. In questo senso, si noti come la Corte non riuscì del tutto a sottrarsi alla logica della naturalezza della sessualità convenzionale, giungendo alla condanna dello Stato convenuto in virtù della peculiare e stringente compressione che le *sodomy laws* imponevano sui singoli individui.

Con questa articolata pronuncia, la tutela assicurata al diritto a intrecciare rapporti affettivi e sessuali con individui dello stesso sesso trovò un solido baluardo difensivo, che costituì il precedente di altre celebri pronunce prive di ripensamenti. In particolare, la censura delle leggi antisodomia venne riproposta, prima, con riguardo alla legislazione irlandese – la stessa dell'Irlanda del Nord – e, in un secondo momento, rispetto alla legislazione cipriota. Nel primo caso, *Norris c.*

*Irlanda*⁶³, il ricorrente aveva sostenuto che il timore di azioni giudiziarie e della riprovazione pubblica o stigma sociale lo avevano inibito nelle sue relazioni sociali con colleghi e amici di sesso maschile in molti modi, sottili ma insidiosi, costringendolo a limitare o astenersi da attività che gli eterosessuali compiono naturalmente come necessaria espressione della propria personalità e normale conseguenza del proprio diritto di cittadinanza. Argomenti di tal sorta furono portati all'attenzione della Corte anche nel secondo caso, *Modinos c. Cipro*⁶⁴. In entrambi i casi, gli Stati convenuti si erano limitati a negare l'incidenza effettiva di tali norme; in altre parole, non poteva rilevarsi un'effettiva interferenza nel godimento del diritto al rispetto della vita privata dei ricorrenti, poiché le autorità di governo non applicavano la normativa in questione per desuetudine.

Eppure, la Corte ribadì che la mera esistenza di norme penali (pertanto astrattamente applicabili), volte a sanzionare i rapporti sessuali tra adulti consenzienti dello stesso sesso, pregiudicavano la libertà dell'individuo di tenere determinati comportamenti. Nel rilevare la mancata sussistenza in una società democratica di una pressante necessità sociale che giustificasse l'esistenza di una normativa volta a criminalizzare le pratiche omosessuali e considerata la sua sproporzione rispetto ai fini perseguiti, la Corte confermò che l'ampia discrezionalità riconosciuta alle autorità nazionali in materia non potesse considerarsi un potere illimitato, spettando alla stessa di giudicare la compatibilità di ogni eventuale interferenza con la salvaguardia dei diritti tutelati dalla Convenzione. Quindi, in assenza di valide giustificazioni ai sensi del paragrafo 2, venne riaffermata l'incompatibilità di dette normative con la Convenzione.

⁶³ *Norris v. Ireland*, 10581/83 (ECtHR, 26 ottobre 1988). Il caso scaturisce dal ricorso presentato alla Commissione da un cittadino irlandese, David Norris, docente di inglese presso il Trinity College di Dublino e Senatore del parlamento irlandese, contro il proprio Stato d'origine, per violazione dell'articolo 8 della Convenzione. Il ricorrente conduceva una intensa attività di impegno sociale e politico per l'affermazione dei diritti degli omosessuali dal 1971 tanto che, nel 1974, divenne membro fondatore e presidente del movimento irlandese per i diritti dei gay (*Irish Gay Rights Movement*). La ragione di maggiore protesta avverso il proprio governo era l'esistenza di disposizioni normative che criminalizzavano i rapporti omosessuali anche quando aventi luogo tra uomini adulti e consenzienti. Pur in assenza di una specifica norma di diritto irlandese, volta all'incriminazione dell'omosessualità in quanto tale, il ricorrente rilevava l'esistenza di alcuni testi legislativi, come la legge del 1861 in materia di crimini e delitti contro la persona (*Offences against the Person Act*), volti a proibire specifiche attività sessuali. Così l'art. 61, nel condannare alla reclusione quanti fossero colpevoli di sodomia, affiancava a "tale abominevole crimine" il compimento di atti sessuali con animali, incriminandoli parimenti. Ancora, l'articolo 62 qualificava come delitto lo stesso tentativo di sodomia, nonché qualsiasi aggressione al fine di perpetrarla e qualsiasi altro "oltraggio al pudore" contro una qualsivoglia persona di sesso maschile. Sotto il profilo soggettivo tali delitti si estendevano tuttavia a individui di entrambi i sessi; diversamente, l'articolo 11 della legge del 1885, modificativa del diritto penale (*Criminal Law Amendment Act*) e interamente dedicata al tema dell'omosessualità, incriminava il compimento in pubblico o in privato da parte di qualunque persona di un atto "gravemente indecente" con un altro uomo, ovvero la partecipazione alla sua perpetrazione o ancora l'azione in qualità di sensale volta ad agevolarne il compimento, restringendo il proprio ambito di applicazione esclusivamente ad individui di sesso maschile. In nessun momento, prima o dopo il procedimento legale da lui avviato, il signor Norris era stato accusato di un reato quale conseguenza delle sue ammissioni relative alla propria omosessualità. Tuttavia, egli rimaneva legalmente esposto al rischio di un' iniziativa giudiziaria da parte del Procuratore generale per la Pubblica Accusa (*Director of Public Prosecution*), nonché alla citazione in giudizio da parte di qualsiasi soggetto privato, legittimato in base alle norme procedurali a quel tempo vigenti, senza che peraltro sussistesse la necessità di dimostrare un interesse diretto nella causa.

⁶⁴ *Modinos v. Cyprus*, 1507/89 (ECtHR, 22 aprile 1993). Il ricorrente, presidente del movimento di liberazione omosessuale cipriota (*Liberation Movement of Homosexuals in Cyprus*) e coinvolto in una stabile relazione sentimentale con un altro uomo, lamentava di versare in un costante stato di tensione, apprensione e paura, per la possibilità di essere perseguito penalmente a causa della sua relazione omosessuale. Il Codice Penale cipriota, precedente all'entrata in vigore della Costituzione, all'articolo 171 sanzionava chiunque avesse rapporti sessuali contro l'ordine naturale, o premettesse ad un altro uomo siffatti atteggiamenti (*carnal knowledge*) nei propri confronti, mentre gli articoli 172 e 173 sanzionavano, rispettivamente, gli atti omosessuali perpetrati in maniera violenta e le corrispondenti fattispecie tentate. Il quadro normativo di riferimento, tuttavia, sarebbe dovuto mutare con l'entrata in vigore della Costituzione della Repubblica cipriota del 1960. Laddove, l'articolo 15 garantisce il rispetto della vita privata e familiare da qualsiasi interferenza governativa, che non sia prevista per legge e necessaria a tutelare interessi fondamentali della Repubblica e del popolo cipriota. Tale norma si inserisce, peraltro, in un contesto costituzionale che, espressamente, sancisce la superiorità gerarchica delle fonti sovranazionali vincolanti e che impone la modifica o almeno l'interpretazione conforme ai principi della nuova costituzione di tutte quelle norme preesistenti che non fossero compatibili con le disposizioni costituzionali. Cionondimeno, fino al momento in cui il ricorrente sottoponeva la questione all'analisi della Commissione, nessuna novella legislativa era ancora intervenuta. Al contrario, l'8 giugno 1982, la Corte Suprema cipriota si pronunciava a favore della compatibilità dell'articolo 171 codice penale con la Costituzione e con la Convenzione. La controversia riguardava la condanna, ex articolo 171, di un militare per atti omosessuali consumati in una tenda alla presenza di un terzo militare.

Sulla scorta di tali pronunce e della politica del Consiglio d'Europa⁶⁵ furono modificati gli ordinamenti interni di molti Paesi aderenti⁶⁶, eppure successive pronunce manifestavano ancora una certa tensione nella piena affermazione della protezione dell'autodeterminazione sessuale. La mancata affermazione della violazione dell'articolo 14, lasciava trasparire ancora un margine di potenziale contrasto tra il diritto di adottare una determinata condotta sessuale e i valori etici o religiosi di una determinata società, che spesso classificavano la condotta sessuale non convenzionale come peccaminosa, contro natura, deviante e, più in generale, offensiva dei diritti e delle libertà degli esponenti della sessualità convenzionale.

In questo senso, la Corte ha in seguito affermato che, anche in casi che coinvolgono scelte sessuali e comportamenti assunti in privato (e, quindi, tutelati dall'articolo 8), gli Stati godono comunque di un ampio margine di intervento a tutela della salute e dell'integrità psicofisica, ritenendo legittima la previsione di fattispecie incriminatrici delle pratiche sado-masochistiche. Ci si riferisce al noto caso *Laskey, Jaggard e Brown c. Regno Unito*⁶⁷, ovvero alla condanna per pratiche sadomasochistiche – ai sensi delle sections 20 e 47 dell'*Offences Against the Persons Act 1861* – intervenuta nei confronti dei ricorrenti e di altri quarantaquattro uomini gay.

Nel corso dell'attività di indagine di routine, gli agenti di polizia erano entrati in possesso di una serie di registrazioni di questi tipi di incontri orgiastici e, di conseguenza, era stato aperto un procedimento per lesioni, che si era concluso con una condanna alla pena detentiva. Nell'emettere la sentenza il giudice di merito, peraltro, aveva sottolineato che «the unlawful conduct . . . would be dealt with equally in the prosecutions of heterosexuals or bisexuals if carried out by them»⁶⁸. Evidentemente per evitare che potessero essere sollevate accuse d'intervenuta discriminazione sulla

⁶⁵ Nel 1981 – quasi in contemporanea con la decisione Dudgeon – Joop Voogd, il Chair della “Committee on Social and Health Questions”, presentò un Report all'Assemblea Parlamentare del COE dal titolo “Discrimination Against Homosexuals” (Parliamentary Assembly of the Council of Europe, Document No. 4755, ottobre, 1981), in base al quale furono adottate una serie di risoluzioni: calling on the World Health Organisation to remove homosexuality from its list of diseases (Parliamentary Assembly of the Council of Europe, Thirty-third Ordinary Session, Recommendation 924, 1981); urging member states to decriminalise homosexual acts and apply equal ages of consent for homosexual and heterosexual acts (Parliamentary Assembly of the Council of Europe, Thirty-third Ordinary Session, Recommendation 756, 1981). In particolare, con la Raccomandazione n. 924 l'Assemblea riconobbe gay e lesbiche quali vittime di secolari pregiudizi e condannò ogni forma di discriminazione basata sull'orientamento sessuale. Inoltre, all'interno di una risoluzione del 1983 sul tema dell'HIV, l'Assemblea votò per: «reaffirm its unshakeable attachment to the principle that each individual is entitled to have his privacy respected and to self-determination in sexual matters» (cfr. Parliamentary Assembly of the Council of Europe, Thirty-Fifth Session, Resolution 812).

⁶⁶ La maggior parte dei paesi del Consiglio dovette provvedere all'eliminazione delle sodomy laws. In questo senso, l'ultimo Stato parte ad essersi adeguato a quella che ormai da tempo è considerata una delle condizioni per l'adesione al Consiglio d'Europa (la Romania ad esempio ha provveduto all'eliminazione delle leggi anti sodomia a seguito dell'Opinione n. 176/1993 dell'Assemblea Parlamentare del Consiglio d'Europa che subordinava espressamente a tale depenalizzazione l'adesione dello Stato al COE) è stata l'Armenia nel 2003. A questo proposito «During the 1990s the Council of Europe's requirements were responsible for the almost total repeal of offending criminal laws in eastern Europe. There were long disputes, resolutions and visitations aimed at Romania, which had not repealed its laws before admission was granted. Albania and Moldova repealed their total bans on homosexual acts in 1995 before being admitted. On its accession to membership in November 1995 Macedonia promised to introduce a complete new penal code within one year and repeal the ban on homosexual acts between consenting adults. Current practice is shown by decisions in 2000 to make the membership of Armenia and Azerbaijan conditional on the repeal of criminal laws against same-sex relations» in D. Sanders, «Human Rights and Sexual Orientation in International Law,» *International Journal of Public Administration* 25, n. 1 (2002): 13-44.

⁶⁷ *Laskey, Jaggard and Brown v. United Kingdom*, 21627/93, 21826/93, 21974/93 (ECtHR, 19 febbraio 1997).

⁶⁸ *Sent. cit.* par. 11

base dell'orientamento sessuale. In appello⁶⁹, innanzi la *House of Lords* (*R. v. Brown*), venne però rilevato come le fattispecie incriminatrici applicate presupponessero l'assenza di consenso da parte della persona offesa e che ogni individuo godesse del diritto di poter disporre del proprio corpo secondo le proprie scelte. A parere della *House of Lords*, tuttavia, la circostanza che l'attività sessuale oggetto del procedimento fosse consensuale non poteva costituire una scriminante. Al contrario, la sentenza fu riformata *in peius* aggiungendo l'accusa di aver circuito un giovane inducendolo a partecipare a dette attività, considerate dall'organo giudicante particolarmente pericolose per il rischio di trasmissione dell'HIV. Per sottolineare l'inapplicabilità della scriminante del consenso della vittima, la Corte di appello indicò un caso esemplificativo e sostanzialmente differente in cui la scriminante era stata applicata. La Corte si riferì al caso *R. c. Wilson*, laddove un uomo era stato processato e inizialmente condannato per aver inciso con un coltello le proprie iniziali sui glutei della moglie, ma che fu poi assolto per il riconoscimento della scriminante del consenso della vittima. Infatti, per la Corte «consensual activity between husband and wife, in the privacy of their matrimonial home, is not, in our judgment, a proper matter for criminal investigation, let alone criminal prosecution»⁷⁰.

I ricorrenti, pertanto, fecero valere la violazione del loro diritto al rispetto della vita privata *ex art. 8* della Convenzione, determinato dal procedimento e dalla condanna per lesioni e aggressione nel corso di attività sado-masochistiche consensuali tra adulti.

La Corte EDU ritenne senza particolari difficoltà che potesse rinvenirsi nel caso di specie “un’interferenza da parte della pubblica autorità” nella vita privata dei ricorrenti, ma che il procedimento penale e la condanna rispondessero pacificamente ad almeno due dei requisiti previsti dal paragrafo 2 della norma invocata. In particolare, non vi erano dubbi che l’interferenza fosse “prevista dalla legge” e attuata per il perseguimento di “fine legittimo”, ovvero quello di “protezione della salute e della morale” collettiva.

L’unico punto controverso riguardava il requisito della “necessità della misura in una società democratica”. In questo senso, comunque, la Corte ritenne che – assumendo che lo Stato convenuto fosse indubbiamente titolare del potere di regolare attraverso la disciplina penalistica le aggressioni fisiche – rientrava nella competenza dello Stato convenuto individuare il livello di tollerabilità delle stesse e che, quindi, sarebbero potute essere scriminate dal consenso della vittima.

I giudici di Strasburgo, nonostante i precedenti interventi sulla decriminalizzazione delle attività omosessuali, non ritennero che questo tipo di atti sessuali rientrasse nella sfera privata e, quindi, interdetta alle interferenze statali. L’esclusione dalla sfera del “private sexual behaviour” era

⁶⁹ Nell’appello le parti rilevavano: «Where A wounds or assaults B occasioning him actual bodily harm in the course of a sado-masochistic encounter, does the prosecution have to prove lack of consent on the part of B before they can establish A’s guilt under section 20 or section 47 of the 1861 Act?» cfr. *sent. cit.* par. 18.

⁷⁰ *Sent. cit.* par. 30.

stata giustificata dalla Corte sulla base dell'elevato grado di violenza che caratterizzava tali pratiche. Peraltro, non sarebbero state acquisite prove a sostegno del pregiudizio delle autorità nei confronti degli omosessuali.

La Corte, infine, aveva precisato come l'oggetto dell'interesse statale fosse *the extreme nature of the practices involved and not the sexual proclivities of the applicants*⁷¹. Pertanto, considerato il grado di violenza delle offese, il numero di condanne e l'entità della pena, l'interferenza è risultata essere proporzionata rispetto al fine perseguito e, dunque, necessaria in una società democratica al fine della tutela della salute. Nessuna violazione dell'articolo 8 poteva ritenersi accertata.

La circostanza che la Corte non avesse originariamente esteso l'applicabilità dell'articolo 14 ai casi di criminalizzazione dell'omosessualità manifesta, in questi casi, i propri effetti critici. Se, infatti, la mera estensione della protezione prevista dall'articolo 8 ha sortito effetti positivi e di fatto equivalenti a quelli di una ipotetica applicazione anche dell'articolo 14 nel caso dei "tradizionali" rapporti omosessuali, la tutela si dimostra deficitaria quando siano coinvolti aspetti di rapporti sessuali e di sessualità che si collochino al di fuori del comportamento sessuale convenzionale e dominante, nonché in contrasto con gli standard morali delle società coinvolte.

La valutazione del caso alla luce della violazione dell'articolo 8, ha indotto la Corte a valutare il merito dell'attività sessuale rispetto al margine di apprezzamento dello Stato mediato dagli standard valoriali dello stesso e della Corte. Ciò perché i criteri del secondo paragrafo della norma assumono contenutisticamente il peso morale generico che viene espresso sulla sessualità e che necessariamente è dipendente dal modello convenzionale.

Diversamente, se la Corte avesse assunto la possibilità di esaminare il caso – così come quelli sulle *sodomy laws* – alla luce dell'articolo 14 avrebbe dovuto porsi il problema dell'operatività del pregiudizio, attraverso la stessa scelta della situazione comparativa. Nel caso di specie, la Corte ha ritenuto che quel tipo di attività sessuale assolutamente consensuale si ponesse in contrasto con il fine di tutela della salute.

Eppure, nessuna prova concreta di danni fisici o di assenza di controllo nello svolgimento di tali attività sessuali era stata fornita. Ciononostante, rispetto al concetto convenzionale di rapporto sessuale attraverso cui provare piacere, il sesso omosessuale di gruppo si atteggiava come intimamente deviante. La premessa implicita del ragionamento era forgiata su un presupposto normativo eterosessuale.

⁷¹ *Sent. cit.* par. 47.

Tuttavia, la Corte aveva esplicitamente accennato alla possibilità di una discriminazione e dell'operatività del pregiudizio, sostenendo che un'omologa situazione che avesse coinvolto individui eterosessuali sarebbe stata risolta nello stesso modo. Eppure si trattava di un rilievo puramente eventuale perché in quel momento non erano mai stati presentati ricorsi in tal senso. Arrestando l'esame alla valutazione dell'articolo 8, l'esito del giudizio della Corte non è criticabile, giacché l'argomentazione giuridica non è viziata.

Tuttavia, a voler valutare l'effetto pratico di tale decisione l'insoddisfazione non può non manifestarsi. La volontà di non coinvolgere l'articolo 14 e, quindi, aprire le porte di una tutela maggiore verso le minoranze sessuali ha avuto l'effetto di estromettere una forma di espressione della sessualità dalla tutela della Convenzione, escludendola dal novero delle espressioni più intime della vita privata protette dalle interferenze dello Stato. Se la Corte avesse dovuto esaminare la questione in relazione all'articolo 14 avrebbe dovuto paragonare il caso concreto con gli equivalenti di pratiche sessuali sadomasochistiche anche eterosessuali.

Se la Corte avesse eseguito un esame di tal sorta, l'esito sarebbe potuto essere differente. Lo stesso collegio aveva descritto le attività sessuali dei ricorrenti come consensuali, privati e «for no apparent purpose other than the achievement of sexual gratification»⁷². Peraltro, era stato accertato che ogni individuo che rivestiva il ruolo della “vittima” potesse usare una “parola in codice” per interrompere in qualsiasi momento la “violenza” e che ogni tipo di inflizione di dolore non era idonea a causare la trasmissione di infezioni, lesioni permanenti o, più in generale, essere tali da richiedere la necessaria assistenza di un medico. Inoltre, i ricorrenti avevano partecipato a questi “incontri” per oltre dieci anni e, in nessun caso, avevano subito lesioni gravi.

Il giudizio prognostico su un eventuale e diverso esito del ricorso, qualora fosse stato esaminato sulla base dell'articolo 14, è ulteriormente supportato dall'esame dei criteri adottati dalla Corte per decidere quello che, ad oggi, è l'unico caso di sanzione del rapporto sessuale sadomasochistico eterosessuale.

Vero è che, se la Corte avesse applicato l'articolo 14, avrebbe dovuto ricercare la situazione comparativa tra le decisioni interne delle corti britanniche e, eventualmente, accertare se rispetto ai rapporti sessuali sadomasochistici tra eterosessuali subissero un ingiusto trattamento differenziato. Ad esempio, la Corte avrebbe dovuto valutare se i criteri adottati per valutare la gravità delle conseguenze dei rapporti violenti fossero diversi, ovvero più rigorosi e stringenti nei confronti degli omosessuali.

Ciononostante, come sopra accennato, è possibile cercare di porre a raffronto i criteri che la stessa Corte ha applicato nel giudicare un'analogia situazione, che però coinvolgeva un uomo e una

⁷² *Sent. cit.* nota 27, par. 8

donna, al fine di cercare di capire se nell'applicazione dell'articolo 8 non abbiano interferito pregiudizi di ordine culturale.

Nel caso *K.A. e A.D. c. Belgio*⁷³, la Corte ha ritenuto che non vi fosse stata alcuna violazione dell'articolo 8 da parte dello Stato convenuto che, in virtù delle disposizioni del Codice penale belga, era intervenuto per condannare per aggressione e percosse i ricorrenti, protagonisti di pratiche sessuali sadomasochistiche di estrema violenza. Dall'esame dell'evidenze processuali, segnatamente dei filmati, era emerso che tali pratiche consistevano nell'inflizione di dolore alla vittima, moglie di uno dei ricorrenti, attraverso aghi, lastre di ferro incandescenti, scosse elettriche e così via. Nel corso delle suddette pratiche, la vittima aveva più volte pronunciato urlando e piangendo la "parola in codice" che avrebbe dovuto interrompere le torture, ma gli avventori non avevano desistito e, più volte, avevano continuato finché la vittima non aveva perso conoscenza.

Chiamati a confrontarsi con la condanna della Corte d'appello di Anversa del 1997⁷⁴, i giudici della Convenzione hanno ritenuto – più di quanto avessero fatto i giudici delle Corti interne – di evidenziare la centralità, ai sensi dell'articolo 8, del concetto di autodeterminazione sessuale. Citando un passo della sentenza *Pretty*, la stessa afferma che «le droit d'entretenir des relations sexuelles découle du droit de disposer de son corps, partie intégrante de la notion d'autonomie personnelle. A cet égard, «la faculté pour chacun de mener sa vie comme il l'entend peut également inclure la possibilité de s'adonner à des activités perçues comme étant d'une nature physiquement ou moralement dommageables ou dangereuses pour sa personne. En d'autres termes, la notion d'autonomie personnelle peut s'entendre au sens du droit d'opérer des choix concernant son propre corps»⁷⁵.

L'elemento decisivo nell'esame della vicenda non sarebbe, allora, stata la natura delle pratiche in oggetto, quanto piuttosto il fatto che vi fosse una vera e propria vittima. Se è vero che ogni individuo sottoposto alla giurisdizione di uno Stato parte può rivendicare il diritto di assumere qualsiasi tipo di comportamento sessuale nel modo più libero possibile da ingerenze, è altrettanto certo che «une limite qui doit trouver application est celle du respect de la volonté de la «victime»

⁷³ *K.A. et A.D. c. Belgique*, 42758/98 e 45558/99 (ECohR, 17 febbraio 2005).

⁷⁴ Anche la Corte d'appello di Anversa era stata chiamata a pronunciarsi sul possibile contrasto con l'articolo 8 della Convenzione di Roma e, a tal proposito, si legge: «S'interrogeant ensuite sur le caractère punissable des faits, au regard notamment de l'article 8 de la Convention, la cour d'appel émit d'abord des doutes, mais sans y répondre, sur le point de savoir si les faits commis en dehors du domicile conjugal (phases 2 à 4) pouvaient être considérés comme relevant de la « vie privée » au sens de cette disposition. Quoi qu'il en soit, elle considéra que la morale publique et le respect de la dignité de la personne humaine imposaient des limites qui ne sauraient être franchies en se prévalant du «droit à disposer de soi» ou de la «sexualité consensuelle». Même à une époque caractérisée par l'hyper-individualisme et une tolérance morale accrue, y compris dans le domaine sexuel, les pratiques qui s'étaient déroulées lors de la phase 4 étaient tellement graves, choquantes, violentes et cruelles qu'elles portaient atteinte à la dignité humaine et ne sauraient en aucun cas être acceptées par la société. Le fait que les prévenus continuaient de soutenir qu'il n'y avait ici qu'une forme d'expérience sexuelle dans le cadre du rituel du jeu sadomasochiste entre personnes majeures consentantes et dans un lieu fermé, n'y changeait rien.»

sent. cit. par. 23

⁷⁵ *sent. cit.* par. 83

de ces pratiques, dont le propre droit au libre choix quant aux modalités d'exercice de sa sexualité doit aussi être garanti»⁷⁶.

A guidare il giudizio della Corte è stato, quindi, un principio assolutamente scevro da qualsiasi valutazione di ordine morale che, se a sua volta fosse stato applicato nel caso *Laskey*, avrebbe condotto ad ben diversi esiti. L'applicazione dell'articolo 14, sebbene politicamente più forte, avrebbe permesso di valutare l'atteggiamento delle autorità di governo nei confronti dei rapporti omosessuali in maniera più completa. Il procedimento di “*minorization*” della categoria LGBTI, derivante dall'impiego del divieto di discriminazione, avrebbe imposto ai giudici di operare un raffronto con il corrispondente eterosessuale, al fine di operare un accertamento olistico dell'assenza di pregiudizi con effetto discriminatorio. Eppure, come già evidenziato, il significato politico di tutelare una minoranza sessuale dell'operazione non sarebbe passato inosservato.

Sebbene la Corte non abbia voluto spingersi tanto oltre nella tutela delle minoranze sessuali, è riuscita comunque per il tramite dell'articolo 8 a elaborare una serie di principi generali da applicare nei casi in cui fosse stata coinvolta la libertà di autodeterminazione sessuale degli individui.

Sono di norma i casi più estremi⁷⁷ quelli in cui la Corte è apparsa ancora sensibile ai rilievi di ordine morale degli Stati convenuti e dove, quindi, l'estensione della tutela dell'articolo 8 è apparsa insufficiente. Pur tuttavia, nei casi meno critici la mera applicazione della tutela della vita privata è apparsa efficace nella tutela di determinate situazioni. Ciò è accaduto, per esempio, in un altro caso di pratiche sessuali di gruppo tra uomini⁷⁸, laddove la Corte si è espressa in favore del ricorrente attraverso la sola applicazione dell'articolo 8 e non anche dell'articolo 14.

Il caso *A.D.T. c. Regno Unito* fa seguito ad una perquisizione domiciliare e contestuale sequestro di fotografie e filmati, nel corso della quale il ricorrente era stato tratto in arresto per il reato di “grave oltraggio al pudore” (*gross indecency*) ai sensi del *Sexual Offences Act* del 1956. Nel corso del processo, la prova principale a carico del ricorrente era stata individuata dalla pubblica accusa in un filmato, realizzato in una sola copia, contenente immagini del ricorrente impegnato in atti sessuali – scevri di qualsiasi elemento di sadomasochismo e di lesioni fisiche di sorta – con altri quattro uomini, svoltisi nella propria abitazione e non visibili a nessun altro al di fuori dei partecipanti.

⁷⁶ *Sent. cit.* par. 85

⁷⁷ In tempi più risalenti, la Commissione aveva confermato la legittimità della legislazione svizzera che sanzionava penalmente soltanto la prostituzione omosessuale e non quella eterosessuale. Il ricorrente, una transgender, era stata arrestata quando era ancora un uomo per aver intrattenuto relazioni sessuali, dietro compenso, nel suo appartamento con un altro uomo. La Commissione, anche perché la ricorrente era stata contattata attraverso un annuncio pubblicato su un giornale specializzato, aveva ritenuto che la prostituzione non potesse rientrare nel concetto di vita privata. Pertanto, non essendo coinvolto l'articolo 8 e non rientrando nella sfera di applicazione di alcun altro diritto o libertà garantito dalla Convenzione, la ricorrente non aveva potuto far valere la natura discriminatoria della legislazione svizzera. Cfr. *F. v. Switzerland*, 11680/85 (ECtHR, 1988).

⁷⁸ *A.D.T. v. United Kingdom*, 35765/97 (ECtHR, 31 luglio 2000).

Il ricorrente – definitivamente condannato – aveva deciso di ricorrere alla Corte, ritenendo che la sua condanna per “atti osceni” costituisse una indebita interferenza con il proprio diritto al rispetto della vita privata, giacché l’attività sessuale non aveva messo in alcun modo a rischio la salute dei partecipanti e che, se non fosse stato per il processo, il materiale video non avrebbe mai ricevuto alcuna forma di distribuzione.

Come di consueto, per valutare la fondatezza della supposta violazione, la Corte ha proceduto all’analisi del caso concreto attraverso due distinte fasi: la prima, volta al controllo circa l’effettiva perpetrazione di una interferenza governativa con uno degli aspetti in cui si articola la vita privata di un individuo; la seconda, volta a vagliarne eventualmente la legittimità. Quanto al primo aspetto, la Corte ha ribadito come la mera esistenza di una legislazione che sanzioni condotte omosessuali in privato possa rappresentare un nocimento continuato e diretto della vita privata di una persona. La consapevolezza di commettere un reato e il conseguente effetto sullo stato psichico fa sì che la legislazione penale *ex se* incida continuamente e direttamente nella vita privata. Inoltre, che la celebrazione del processo costituisse la manifestazione più penetrante dell’interferenza governativa con il godimento del diritto al rispetto della vita privata, era già stato affermato dalla Corte proprio attraverso il riferimento al caso *Laskey*.

Tanto premesso, la Corte ha dato corso alla seconda fase del giudizio, ovvero considerare se tale evidente interferenza potesse essere ritenuta giustificabile. Nella propria difesa, lo Stato convenuto aveva sostenuto la rispondenza della misura con i requisiti di cui al secondo comma della norma di riferimento. In primo luogo, sarebbe stata indubbiamente rinvenibile la copertura normativa nel *Sexual Offences Act* del 1957 e del 1967. Inoltre, l’interferenza di cui trattasi sarebbe stata rivolta al perseguimento di un fine legittimo, in particolare la protezione della morale e della libertà altrui. Infatti, a differenza degli atti omosessuali tra due partner, sicuramente caratterizzati dal carattere intimo e privato, le pratiche omosessuali di gruppo sarebbero invece potenzialmente accessibili al pubblico e, quindi, idonee a turbare la pubblica morale e la sensibilità altrui. In questo senso, sarebbe stata necessaria la criminalizzazione delle suddette condotte.

Sebbene la Corte avesse ritenuto incontestata la sussistenza dei primi due requisiti, ha di contro ritenuto controversa l’individuazione dell’ultimo requisito, ovvero che l’interferenza potesse definirsi necessaria in una società democratica. A questo proposito, la Corte ha ricordato quanto affermato nel caso *Dudgeon*, ossia come l’esistenza di una disposizione normativa, che criminalizzi gli atti omosessuali, non possa considerarsi rispondente a pressanti esigenze sociali. Per di più, quand’anche fosse possibile riscontrare una qualche tutela della morale e della libertà altrui, tale esigenza collettiva sarebbe abbondantemente controbilanciata dai rilevanti effetti negativi che la mera esistenza di una fattispecie incriminatrice causa agli individui omosessuali. Invero, per quanto

alcuni soggetti, che considerano l'omosessualità come immorale, possano essere turbati, offesi o infastiditi dalla perpetrazione di atti omosessuali in privato, ciò non può di per sé giustificare la sussunzione sotto leggi penali di tali condotte quando siano coinvolti unicamente adulti consenzienti.

Eppure, in questo caso rispetto ai precedenti legati al problema di una normativa sanzionatrice degli atti omosessuali, la Corte ha dovuto confrontarsi con un aspetto diverso, ovvero il coinvolgimento nelle attività sessuali di cui qui si parla di più di due partner. Il Governo convenuto aveva sostenuto che lo svolgimento di attività sessuali di gruppo implicasse necessariamente un qualche livello di pubblicità, soprattutto nel caso in cui tali attività fossero videoregistrate. In tal senso, il ridotto carattere d'intimità riconoscibile al sesso di gruppo conferirebbe al legislatore nazionale un margine di apprezzamento particolarmente ampio.

La Corte, pur essendo d'accordo con il Governo circa il fatto che potessero verificarsi casi in cui determinate attività di natura sessuale fossero svolte in maniera tale da giustificare un'interferenza dello Stato, non ha però ritenuto che il caso in oggetto ricadesse in alcuna di dette circostanze. In sostanza, la Corte non disconobbe la scelta del caso *Laskey* e giustificò la possibilità di un intervento statale nella vita sessuale degli individui ricorrendo determinate circostanze, ma non nel caso di specie. Infatti, il ricorrente aveva preso parte ad attività sessuali con un numero ristretto di amici, in circostanze nelle quali era estremamente improbabile che estranei venissero a conoscenza di ciò che stava accadendo. Per tale ragione, le attività in esame erano autenticamente "private". In questo senso la Corte ha ricordato che, in conformità alla granitica giurisprudenza di Strasburgo, tanto più lo Stato ingerisce in un aspetto particolarmente intimo della vita privata di un individuo, tanto più il margine di apprezzamento di cui gode si ridimensiona in negativo.

Pertanto, considerata la ristrettezza del margine di apprezzamento lasciato alle autorità nazionali, l'assenza di alcuna considerazione riguardante la morale pubblica e la natura squisitamente privata delle condotte del presente caso, la Corte ha ritenuto che gli argomenti portati a favore del mantenimento della legislazione che criminalizzava gli atti omosessuali tra uomini in privato, e *a fortiori* il processo e la condanna alla base del ricorso, non potessero dirsi legittimi. La Corte, pertanto, ha riconosciuto che vi fosse stata una violazione dell'art. 8 della Convenzione e, riconosciuta tale violazione, ha però ritenuto di non dover esaminare il ricorso anche sotto l'aspetto della violazione del divieto di non discriminazione. A differenza del caso *Laskey*, l'estensione della tutela dell'articolo 8 ha permesso di ottenere una tutela adeguata della posizione del ricorrente. È stato sufficiente qualificare come privati gli atti sessuali compiuti tra gli individui coinvolti per dichiarare l'illegittimità della sanzione.

Dai casi esaminati emerge che l'evoluzione della giurisprudenza della Corte è abbastanza lineare ed ha condotto alla piena affermazione di alcuni principi fondamentali in materia di tutela delle minoranze sessuali, ormai pienamente consolidati e acquisiti dagli organi della Convenzione.

In particolare, la riconduzione della condotta sessuale quale parte fondamentale al concetto di "vita privata" ha portato necessariamente con sé il principio secondo cui le interferenze statuali in una sfera così intima debbano trovare delle giustificazioni particolarmente gravi.

La Corte afferma molto chiaramente che il pregiudizio di una maggioranza eterosessuale nei confronti di una minoranza che rappresenta modi non convenzionali di vivere la sessualità non è un requisito sufficiente ad integrare il concetto di "necessità sociale imperativa", che possa giustificare l'adozione di una misura che interferisca con la vita privata.

L'elaborazione di questi principi ha permesso anche un'operazione di stima dell'ampiezza del margine di apprezzamento riconosciuto agli Stati, che si è considerevolmente ristretto nel corso del tempo. Dagli anni 80 fino alle ultime pronunce esaminate in materia di criminalizzazione dell'attività sessuale tra individui dello stesso sesso, la Corte è passata dal ritenere pienamente legittima la criminalizzazione, perché giustificata da ragioni di tutela della salute pubblica e della morale, a dichiararne *de plano* l'illegittimità.

Non può non rilevarsi come questa operazione risenta pienamente del mutamento dei costumi sociali e dell'evoluzione della morale sessuale negli ultimi cinquant'anni. Se da un certo punto di vista, si tratta di un tipico esempio di "vitalità" della Convenzione, del suo modo di evolversi, d'altro canto è pur vero che la materia strettamente sessuale rischia di essere talmente soggetta alle istanze sociali da minare il principio di certezza e deficitare in effettività della tutela, in modo tale che le garanzie di cui possono godere le minoranze sessuali siano strettamente dipendenti dalla *voluntas* politica espressione del sentire della società.

Per valutare se in realtà si siano affermati determinati principi nell'ordinamento internazionale, tali da non potere più essere soggetti alla volontà politica degli Stati, è necessario andare oltre la sola giurisprudenza degli organi della Convenzione e rivolgere lo sguardo verso altri organi sovranazionali per valutarne la prassi, sempre in relazione alla criminalizzazione degli atti omosessuali.

2.2 La prassi del Comitato dei Diritti dell'Uomo e delle U.N. Agencies

Volgendo lo sguardo verso altri organismi sovranazionali, si impone necessariamente l'analisi della prassi del Comitato dei diritti dell'uomo, istituito in seno alle Nazioni Unite dal Patto sui Diritti Civili e Politici del '66.

Sulla scorta della giurisprudenza della Corte EDU, il Comitato è giunto – nell’analisi di fattispecie analoghe – a esiti non dissimili. Il primo e obbligato riferimento è alla decisione *Toonen c. Australia*⁷⁹, relativa per l’appunto alle disposizioni sanzionatorie delle relazioni omosessuali previste dal codice penale della Tasmania. Anche in tale circostanza, quindi, era in contestazione la presenza nell’ordinamento dello Stato federale delle *sodomy laws*, che specificamente alle sezioni 122 e 123 punivano rispettivamente l’*unnatural sexual intercourse* o *intercourse against nature* e l’*indecent practice between male persons*.

Il ricorrente aveva lamentato l’illegittimità di tali norme per violazione dell’articolo 17 del Patto, per essere stato vittima di una illecita o arbitraria interferenza nella propria vita privata, e dell’articolo 26, per essere stato discriminato nel diritto ad un eguale trattamento di fronte alla legge.

Lo schema adottato dalla Corte europea è stato quasi pedissequamente riproposto dal Comitato, che ha valutato la compatibilità delle norme penali suddette con il dettato del Patto, secondo cui *nessuno può essere sottoposto ad interferenze arbitrarie o illegittime nella sua vita privata*⁸⁰.

L’articolarsi della decisione, infatti, ripercorre i punti salienti della giurisprudenza di Strasburgo. In particolare, il Comitato ha sottolineato la natura intimamente privata dei comportamenti sessuali. Il diritto alla privacy, che suppone quello di stabilire e intrattenere relazioni con altri esseri umani al fine di sviluppare la propria sfera affettiva e la propria personalità, include necessariamente la vita sessuale. Pertanto, ogni forma di criminalizzazione dell’attività sessuale privata deve considerarsi come un’evidente e costante interferenza nel godimento del c.d. “diritto ad essere lasciati soli”. È stata dunque ritenuta inammissibile l’eccezione delle autorità sulla rara applicazione delle norme contestate, così come era avvenuto nel caso *Dudgeon*.

Per il Comitato, il ricorrente rispondeva ai criteri richiesti dall’articolo 1 del Protocollo Opzionale al Patto, ai fini della riconoscibilità dello status di vittima⁸¹. Questi aveva ampiamente dimostrato di aver patito di un senso continuativo di paura e angoscia per il fatto stesso dell’esistenza di tali norme sanzionatorie. Queste ultime lo avevano posto nella frustrante condizione di doversi porre di fronte alla scelta del rispetto della legge, astenendosi dal dare corso a qualsiasi tipo di attività sessuale privata con adulti consenzienti dello stesso sesso, o di compiere tali atti commettendo un reato. È stato così ritenuto che «the continued existence of the challenged provisions therefore continuously and directly "interferes" with the author’s privacy».

⁷⁹ *Toonen v. Australia*, CCPR/C/50/D/488/1992 (Human Rights Committee, 4 aprile 1994).

⁸⁰ Inserire testo articolo 17

⁸¹ *Sent. cit.* par. 5.1 e 8.2.

Constatata la sussistenza di un'interferenza nel diritto alla privacy del ricorrente, il Comitato ha ritenuto di dover valutare se la stessa fosse legittima o contraria al dettato dell'articolo 17 e, quindi, del tutto arbitraria. Una volta chiarito il concetto di "arbitrarietà"⁸², il collegio ha continuato a richiamare i punti e concetti chiave dell'argomentazione logico giuridica proposta dalla Corte europea, con riferimento all'inammissibilità dell'egemonia statale nella formazione del concetto di morale, nonché alla necessità di ragioni particolarmente gravi per giustificare l'interferenza in una sfera così intima della vita privata.

Nonostante lo Stato convenuto non avesse contestato l'arbitrarietà della misura, le autorità della Tasmania ne avevano invece affermato la legittimità, poiché si sarebbe trattato di una misura imposta al fine di tutelare la salute pubblica limitando la diffusione del virus HIV.

Tale giustificazione però è stata ritenuta viziata in accordo con il test di ragionevolezza. Infatti, proprio la criminalizzazione dell'attività omosessuale avrebbe impedito l'implementazione di programmi di prevenzione delle malattie sessualmente trasmissibili, che invece sono necessari per debellare il contagio. Non era possibile sostenere l'esistenza del bisogno effettivo di tutela di un interesse pubblico, mancando il rischio di danno nei confronti degli individui che giustificasse il perdurare delle norme penali in materia di condotte omosessuali. A questo proposito, il Comitato – sulla scorta del concetto di "margine di apprezzamento" – non ha mancato di rilevare come la Tasmania fosse rimasto l'ultimo dei sei Stati australiani a punire le condotte omosessuali, perfettamente lecite altrove.

Infine, così come la Corte EDU, l'organo adito ha ritenuto di non dover valutare la natura discriminatoria delle norme in esame, giacché l'accertata violazione dell'articolo 17 avrebbe comunque condotto alla necessaria abrogazione delle *sodomy laws*. Eppure la norma, a differenza dell'articolo 8 CEDU, è redatta in termini meno favorevoli⁸³, giacché si limita a condannare le interferenze illegittime o arbitrarie nella vita privata piuttosto che conferire la titolarità del diritto stesso. Nonostante la lettura evolutiva e dinamica che il Comitato ha offerto dell'articolo 17, il pericolo di una tutela meno efficace rispetto a quella fornita dalla Convenzione è stato evidenziato dal giudice Wennergren nella propria opinione dissenziente. Infatti, a differenza delle altre disposizioni del Patto la norma si limita a vietare le ingerenze arbitrarie o illegittime nella vita privata, senza però al contempo precisare i motivi in base ai quali uno Stato possa procedere all'interferenza. Quindi, «a State party is therefore in principle free to interfere by law with the privacy of individuals on any discretionary grounds, not just on grounds related to public safety,

⁸² Ai sensi dell'articolo 17, l'interferenza legittima nella sfera privata dell'individuo deve essere non solo eseguita in virtù di una specifica norma di legge, ma deve anche rispettare il criterio di "non arbitrarietà". Il Comitato ha precisato nella decisione che la «introduction of the concept of arbitrariness is intended to guarantee that even interference provided for by the law should be in accordance with the provisions, aims and objectives of the Covenant and should be, in any event, reasonable in the circumstances»; *sent. cit.* par. 8.3.

⁸³ cfr. J. Velu e R. Ergéc, «La Convention européenne des droits de l'homme», in *Répertoire pratique du droit belge* (Bruylant, 1990) p. 530.

order, health, morals, or the fundamental rights and freedoms of others, as spelled out in other provisions of the Covenant». Nonostante in via interpretativa fosse possibile derivare tali limiti dalle altre norme del Patto, il membro dissenziente del collegio ha ritenuto di non condividere la scelta di non contestare anche la violazione dell'articolo 26 che, in considerazione di quanto rilevato, avrebbe reso la tutela della posizione individuale del ricorrente sicuramente più efficace.

Anche in questo caso, l'operazione in via pretoria di *minorization* è stata evitata, sebbene – parafrasando la *dissentig opinion* del giudice svedese – il Comitato avrebbe dovuto enfatizzare il carattere discriminatorio della norma penale in danno degli individui omosessuali, soggetti ad un trattamento peggiore rispetto agli individui eterosessuali e alle donne omosessuali⁸⁴.

Eppure, sul punto, vi è da notare che il Comitato ha ritenuto di dover precisare che l'eventuale base discriminatoria determinata dall'orientamento sessuale del ricorrente, sebbene non espressamente prevista dall'articolo 26 o dall'articolo 2 del Patto, si sarebbe dovuta intendere come implicitamente ricompresa nella categoria “sex” e non “other status” come invece ritenuto dallo Stato convenuto. Nel caso concreto, la puntualizzazione del Comitato non ha prodotto effetti specifici, in considerazione della sola effettiva applicazione dell'articolo 17. Ciononostante, dal punto di vista strettamente teorico si tratta di una categorizzazione di non poco conto, che se fosse condivisa da altri organi sovranazionali condurrebbe alla diretta conseguenza di ritenere estesa la tutela degli strumenti legati alla problematiche di discriminazione di genere a quelle legate all'orientamento sessuale e all'identità di genere.

Prescindendo comunque dall'unica pronuncia che si è occupata dell'astratta compatibilità delle leggi antisodomia, altri organi in seno alle Nazioni Unite hanno espressamente analizzato il problema. Alla censura del Comitato, ad esempio, sono seguite quelle della Commissione contro la Tortura, che nelle *conclusions and recommendations* del 2002 sull'ordinamento giuridico egiziano esprime la propria preoccupazione «about the following: [...] (e) The reports received concerning ill-treatment inflicted on men because of their real or alleged homosexuality, apparently encouraged by the lack of adequate clarity in the penal legislation», raccomandando allo Stato parte di «remove all ambiguity in legislation which might underpin the persecution of individuals because of their sexual orientation»⁸⁵. Più completa la valutazione dello *Special Rapporteur* che ha sottolineato

⁸⁴ «Firstly, these provisions of the Tasmanian Criminal Code prohibit sexual intercourse between men and between women, thereby making a distinction between heterosexuals and homosexuals. Secondly, they criminalize other sexual contacts between consenting men without at the same time criminalizing such contacts between women. These provisions therefore set aside the principle of equality before the law. It should be emphasized that it is the criminalization as such that constitutes discrimination of which individuals may claim to be victims, and thus violates article 26, notwithstanding the fact that the law has not been enforced over a considerable period of time. The designated behaviour none the less remains a criminal offence.» vedi *Individual opinion submitted by Mr. Bertil Wennergren under rule 94, paragraph 3, of the rules of procedure of the Human Rights Committee in Toonen v. Australia*, CCPR/C/50/D/488/1992 (Human Rights Committee, 4 aprile 1994).

⁸⁵ *Conclusions and recommendations of the Committee against Torture: Egypt*, U.N. Doc. CAT/C/CR/29/4 (Committee against Torture, 23 dicembre 2002) par. 5 e 6. Ancora sulla situazione egiziana il Comitato ha notato: «The Committee notes the criminalization of some behaviours such as those characterized as “debauchery”...The State party should ensure that articles 17 and 26 of the Covenant are strictly upheld, and should refrain from penalizing private sexual relations between consenting adults.» in *Concluding observations of the Human Rights Committee: Egypt*, U.N. Doc. CCPR/CO/76/EGY (Human Rights Committee, 28 novembre 2002) par. 19. Sempre nello stesso senso, nelle *Concluding observations of the Human*

come – rispetto al problema delle esecuzioni arbitrarie o extragiudiziali – la sussistenza del pregiudizio nei confronti delle minoranze sessuali e, soprattutto, la criminalizzazione delle attività sessuale non convenzionale incrementa lo stigma sociale, di tal che questi soggetti divengono più esposti agli abusi da parte delle autorità in violazione dei loro diritti fondamentali e in particolare del diritto alla vita⁸⁶. Peraltro, nonostante il Comitato nella sua unica decisione in merito abbia ritenuto di non dover valutare la questione in termini di violazione del divieto di non discriminazione, le altre Agenzie hanno invece sempre rilevato il carattere pienamente discriminatorio delle suddette disposizioni. Nelle *Opinions* sull'Egitto, adottate dal *Working Group on Arbitrary Detention*, si legge chiaramente che «the detention of the above-mentioned persons prosecuted on the grounds that, by their sexual orientation, they incited “social dissention” constitutes an arbitrary deprivation of liberty, being in contravention of the provisions of article 2, paragraph 1, of the Universal Declaration of Human Rights, and articles 2, paragraph 1, and 26 of the International Covenant on Civil and Political Rights to which the Government is a party».

Il carattere discriminatorio è comunque ormai pacifico, tanto che nel primo *Report* completo sulla discriminazione basata sull'orientamento sessuale e sull'identità di genere dello *Human Rights Council* si afferma che la sanzione penale nei confronti dell'attività sessuale omosessuale viola il diritto alla *privacy* e il divieto di non discriminazione⁸⁷.

Sostanzialmente, dal momento in cui il Comitato si è espresso nella pronuncia Toonen in poi lo stesso Comitato e gli altri organi delle Nazioni Unite hanno ripetutamente invitato gli Stati a riformare le leggi di criminalizzazione dell'omosessualità, auspicandone l'abrogazione⁸⁸.

Rights Committee: Barbados, U.N. Doc. CCPR/C/BRB/CO/3 (Human Rights Committee, 11 maggio 2007) al paragrafo 13 si legge: «The Committee expresses concern over discrimination against homosexuals in the State party, and in particular over the criminalizing of consensual sexual acts between adults of the same sex (art. 26). The State party should decriminalize sexual acts between adults of the same sex and take all necessary actions to protect homosexuals from harassment, discrimination and violence». Anche il Comitato per i Diritti del Fanciullo si è espressa in merito: «Furthermore, the Committee is concerned that homosexual relations, including those of persons under 18 years old, continue to be criminalized K*/N, indicating discrimination on the basis of sexual orientation» in *Concluding observations of the Committee on the Rights of the Child: Chile*, U.N. Doc. CRC/C/CHL/CO/3 (Committee on the Rights of the Child, 23 aprile 2008) par. 29. Il Comitato sui diritti economici, sociali e culturali, allo stesso modo, ha comunicato la propria preoccupazione circa: «classification of lesbianism as a sexual offence in the Penal Code...The Committee recommends that the State party proceed to remove lesbianism from the Penal Code.» in *Concluding observations of the Committee on Economic, Social and Cultural Rights: Kyrgyzstan*, U.N. Doc. E/C.12/1/Add.49 (Committee on Economic, Social and Cultural Rights, 1 settembre 2000) par. 17; cfr. *Concluding observations of the Committee on the Elimination of Discrimination against Women: Kyrgyzstan*, U.N. Doc. A/54/38 (Committee on the Elimination of Discrimination against Women, 5 febbraio 1999).

⁸⁶ U.N. General Assembly, «Extrajudicial, summary or arbitrary executions, Interim report of the Special Rapporteur Ashma Jahagir,» U.N. Doc. A/57/138 (2002) par. 37. Sempre nello stesso senso, lo Special Rapporteur aveva già affermato che «decriminalizing matters of sexual orientation would greatly contribute to overcoming the social stigmatization of members of sexual minorities» in CHR, «Extrajudicial, summary or arbitrary executions, Report of the Special Rapporteur, Ashma Jahangir,» U.N. Doc. E/CN.4/2000/3 (2000) par. 116.

⁸⁷ Human Rights Council, *Discriminatory laws and practices and acts of violence against individuals based on their sexual orientation and gender identity*, A/HRC/19/41 (Report of the United Nations High Commissioner for Human Rights, 2011) par. 41.

⁸⁸ Ad esempio, cfr. Human Rights Committee, «Concluding observations of the Human Rights Committee on El Salvador,» U.N. Doc. CCPR/C/SLV/CO/6 (2010) par. 3 (c). Infatti, «Since 2000, laws criminalizing homosexual acts between consenting adults have been repealed in Armenia, Azerbaijan, Bosnia and Herzegovina, Cape Verde, Georgia, Fiji, India, the Marshall Islands, Nepal, Nicaragua, Panama and the United States, together with dependent territories of New Zealand and the United Kingdom. In some cases, the courts have overturned these laws; in others, repeal has resulted from a legislative process. In the context of the universal periodic review, several States – including Mauritius, Nauru, Palau, Sao Tome and Principe, and Seychelles – have accepted recommendations to decriminalize homosexuality» in Human Rights Council, *Discriminatory laws and practices and acts of violence against individuals based on their sexual orientation and gender identity*, A/HRC/19/41 (Report of the United Nations High Commissioner for Human Rights, 2011) par. 43.

Il problema è stato, comunque, ampiamente ripreso dal Comitato stesso con riguardo a quelle disposizioni di contrasto all'omosessualità che impongono la sanzione della pena capitale, particolarmente diffuse nei Paesi islamici e nelle ex colonie britanniche⁸⁹, laddove la Commissione e il Comitato hanno più volte affermato che l'imposizione della pena di morte per la commissione di atti non violenti, quali le relazioni sessuali tra adulti consenzienti, costituisce una violazione delle norme internazionali di tutela dei diritti umani⁹⁰. Nelle *Concluding observations* sul Sudan, si legge che «the imposition in the State party of the death penalty for offences which cannot be characterized as the most serious...as well as practices which should not be criminalised such as committing a third homosexual act and illicit sex, is incompatible with article 6 of the Covenant [...] The State party should ensure that the death penalty, if used at all, should be applicable only to the most serious crimes...and should be repealed for all other crimes»⁹¹.

La nozione di “*most serious crimes*” non può andare oltre l'insieme di fattispecie di reato caratterizzate per l'estrema violenza o per l'esito letale della condotta – esclusivamente dolosa – o comunque particolarmente grave. In questo senso, devono necessariamente ritenersi escluse le condotte non violente quali i rapporti sessuali tra adulti consenzienti, che esulano evidentemente dall'insieme di fattispecie che, come *extrema ratio*, possono giustificare (quanto meno in relazione alle norme del Patto) l'imposizione della pena capitale⁹².

⁸⁹ Basti pensare che quarantuno tra gli ottanta Paesi che criminalizzano i rapporti omosessuali siano membri del Commonwealth (cfr. Commonwealth Lawyers Association, «Resolution on Decriminalisation of Sexual Orientation»). Tra tutti, di particolare rilievo l'art. 377 del codice penale indiano: «In the early 19th century, the British drafted a new model Indian Penal Code, finally put into force in 1860. Section 377 punished 'carnal intercourse against the order of nature' with up to life imprisonment. Versions of Section 377 spread across the British Empire, from Africa to Southeast Asia. Over time, these laws came to seek punishment against not only particular acts but also whole classes of people. The British, for instance, listed 'eunuchs'—their term for India's hijras, or transgender people—as a 'criminal tribe' because they were prone to 'sodomy'. Simply for appearing in public, hijras could be arrested and jailed for up to two years (Gupta). These laws persist in many of Britain's old colonial possessions (Sanders). But things start to change. In 2009 Art. 377 in its own heart-land India was struck down for being unconstitutional (*Naz Foundation v Government of NCT of Delhi*). And the Commonwealth Lawyer's Association ('CLA'), following the 16th Commonwealth Law Conference held in Hong Kong in April 2009, adopted a resolution calling for the decriminalization of sexual orientation in the Commonwealth. The CLA called on the Secretary-General of the Commonwealth to establish a working-group of diverse membership to consult on the issue throughout the Commonwealth and report back before the next Commonwealth Law Conference to be held in Hyderabad, India 2011 'so as to permit consideration of this topic in the institutions of the Commonwealth and within the CLA and to suggest ways to tackle this issue consistently with the Commonwealth's commitment to universal human rights for all Commonwealth citizens' (CLA 'Resolution on Decriminalisation of Sexual Orientation')» in H. Graupner, «Gay Rights,» *Max Plank Encyclopedia of Public International Law* (Oxford University Press), 2010 par. 58 e 59.

⁹⁰ Si vedano le risoluzioni della Commission on Human Rights 2002/77, par. 4 (c); 2003/67, par. 4 (d); 2004/67, par. 4 (f); e 2005/59, par. 7 (f). cfr. anche le osservazioni conclusive della Human Rights Committee sul Sudan (CCPR/C/SDN/CO/3), par. 19 e E/CN.4/2000/3, par. 57. Lo Special Rapporteur on extrajudicial executions ha evidenziato, in proposito che «death sentences may only be imposed for the most serious crimes, a stipulation which clearly excludes matters of sexual orientation» (in E/CN.4/2000/3, par. 57). In relazione a quanto accade in parte della Nigeria, lo Special Rapporteur ha affermato che «in relation to sodomy, the imposition of the death sentence for a private sexual practice is clearly incompatible with Nigeria's international obligations.» (in E/CN.4/2006/53/Add. 4, par. 37).

⁹¹ *Concluding observations of the Human Rights Committee: Sudan*, U.N. Doc. CCPR/C/SDN/CO/3/CPR.1 (Human Rights Committee, 26 luglio 2007) par. 19.

⁹² Cfr. CHR, «Resolution on the death penalty,» U.N. Doc. E/CN.4/RES/2005/59 (2005) par. 7 (f). Nello stesso senso: «The imposition in the State party of the death penalty for offences which cannot be characterized as the most serious, including apostasy, committing a third homosexual act, illicit sex, embezzlement by officials, and theft by force, is incompatible with article 6 of the Covenant...Therefore: The death penalty, if used at all, should be applicable only to the most serious crimes, in accordance with article 6, and should be repealed for all other crimes» in Human Rights Committee, «Concluding observations of the Human Rights Committee: Sudan,» U.N. Doc. CCPR/C/79/Add.85 (1997) par. 8. Ancora nel report dello Special Rapporteur, Ashma Jahangir (U.N. Doc. E/CN.4/2000/3), sopra citato si legge: «Paragraph 1 of the Safeguards guaranteeing protection of the rights of those facing the death penalty states that the scope of crimes subject to the death penalty should not go beyond intentional crimes with lethal or other extremely grave consequences. The Special Rapporteur is strongly of the opinion that these restrictions exclude the possibility of imposing death sentences for...actions primarily related to prevailing moral values, such as...matters of sexual orientation» (par. 70), nonché più decisamente: «Matters of sexual orientation should under no circumstances be punishable by death» (par. 116). Infine, non si può non fare riferimento alla Risoluzione dell'Economic and Social Council, in ragione della quale: «In countries which have not abolished the death penalty, capital punishment may be imposed only for the most serious crimes, it being understood that their scope should not go beyond intentional crimes with lethal

La maggior parte degli *Special Rapporteurs* occupatisi del problema tendono ad enfatizzare il rapporto di diretta proporzionalità esistente tra la criminalizzazione dell'omosessualità e gli *homophobic hate crimes*, ovvero il diffondersi dei aggressioni violente, abusi e torture da parte di privati nei confronti delle minoranze sessuali⁹³. L'aspetto suesposto merita però una trattazione autonoma, in considerazione della particolarità dei problemi giuridici che solleva.

2.3 Le sodomy laws nel panorama comparato e nell'Unione Europea

Per completare il quadro, è necessario valutare la prassi degli altri sistemi giuridici regionali di tutela dei diritti fondamentali, senza tralasciare qualche riferimento alla giurisprudenza delle Corti Costituzionali che hanno dovuto valutare la legittimità della criminalizzazione dei rapporti omosessuali con riguardo ai rispettivi testi fondamentali.

Il problema delle *sodomy laws* ha avuto minore eco nei documenti ufficiali della Comunità europea, prima, e dell'Unione Europea, oggi. La Corte di Giustizia dell'Unione Europea, peraltro, non ha dovuto esprimersi su episodi di discriminazione sulla base dell'orientamento sessuale nella stessa misura o frequenza con cui lo ha fatto la Corte EDU.

Le ragioni che giustificano tale circostanza sono riconducibili a fattori di ordine storico e istituzionale. Nel primo senso, ha evidentemente avuto un forte peso l'azione di contrasto che nel corso degli anni il Consiglio d'Europa ha svolto seguendo l'impulso originario della Corte EDU. Sebbene la storia della criminalizzazione dei rapporti omosessuali in Europa sia lunga (basti pensare che il primo caso di criminalizzazione dei rapporti tra individui dello stesso sesso nel *Common Law* inglese risale al 1290⁹⁴), i riferimenti al problema della criminalizzazione sono abbastanza esigui, poiché l'impegno in questo senso è iniziato in un momento in cui, grazie all'attività del COE, la sensibilità dei Paesi membri dell'Unione era già progredita verso la parificazione dei diritti, piuttosto che al problema della criminalizzazione. Infatti, le Direttive adottate in materia e le decisioni della Corte di Giustizia riguardano piuttosto la materia delle discriminazioni sul lavoro e del riconoscimento giuridico delle unioni omosessuali⁹⁵.

or other extremely grave consequences.» cfr. Economic and Social Council, «Safeguards guaranteeing protection of the rights of those facing the death penalty.» resolution 1984/50 (1984) par. 1.

⁹³ Human Rights Committee, «Concluding observations of the Human Rights Committee on Togo,» U.N. Doc. CCPR/C/TGO/CO/4 (2002) par. 14.

⁹⁴ Nel 1300, poi, venne concluso un trattato in base al quale i sodomiti sarebbero dovuti essere arsi vivi. Soltanto nel 1861, in Inghilterra e nel Galles, fu abolita formalmente con l'*Offences Against the Person Act* la pena di morte per il reato di sodomia. Tale fattispecie peraltro venne espunta dall'ordinamento nel 1967 con limitato riferimento agli atti omosessuali tra uomini di età maggiore ai ventuno anni e svolti in privato. Rimaneva in vigore, però, il reato di *gross indecency* destinato a sanzionare tutti quegli atti sessuali o comportamenti espressione di una sessualità non convenzionale che potessero fuoriuscire dalla sfera del privato.

⁹⁵ Proprio per la specificità dell'oggetto di tali atti e pronunce, l'argomento verrà approfondito nei capitoli che seguiranno. In particolare, si vedano il terzo e il quarto capitolo... Per una panoramica completa e organica sull'evoluzione del diritto dell'Unione europea sul tema dei diritti delle minoranze sessuali cfr. D. Kochenov, «Gay rights in the EU: a long way forward for the Union of 27,» *Croatian Yearbook of European Law and Policy* 3 (2007) e S. Millns, «Prospettive europee sulla discriminazione basata sull'orientamento sessuale,» *Ragion Pratica*, n. 1 (giugno 2011): 74-94.

A ciò si aggiunga, da un punto di vista istituzionale, che prima dell'entrata in vigore del Trattato di Amsterdam la Comunità non aveva alcuna competenza in materia per vietare legislativamente la discriminazione basata sull'orientamento sessuale.

È stato necessario attendere l'introduzione dell'articolo 13, oggi articolo 19⁹⁶ del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea, che ha fornito all'Unione la base giuridica per una nuova competenza che le permettesse di affrontare le ipotesi di discriminazione perpetrate negli Stati membri in ragione dell'orientamento sessuale, giacché il Trattato istitutivo della Comunità europea vietava le discriminazioni allorché fondate sul sesso e sulla nazionalità⁹⁷. Pertanto, quand'anche vi fossero state all'interno degli ordinamenti nazionali norme di criminalizzazione dell'omosessualità, l'Unione non avrebbe goduto della competenza necessaria per intervenire.

D'altro canto, la stessa Corte di Giustizia aveva inizialmente rifiutato l'idea di poter derivare la suddetta competenza in via strettamente interpretativa. Seguendo l'impostazione argomentativa della Corte EDU, la Corte avrebbe potuto derivare gli elementi necessari per estendere in via analogica la propria competenza ai casi di discriminazione legati all'orientamento sessuale. E invece, nel caso *P. v. S.*⁹⁸, la Corte si è dimostrata impreparata nell'estendere la tutela antidiscriminatoria alle minoranze sessuali⁹⁹.

Peraltro, così come il Consiglio d'Europa anche l'Unione, già dalla fine degli anni Novanta aveva fatto espressamente appello agli Stati membri affinché provvedessero all'abrogazione di tutte le norme dirette a discriminare espressamente sulla base dell'orientamento sessuale e, in particolare,

⁹⁶ L'articolo 19 Tfüe (ex art. 13 del TCE) dispone che «Fatte salve le altre disposizioni dei trattati e nell'ambito delle competenze da essi conferite all'Unione, il Consiglio, deliberando all'unanimità secondo una procedura legislativa speciale e previa approvazione del Parlamento europeo, può prendere i provvedimenti opportuni per combattere le discriminazioni fondate sul sesso, la razza o l'origine etnica, la religione o le convinzioni personali, la disabilità, l'età o l'orientamento sessuale.»

⁹⁷ Il Trattato di Lisbona (Treaty of Lisbon amending the Treaty on European Union and the Treaty Establishing the European Community firmato il 13 dicembre 2007 ed entrato in vigore l'1 dicembre 2009) ha esteso la protezione dei Trattati anche all'orientamento sessuale. Infatti, l'art. 6 (1) del Trattato sull'Unione Europea ('TUE') stabilisce non solo che l'Unione riconosce i diritti, le libertà e i principi riconosciuti nella c.d. Carta di Nizza del 7 dicembre 2000, ma anche che alla Carta è attribuito lo stesso valore giuridico dei Trattati. A ciò si aggiunga che l'art. 21 (1) della Carta stessa, per l'appunto, proibisce espressamente la discriminazione sulla base, tra l'altro, dell'orientamento sessuale (senza, tuttavia, menzionare l'identità di genere). Infine, l'articolo 6 (3) TUE stabilisce che i diritti fondamentali, come garantiti dalla Convenzione di Roma e come risultano dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri, costituiscono principi generali del diritto dell'Unione. Pertanto, anche in considerazione della protezione fornita dalla Corte EDU in relazione a quanto stabilito dalla Convenzione stessa, il principio di non discriminazione sulla base dell'orientamento sessuale è un principio generale del diritto dell'Unione Europea.

⁹⁸ *P. v. S.*, C-13/94 (European Court of Justice, 1996). Lo stesso tipo di resistenze si rinvengono nella decisione *Grant* e in *D & Sweden*. Rispetto alla prima, è stato affermato che «In *Grant*, for instance, the Court dismissed the reasoning of the UN Human Rights Committee, which, in *Toonen v Australia*, had ruled that discrimination based on sexual orientation was included among the grounds of discrimination prohibited by Article 26 of the ICCPR. The ECJ was reluctant to follow this example, reaffirming that it usually takes ICCPR into account in human rights matters, but pointing out that following the Committee's interpretation would entail extending the Community's human rights jurisdiction, which it was not entitled to do since 'rights cannot in themselves have the effect of extending the scope of the Treaty provisions beyond the competences of the Community'. It also submitted that the Committee's decisions were not binding, and distanced itself from the interpretation of discrimination given in *Toonen*. In view of the fact that the Community is bound by international law, and given the Court's role in reading fundamental rights principles into the Founding Treaties, it is difficult to fully agree with such an assessment.» in D. Kochenov, «Gay rights in the EU: a long way forward for the Union of 27,» *Croatian Yearbook of European Law and Policy* 3 (2007) pagg. 487 e 488.

⁹⁹ In questo senso, si noti che «progress in the area of gay rights in the EU is negatively affected by developments of three different kinds. The first of these may be viewed as belonging to EU legal history, or even the absence of modern ECJ case law on the subject. The Court's pre-Directive 2000/78/EC case law can only be compared to the US Supreme Court's miscegenation case law in the 19th century. Instead of interpreting the sex-based discrimination prohibited by Community law as covering discrimination based on sexual orientation, as other international courts have done, the ECJ has preferred to make gays' lives difficult by drafting rulings of dubious quality such as *Grant* and *D & Sweden*. Shying away from the equality rhetoric it has used elsewhere, it instead offers a body of 'decisions [that] are irreconcilable and incoherent'.» in D. Kochenov, «Gay rights in the EU: a long way forward for the Union of 27,» *Croatian Yearbook of European Law and Policy* 3 (2007) pag. 472.

a quelle di criminalizzazione della sodomia¹⁰⁰. Con le successive modifiche dei Trattati, poi, il rispetto del principio di non discriminazione nei confronti delle minoranze sessuali è peraltro divenuto una sorta di condizione di adesione di nuovi Stati membri. Sebbene il *pre-accession process*, condotto e seguito dalla Commissione, non abbia effettivamente permesso l'eliminazione di ogni tipo di discriminazione in senso ampio, nessun "nuovo" Stato membro avrebbe potuto soddisfare le condizioni di accesso se avesse criminalizzato l'attività omosessuale¹⁰¹. In questo senso, è ormai un principio acquisito e un obbligo per gli Stati membri quello del divieto di criminalizzazione dell'attività sessuale omosessuale, giacché inteso come forma estrema di violazione del divieto di discriminazione.

Ciò che, in effetti, risulta evidente e parzialmente discontinuo rispetto alla giurisprudenza della Corte EDU è che le istituzioni europee rilevano l'illegittimità delle *sodomy laws* con riguardo al principio di non discriminazione e non anche al diritto alla rispetto della vita privata. Quale possa essere però l'effetto pratico di tale impostazione non è dato esaminare per le ragioni sopra esposte. Non meno importante, tuttavia, è rilevare come vi siano degli organi sovranazionali che abbiano impostato il problema della legittimità di tali norme sulla base dell'incompatibilità con il divieto di discriminazione, anche se tale impostazione non sia stata poi applicata ai singoli casi concreti.

Più ricca, invece, è la giurisprudenza delle Corti Costituzionali degli ordinamenti democratici contemporanei, che già dagli anni Settanta hanno censurato la criminalizzazione dei rapporti omosessuali facendo, in linea con i *leading cases* della Corte EDU, sostanzialmente leva sulla diritto al rispetto della vita privata. La maggior parte delle Corti, in effetti, ha adottato un approccio di protezione generale della sfera sessuale da interferenze illegittime da parte dello Stato.

I primi Paesi ad abolire il delitto di sodomia furono quelli scandinavi¹⁰², seguiti da quasi tutti gli altri Stati europei soprattutto, come già evidenziato, sotto la spinta dell'attività degli organi di Strasburgo¹⁰³. In particolare, l'impulso più forte alla modifica delle legislazioni nazionali degli Stati dell'Europa dell'Est – gli ultimi Stati europei a criminalizzare l'omosessualità – è stata, all'inizio

¹⁰⁰ Cfr. European Parliament, «Urgency Resolution on the Rights of Lesbians and Gays in the European Union,» (1998); European Parliament, «Resolution on the Respect of Human Rights within the European Union in 1997,» (1998); European Parliament, «Resolution on the Respect of Human Rights within the European Union in 1998/99,» (2000). La prima risoluzione, che risale al 1994 (*Resolution on equal rights for homosexual and lesbians in EC*, A3-0028/94 (European Parliament, 8 febbraio 1994), ha scaturito quale effetto principale la decriminalizzazione delle condotte sessuali omosessuali tra il 1995 e il 1996 in Albania, Cipro, Macedonia e Moldavia cfr. Int'l Gay & Lesbian Ass'n, *Euroletter* n. 44, settembre 1996 (Albania e Cipro); Int'l Gay & Lesbian Ass'n, *Euroletter* n. 41, aprile 1996 (Macedonia); Int'l Gay & Lesbian Ass'n, *Euroletter* n. 34, luglio 1995 (Moldavia).

¹⁰¹ Il problema si è posto soprattutto per gli Stati dell'Europa orientale, appartenenti all'ex blocco sovietico. Ad esempio, l'ultimo Stato, oggi membro, che ha decriminalizzato l'omosessualità è stato la Romania nel 2001. Cfr. M.J. Torra, «Gay Rights after the Iron Curtain,» *Fletcher Forum World Aff* 22 (1998) pag. 73 e ss. e L. Turcescu e L. Stan, «Religion, Politics and Sexuality in Romania,» *Europe-Asia Studies* 57 (2005) pag. 291 e ss.

¹⁰² Tra il 1930 e il 1940, Polonia, Danimarca, Svezia e Svizzera avevano già decriminalizzato la sodomia, mentre la maggior parte degli Stati europei iniziarono il processo di decriminalizzazione tra gli anni 60 e 70. Nel 1963, la Corte Suprema israeliana annullava la fattispecie di penale che vietava i rapporti omosessuali, che venne poi formalmente abrogata nel 1988. L'Inghilterra e il Galles decriminalizzarono l'omosessualità nel 1967, mentre la Scozia nel 1980. Cfr. D. Sanders, «Human Rights and Sexual Orientation in International Law,» *INT'L LESBIAN & GAY ASS'N*, luglio 2005 e A.X. Fellmeth, «State Regulation of Sexuality in International Human Rights Law and Theory,» *Wm. & Mary L. Rev.* 50 (2008): 797-936.

¹⁰³ Ad esempio, sulla scia della decisione Dudgeon, nel 1982 l'Irlanda del Nord provvide ad abrogare le leggi di criminalizzazione dell'attività omosessuale, nello stesso anno la Francia abrogò l'aggravante di omosessualità per il delitto di atti osceni.

del 2000, la decisione dell'Assemblea Parlamentare del COE di formalizzare la politica di ammissione di nuovi membri a condizione della liceità dei rapporti omosessuali¹⁰⁴.

Al di fuori dell'Europa, tra gli anni Settanta e Novanta si è assistito ad una rapida diffusione del processo di decriminalizzazione, che in due decenni ha investito almeno venti diversi Paesi¹⁰⁵, dalla Colombia ad alcuni Stati degli Stati Uniti d'America, tutti guidati dal principio espresso nel motto «non c'è spazio per lo Stato nelle camere da letto della Nazione¹⁰⁶». Per avere un'idea del modo in cui negli ordinamenti interni, a livello costituzionale, il diritto al rispetto della vita privata ha assunto un ruolo fondamentale nel processo di decriminalizzazione si farà riferimento al celebre caso *Lawrence*¹⁰⁷ della Corte Suprema degli Stati Uniti e al caso *National Coalition for Gay and Lesbian Equality v. Minister of Justice* della Corte Costituzionale del Sud Africa¹⁰⁸.

Nel primo caso, la Corte Suprema degli Stati Uniti fu adita affinché si pronunciasse sulla compatibilità tra le leggi antisodomia e il diritto al rispetto della vita privata¹⁰⁹. A parere della Corte, tali norme, nel vietare semplicemente un atto sessuale, comportavano delle conseguenze particolarmente invasive e deteriori sulla condotta umana più intima, per di più all'interno del luogo più privato, ovvero l'abitazione. La Corte dopo aver chiarito che al cuore del concetto di libertà si situa «the right to define one's own concept of existence, of meaning, of the universe, and of the mystery of human life», affermava chiaramente come la maggioranza eterosessuale non potesse sfruttare il diritto penale per sanzionare le scelte private in ragione di determinate credenze e pregiudizi, giacché «beliefs about these matters could not define the attributes of personhood were they formed under compulsion of the State»¹¹⁰. Sanzionare la condotta omosessuale *ex se* sminuirebbe quindi la vita stessa delle persone omosessuali, aprendo le porte ad una discriminazione e nell'ambito privato e in quello pubblico. Attraverso la depenalizzazione della

¹⁰⁴ *Draft recommendation: Situation of lesbians and gays in Council of Europe member states*, Doc. 8755 (Parliamentary Assembly Council of Europe, 6 giugno 2000) dove si legge che «the Assembly therefore recommends that the Committee of Ministers: i) add sexual orientation to the grounds for discrimination prohibited by the European Convention on Human Rights, as requested in the Assembly's Opinion No. 216 (2000); ii) extend the terms of reference of the European Commission against Racism and Intolerance (ECRI) to cover homophobia founded on sexual orientation; iii) call upon member states: a. to include sexual orientation among the prohibited grounds for discrimination in their national legislation; b. to revoke all legislative provisions rendering homosexual acts between consenting adults liable to criminal prosecution; c. to release with immediate effect anyone imprisoned for sexual acts between consenting homosexual adults...». Quest'intervento ha indotto quasi tutti i paesi europei a riformare le proprie leggi di criminalizzazione dell'omosessualità. La Romania, ad esempio, ha abrogato le leggi anti sodomia in ragione delle minacciate sanzioni del COE

¹⁰⁵ Per avere un'idea della diffusione del fenomeno, si pensi che: rispettivamente nel 1984 e nel 1986, Cuba e la Nuova Zelanda avevano provveduto alla decriminalizzazione; nel 1991, Hong Kong depenalizzò i rapporti sessuali orali e anali; nel 1996, la Corte costituzionale colombiana dichiarava illegittime le norme di criminalizzazione dei rapporti sessuali consensuali tra individui adulti dello stesso sesso, così come l'Islanda; nel 1997, la Repubblica Popolare Cinese abrogò le norme che vietavano l'"hooliganism", norma spesso usata per perseguire le condotte omosessuali, mentre la Corte costituzionale dell'Ecuador, lo stesso anno, dichiarava illegittime delle norme analoghe.

¹⁰⁶ Da una dichiarazione del deputato canadese Pierre Trudeau, che nel 1969 proponeva la riforma del codice penale canadese e l'abrogazione del delitto di sodomia.

¹⁰⁷ *John Geddes Lawrence and Tyron Garner v. State of Texas*, 539 U.S. 558 (Supreme Court of the United States, 26 giugno 2003).

¹⁰⁸ *The National Coalition for Gay and Lesbian Equality v. The Minister of Justice*, CCT 11/98 (Constitutional Court of South Africa, 9 ottobre 1998).

¹⁰⁹ A parere delle Corti, infatti, «the case should be resolved by determining whether the petitioners were free as adults to engage in the private conduct in the exercise of their liberty under the Due Process Clause of the Fourteenth Amendment to the Constitution». *Sent. cit.* pag. 565. Nel quattordicesimo emendamento si trovano i principi cardine delle libertà fondamentali, ossia quello del giusto processo e di eguale protezione di fronte alla legge.

¹¹⁰ *Sent. cit.* pag. 574.

scelta di compiere atti sessuali di tipo omosessuale verrebbe riconosciuto non solo uno spazio di libertà, ma anche la dignità di tali individui come essere umani.

Gli stessi argomenti sono stati avanzati dalla Corte costituzionale sudafricana, che non ha mancato di precisare come il modo in cui viene vissuta la sessualità rappresenta il cuore dell'area di intimità personale¹¹¹. Pertanto, quando nell'attuare le scelte legate a quest'area l'individuo agisce consensualmente e senza cagionare alcun danno, qualsiasi tipo di interferenza deve considerarsi illegittima e contraria al diritto al rispetto della vita privata.

Entrambe le decisioni in esame, particolarmente esemplificative delle prassi interne, enucleano in maniera particolarmente approfondita le due argomentazioni che hanno condotte le Corti a riconoscere l'illegittimità delle c.d. *sodomy laws*, ovvero quelle legate al principio del danno in relazione al rispetto del diritto alla vita privata e quello di eguaglianza.

Sotto il primo aspetto, entrambe le corti hanno evidenziato che, in assenza di alcun tipo di danno o di vittima non consenziente¹¹², la mera circostanza che una parte della società non accetti per ragioni religiose o morali una determinata pratica non costituisce una ragione sufficiente per proibirla¹¹³.

Il secondo aspetto è quello della violazione del principio di eguaglianza, che invece nelle decisioni delle corti internazionali rimane comunque in sottofondo. La *equality clause* delle rispettive costituzioni appare violata, laddove sulla base del proprio orientamento sessuale gli individui omosessuali sono discriminati non solo nel godimento del “*right to be left alone*”, ma anche nell'accezione positiva del diritto alla *privacy*, ossia quello di costruire relazioni interpersonali e realizzare compiutamente la propria personalità sotto il segno della dignità individuale. Le norme di criminalizzazione, non giustificate da alcuna necessità sociale, sono espressione della volontà di non accettare la diversità, la sessualità non convenzionale, e sono pertanto dirette a privare di determinati diritti una classe di cittadini.

Ciò che emerge dall'analisi della prassi interna degli Stati è, in primo luogo, che l'impulso al cambiamento della legislazione penale negli Stati europei è da imputare ad un intervento

¹¹¹ «Privacy recognises that we all have a right to a sphere of private intimacy and autonomy which allows us to establish and nurture human relationships without interference from the outside community. The way in which we give expression to our sexuality is at the core of this area of private intimacy. If, in expressing our sexuality, we act consensually and without harming one another, invasion of that precinct will be a breach of our privacy» in *The National Coalition for Gay and Lesbian Equality v. The Minister of Justice*, CCT 11/98 (Constitutional Court of South Africa, 9 ottobre 1998) par. 32.

¹¹² Molto chiaramente i giudici della Corte Suprema affermano che il caso sottoposto al loro esame «does not involve minors. It does not involve persons who might be injured or coerced or who are situated in relationships where consent might not easily be refused. It does not involve public conduct or prostitution. It does not involve whether the government must give formal recognition to any relationship that homosexual persons seek to enter. The case does involve two adults who, with full and mutual consent from each other, engaged in sexual practices common to a homosexual lifestyle. The petitioners are entitled to respect for their private lives.» in *John Geddes Lawrence and Tyron Garner v. State of Texas*, 539 U.S. 558 (Supreme Court of the United States, 26 giugno 2003) pag. 578.

¹¹³ Esattamente in linea con quanto affermato dai giudici statunitensi, i giudici della corte sudafricana affermano che «the nature of the power and its purpose is to criminalise private conduct of consenting adults which causes no harm to anyone else. It has no other purpose than to criminalise conduct which fails to conform with the moral or religious views of a section of society.» in *The National Coalition for Gay and Lesbian Equality v. The Minister of Justice*, CCT 11/98 (Constitutional Court of South Africa, 9 ottobre 1998) par. 26.

legislativo, più o meno indotto dalla pressione esterna del COE e dell'Unione Europea, mentre al di fuori dell'Europa la spinta verso la decriminalizzazione è da imputare all'intervento delle rispettive Corti costituzionali. In questo senso, si potrebbe ritenere che mentre in Europa la spinta al cambiamento è sorta in risposta ad un massiccio mutamento del sentire sociale e dei costumi, altrove il riconoscimento di un diritto ad una sessualità non convenzionale ha origine nell'intervento del ceto giudiziario. In ogni caso, comunque, le Corti hanno enfatizzato il carattere estremamente intimo della condotta sessuale e la centralità della stessa in termini di affermazione dell'identità personale. Si può identificare uno specifico *trend* diretto a valutare la sessualità come una sorta di aspetto *sui generis* della vita privata, ovvero da tutelare in maniera particolarmente stringente dalle interferenze statali illegittime in ragione della peculiare importanza che la stessa riveste per la l'identità personale dell'individuo e la sua realizzazione come essere umano¹¹⁴.

Ma vi è di più, nei casi esaminati si nota come le Corti tendano comunque a far emergere l'aspetto legato al principio di eguaglianza, assunto come aspetto complementare della tutela della vita privata nei casi legati alla discriminazione sulla base dell'orientamento sessuale. Ciò che viene posto in evidenza è il legame fondamentale che sussiste tra la sanzione di un atto sessuale e lo stigma che si vuole trasferire sull'individuo omosessuale, proprio perché il rapporto anale tra uomo e donna normalmente non è altresì sanzionato¹¹⁵. Se allora l'obiettivo della norma è legato piuttosto all'espunzione di una determinata categoria di soggetti dalla compagine sociale, è necessario ad avviso delle Corti far valere anche l'importanza dell'*equality clause*, il cui rispetto è necessario per l'affermazione della piena dignità dell'essere umano a prescindere dal proprio orientamento sessuale o identità di genere.

Eppure l'aspetto forse più interessante è legato alla circostanza che quasi mai le Corti, a parte qualche riferimento alle ben note decisioni *Dudgeon* e *Toonen*, espressamente hanno fatto riferimento al diritto internazionale quale fonte vincolante che avrebbe imposto l'abrogazione delle

¹¹⁴ In questo senso la Corte testualmente afferma che: «...It suffices for us to acknowledge that adults may choose to enter upon this relationship in the confines of their homes and their own private lives and still retain their dignity as free persons. When sexuality finds overt expression in intimate conduct with another person, the conduct can be but one element in a personal bond that is more enduring. The liberty protected by the Constitution allows homosexual persons the right to make this choice.» pag. 567. Particolarmente interessante in questo senso è anche quanto si legge nella decisione della Corte costituzionale colombiana, secondo la quale non avrebbe alcun senso che la libertà di autodeterminazione in campo sessuale rimanga al di fuori dei diritti della personalità, giacché l'identità e la condotta sessuale si collocano al centro dello sviluppo della personalità dell'individuo, incidendo altresì nella sua libertà e autonomia. Cfr. *Sentencia de Constitucionalidad*, n. 098/96 (Corte costituzionale della Colombia, 7 marzo 1996); M. I. Morgan, «Taking Machismo to Court: The Gender Jurisprudence of the Colombian Constitutional Court», *The University of Miami Inter-American Law Review* 30: 253; B.M. Wilson, «Institutional Reform and Rights Revolutions in Latin America: The Cases of Costa Rica and Colombia», *Journal of Politics in Latin America* 1, n. 2 (2009): 59-85.

¹¹⁵ Il giudice O'Connor, nella sua *concurring opinion*, sottolinea la necessità di far valere l'incostituzionalità della legge texana anche e soprattutto con riferimento all'*equality clause* in questi termini: «A law branding one class of persons as criminal based solely on the State's moral disapproval of that class and the conduct associated with that class runs contrary to the values of the Constitution and the Equal Protection Clause, under any standard of review. I therefore concur in the Court's judgment that Texas' sodomy law banning "deviate sexual intercourse" between consenting adults of the same sex, but not between consenting adults of different sexes, is unconstitutional.» in *Lawrence cit.* pag. 585. In maniera altrettanto chiara si esprime il affermando che «The effect is that all homosexual desire is tainted, and the whole gay and lesbian community is marked with deviance and perversity. When everything associated with homosexuality is treated as bent, queer, repugnant or comical, the equality interest is directly engaged. People are subject to extensive prejudice because of what they are or what they are perceived to be, not because of what they do. The result is that a significant group of the population is, because of its sexual non-conformity, persecuted, marginalised and turned in on itself. I have no doubt that when the drafters of the Bill of Rights decided expressly to include sexual orientation in their list of grounds of discrimination that were presumptively unfair, they had precisely these considerations in mind.» in *National Coalition for Gay and Lesbian Equality cit.* par. 107.

norme di criminalizzazione dell'omosessualità. Ad esempio, la Corte Suprema degli Stati Uniti nella sopra citata decisione *Lawrence* ha derivato la necessità di abrogare le norme che vietavano i rapporti orali e anali tra uomini non in base ad un'obbligazione di tutela dei diritti fondamentali derivante dal diritto internazionale, bensì da un precetto costituzionale di “*substantive due process*”.

La Corte ha anche richiamato la decisione *Dundgeon* della Corte EDU, ma in questo modo non ha inteso postulare l'emersione di una nuova norma di diritto internazionale, quanto piuttosto ha sfruttato l'*iter* argomentativo della Corte per meglio strutturare la decisione comunque frutto delle obbligazioni nascenti dal diritto costituzionale degli Stati Uniti d'America. Lo stesso tipo di argomentazione si rinviene nella decisione della Corte Costituzionale Sud Africana che, nel fare riferimento alla decisione *Toonen*, comunque caratterizza la decisione come derivante dall'interpretazione del dettato costituzionale¹¹⁶.

È significativo che nell'arco di un periodo durato circa un ventennio, nel corso del quale si è assistito ad una rapidissima diffusione del processo di decriminalizzazione, non sia stata avvertita in alcun modo la necessità da parte delle Corti costituzionali interne di riferirsi ad una norma di carattere internazionale. Come se la circostanza che nessun tipo di strumento giuridico internazionale facesse riferimento alla sessualità, in generale, e all'orientamento sessuale, in particolare, fosse evidente espressione del fatto che l'ordinamento internazionale rimanesse estraneo – anche in termini di tutela dei diritti fondamentali – alla tutela della sfera sessuale dell'individuo.

3. L'età del consenso

Le Corti che con le loro decisioni hanno condotto, a livello nazionale e sovranazionale, a decretare l'illegittimità delle fattispecie penali di omosessualità hanno affrontato in ogni occasione il problema della lesione del bene giuridico protetto. La norma penale, infatti, ha la sua *raison d'être* nella tutela di uno specifico bene, individuabile di norma nel caso delle *sodomy laws* nella protezione della salute e della morale pubblica, nonché di tutela verso frazioni della società particolarmente bisognose di tutela e che potrebbero essere danneggiate dalla libera pratica dell'omosessualità, segnatamente i giovani.

¹¹⁶ Nello stesso senso è stato notato che «this is typical of those domestic courts that have overturned laws prohibiting homosexual intercourse. In some cases, the courts have struck down the prohibitions on purportedly constitutional grounds, referencing “human rights” but defining these as domestic rather than international concepts. In other cases, state courts have referenced the practices of other states and international or regional legal authorities, but always to supplement rather than supplant domestic constitutional analysis. Some courts display an interest in and belief in the relevance of international practice for interpreting domestic law, but none relies on international human rights law as a central, much less the primary, basis for recognizing the right of all persons to express and define themselves sexually with other consenting adults.» in Fellmeth, *op. cit.*, pag. 824. Nella decisione *Lawrence* la Corte Suprema, nel ribadire che le convinzioni della maggioranza della società non sono un elemento sufficiente a giustificare la criminalizzazione di un altro gruppo, sottolinea che baluardo della libertà è la costituzione. Infatti, affermano i giudici statunitensi che «They knew times can blind us to certain truths and later generations can see that laws once thought necessary and proper in fact serve only to oppress. As the Constitution endures, persons in every generation can invoke its principles in their own search for greater freedom.» in *Lawrence cit.* pag. 579.

Proprio il riferimento a quest'ultima categoria ha presentato maggiori problemi nel percorso di decriminalizzazione dell'omosessualità. Infatti, sebbene nelle ipotesi di criminalizzazione dei rapporti tra adulti consenzienti si fosse raggiunta la convinzione che tali rapporti non arrecassero alcun danno alla società nel suo complesso o a terzi, lo stesso non avvenne allo stesso modo e con gli stessi tempi per la questione dell'età del consenso. In molti Paesi, invero, anche laddove si era già giunti alla decriminalizzazione dei rapporti omosessuali, permaneva una discriminazione formale rispetto alla soglia d'età imposta per poter intrattenere in modo lecito rapporti sessuali omosessuali, di norma più elevata di quella fissata per le relazioni eterosessuali.

Si è ritenuto a lungo, infatti, che il principio di necessaria offensività della norma penale in questo caso fosse soddisfatto, giacché era diffusa e condivisa l'idea che individui, che non hanno ancora raggiunto un loro definitivo costume sessuale, possono subire influenze negative idonee a sviarli da un concetto convenzionale di sessualità.

A questo proposito gli stessi giudici della Corte EDU¹¹⁷, nella decisione sul caso *Dudgeon*, avevano espressamente considerato legittimo, giacché necessario in una società democratica, un certo grado di controllo sulla sessualità non convenzionale e segnatamente su quella omosessuale. In questo modo, riferendosi implicitamente proprio alle norme, di natura evidentemente discriminatoria, dirette a fissare una diversa età per prestare il consenso a rapporti sessuali a seconda che il rapporto si svolgesse tra due uomini o tra un uomo e una donna¹¹⁸. I giudici diedero sostanzialmente atto che la concezione della morale e, di conseguenza, dei modi per salvaguardarla non fossero ancora uniformemente condivisi tra i diversi Paesi membri e che, pertanto, tale circostanza – unitamente alla necessità di tutela dei giovani e alla preferenza sociale per l'eterosessualità – poteva giustificare la fissazione di limiti di età volti a prevenire tali pratiche. La credenza secondo la quale gli omosessuali, incapaci per definizione di controllare la propria sessualità¹¹⁹ (proprio per questo deviata e non convenzionale), sarebbero naturalmente predisposti alla molestia dei bambini e, quindi, alla pedofilia era, ed è, abbastanza diffusa, tanto da condurre la Corte a riconoscere che al legislatore nazionale spettasse il compito di stabilire il limite d'età ritenuto più consono per prestare lecitamente il consenso. Si poteva ammettere quindi che evitare

¹¹⁷ Sull'argomento si veda C.A. Meyer, «L'homosexualité dans la jurisprudence de la Cour et de la Commission européennes des droits de l'homme,» in *Homosexualité et droit* (Puf, 1998).

¹¹⁸ A parere dei giudici di Strasburgo « In the opinion of the Commission, the interference complained of by the applicant can, in so far as he is prevented from having sexual relations with young males under 21 years of age, be justified as necessary for the protection of the rights of others. This conclusion was accepted and adopted by the Government, but disputed by the applicant who submitted that the age of consent for male homosexual relations should be the same as that for heterosexual and female homosexual relations that is, 17 years under current Northern Ireland law. The Court has already acknowledged the legitimate necessity in a democratic society for some degree of control over homosexual conduct notably in order to provide safeguards against the exploitation and corruption of those who are specially vulnerable by reason, for example, of their youth. However, it falls in the first instance to the national authorities to decide on the appropriate safeguards of this kind required for the defence of morals in their society and, in particular, to fix the age under which young people should have the protection of the criminal law.» in *Dudgeon v. United Kingdom*, n. 7525/76 (European Court of Human Rights, 22 ottobre 1981) par. 62.

¹¹⁹ Cfr. W.N. Eskridge, «Privacy Jurisprudence and the Apartheid of the Closet, 1946-1961,» *Florida State University Law Review* 24 (1996-1997): 703 e ss. e L.R. Helfer, «Finding a Consensus on Equality: the Homosexual Age of Consent and the European Convention on Human Rights,» *New York University Law Review* 65 (1990): 1044.

eventuali “adescamenti” di soggetti appartenenti ad una categoria debole costituissero uno di quei *pressing social need* che rendono la misura evidentemente discriminatoria “necessaria” anche in una società democratica. Un preciso interesse giustificava la conservazione delle norme penali in materia di sodomia: la protezione dei giovani dalla coercizione sessuale.

Da quando venne rassegnata la decisione *Dudgeon* ci vollero più di sedici anni prima che la giurisprudenza di Strasburgo, estremamente solerte nel censurare la criminalizzazione dei rapporti sessuali tra adulti, condannasse in quanto discriminatoria la fissazione di una più elevata età minima per prestare il consenso in caso di rapporti omosessuali¹²⁰. In effetti, nelle precedenti decisioni, la Commissione non aveva mancato di sottolineare come l’ammissibilità della disparità di trattamento fosse comunque in consonanza con le prevalenti opinioni nella società europea nel suo complesso. Nell’impossibilità di individuare un generale “consenso europeo” circa la previsione di un’unica età imposta legislativamente per la prestazione del consenso all’attività sessuale indipendentemente dal sesso degli individui parte della relazione, la Corte aveva preferito non condannare gli Stati fino a quel momento convenuti per la violazione dell’articolo 8.

Nonostante il tema rimanesse comunque controverso, i dubbi del mondo medico scientifico sull’esatta natura dell’omosessualità e sulle influenze sui giovani, nonché l’ostilità sociale, avevano avuto la meglio sul diritto del singolo di adottare una condotta sessuale conforme alla propria natura.

Pertanto, nonostante il diritto ad intraprendere rapporti omosessuali senza incorrere in procedimento penale fosse stato già riconosciuto dalla Corte di Strasburgo, molti Stati membri del Consiglio mantenevano consistenti variazioni nella fissazione dell’età del consenso per gli appartenenti alle minoranze sessuali. Infatti, i ricorsi contro la normativa inglese e quella austriaca continuavano ad essere sottoposti all’attenzione dei giudici di Strasburgo¹²¹, ancora restii ad affrontare il tema, nonostante anche il Parlamento europeo¹²² avesse già invitato l’Austria ad abrogare la normativa che poneva il limite d’età per i rapporti eterosessuali e lesbici a quattordici anni e per quelli omosessuali a diciotto.

Sotto la pressione dei singoli individui omosessuali, che rivendicavano l’applicazione estensiva dei principi elaborati in *Dudgeon*, e delle Istituzioni comunitarie, il *revirement* della Corte

¹²⁰ Fino a quel momento la Commissione aveva espressamente affermato che l’interferenza nella vita privata degli individui derivante dalla norma di natura sanzionatoria potesse considerarsi pienamente legittima in quanto giustificata dalla tutela dei minori. A questo proposito cfr. *X c. Repubblica Federale Tedesca*, n. 530/59 (European Commission of Human Rights, 4 settembre 1960) e *X. c. Repubblica Federale Tedesca*, n. 5935/72 (ECoHR, 1975).

¹²¹ Cfr. *X c. Regno Unito*, n. 7215/75 (ECoHR, 12 ottobre 1978); *Zukrigl v. Austria*, n. 17279/90 (ECoHR, 13 maggio 1992); *H.F. v. Austria*, n. 22646/93 (ECoHR, 26 giugno 1995).

¹²² *Resolution on equal rights for homosexual and lesbians in EC*, A3-0028/94 (European Parliament, 8 febbraio 1994). La risoluzione nasce da un report elaborato dalla Commissione sulle libertà civili e gli affari interni del Parlamento, presieduta da Claudia Roth, che poneva il problema legato agli aspetti egualitari legati al rispetto dei diritti delle minoranze sessuali cfr. Claudia Roth, «Report of the Committee on Civil Liberties and Internal Affairs on Equal Rights for Homosexual and Lesbians in the European Community.» Doc_EN/RR/244/244267, Committee on Civil Liberties and Internal Affairs (1994). Cfr. anche «European Parliament Calls Gain for Respect for Human Rights of Lesbians and Gay Men.» *ILGA Bulletin* 7, n. 2 (2000).

EDU giunse con riferimento alla normativa inglese, che – come quella austriaca – prevedeva diversi limiti di età per esprimere il consenso ai rapporti sessuali in ragione del diverso orientamento sessuale. Il ben noto caso *Sutherland*¹²³ si riferisce ad un ricorso presentato da un cittadino britannico, che lamentava la sussistenza di un trattamento discriminatorio nei confronti della minoranza omosessuale riguardo all'età prevista dalla legge per prestare validamente il consenso al compimento degli atti sessuali, in violazione dell'articolo 14 in combinato disposto con l'articolo 8 della Convenzione¹²⁴.

Il ricorrente sosteneva di aver preso coscienza di essere sessualmente attratto dai ragazzi già all'età di dodici anni. A quattordici anni aveva tentato di stabilire una relazione con una ragazza, ma tale esperienza aveva confermato la sua convinzione che l'unica relazione soddisfacente che egli potesse intraprendere fosse con uomo. Aveva avuto la sua prima esperienza omosessuale a sedici anni con un coetaneo anche lui omosessuale. I due partner avevano continuato ad avere rapporti sessuali, ma erano entrambi preoccupati per il fatto che, alla luce della legge in vigore al tempo, tale comportamento costituisse un reato. La normativa inglese, infatti, fissava l'età per esprimere validamente il consenso ad un rapporto eterosessuale a sedici anni, mentre per quelli omosessuali tra uomini a diciotto.

Per dare un'idea della dimensione di tale fenomeno nella giustizia penale britannica, nel corso del 1990, di 455 processi celebrati per la commissione di tale reato 342 avevano condotto ad altrettante condanne nel merito. Nel 1991, di 213 processi 169 avevano avuto esito negativo per gli imputati.

Il diritto interno rilevante includeva il *Sexual Offences Act* del 1967 che aveva emendato le disposizioni sulla sodomia depenalizzando le suddette fattispecie nel caso in cui in cui i partner fossero consenzienti e avessero raggiunto l'età per prestare validamente il consenso, ovvero ventuno anni. Si noti che l'età del consenso per i rapporti eterosessuali era, di contro, fissata a sedici anni. Nel 1994, la *House of Commons* aveva votato contro un emendamento che abbassava l'età del consenso maschile a 16 anni, approvandone invece una riduzione a 18 anni.

¹²³ *Sutherland v. the United Kingdom*, n. 25186/94 (ECtHR, 27 marzo 2001).

¹²⁴ Per inciso, si noti come il ricorrente avesse sollevato l'ipotesi discriminatoria facendo riferimento come base del trattamento differenziato, in alternativa, al "sesso" o a "altra condizione", così come disposto dall'articolo 14. La Commissione, che non aveva in precedenza affrontato il problema, giacché in *Dudgeon* aveva riscontrato la sola violazione dell'articolo 8, disponeva di un unico precedente in materia. Segnatamente nella decisione *Toonen*, il Comitato dei Diritti dell'Uomo si era espresso, come ricordato più sopra, ritenendo che la discriminazione basata sull'orientamento sessuale dovesse considerarsi ricompresa nella base discriminatoria del "sesso". Ciononostante, la Commissione non ritenne di aderire alla succitata impostazione, ma in effetti non prese posizione in senso opposto. Più che altro si limitò a rilevare come la questione non fosse di rilevanza pratica per la soluzione del caso, né doveva essere risolta per la rilevanza giuridica del problema. Nelle successive pronunce, invece, la Corte si esprimerà chiaramente in termini di rottura con la decisione del Comitato, affermando come l'orientamento sessuale non possa essere confuso con il sesso e, pertanto, rientri nelle "altre condizioni" che secondo l'articolo 14 possono essere poste a base di un trattamento discriminatorio.

Nel 1998, intanto, la Commissione Europea dei Diritti dell'Uomo¹²⁵ aveva rassegnato le proprie conclusioni sul caso in questione. Nel merito, la Commissione ritenne che effettivamente potevano essere sollevate a difesa del trattamento differenziato ragioni di tutela della morale e dei diritti altrui esattamente negli stessi termini in cui ciò era avvenuto nei casi precedenti. Eppure, sebbene la Commissione avesse riconosciuto la plausibilità di un fine legittimo perseguito dalla normativa in oggetto, ritenne la stessa legislazione contestata viziata da sproporzionalità. La decisione si basava sostanzialmente su due elementi: il progresso della scienza medica e le evoluzioni legislative occorse in gran parte degli Stati europei.

Quanto al primo aspetto, la Commissione aveva comparato l'opinione del 1981 della *British Policy Advisory Committee*, secondo cui «*the sexual pattern of the overwhelming majority of young men is fixed by the age of 18 ... [so that] young men of between 16 and 18 could still benefit from the protection of the law*»¹²⁶, con le conclusioni del report della *British Medical Association* (BMA) del 1994, che al contrario assumevano come la fissazione di un medesimo limite di età potesse costituire un rimedio «*to improve the sexual health of young homosexual and bisexual men*»¹²⁷. In particolare, le nuove teorie mediche assumevano ormai pacificamente che il modello sessuale di ciascuno potesse ritenersi inalterabilmente definito già all'età di sedici anni.

Inoltre, secondo il report della BMA «*young homosexual men were especially at risk of sexually transmitted infections*», probabilmente perché loro stessi «*feared seeking professional advice because to do so would be to admit to having committed a crime, and because official homosexual organisations operated over-21 policies, to comply with the law as it then stood*». Pertanto, l'abbassamento dei limiti di età legale, avrebbe dovuto condurre alla riduzione della disinformazione e, quindi, della diffusione delle malattie sessualmente trasmissibili.

In secondo luogo, la Commissione sottolineò come ormai nella più gran parte degli Stati membri del Consiglio l'età per prestare validamente il consenso fosse la stessa per i rapporti eterosessuali come per quelli omosessuali. In questo senso, un aspetto fondamentale della decisione fu proprio quello dell'individuazione di un consenso normativo europeo che si era formato nel corso del tempo, che invece nelle precedenti decisioni non era stato riscontrato.

Partendo da questi presupposti e bilanciando tra i diversi interessi in gioco, la Commissione ritenne che, sulla base del combinato disposto tra l'articolo 8 e 14 della Convenzione, la legislazione interna dello Stato convenuto dovesse caratterizzarsi per l'assenza di trattamenti differenziati in relazione alla disciplina penale del consenso in materia sessuale. La tutela della gioventù, per quanto fine legittimo (da ritenersi ricompresa nella definizione di "tutela dei diritti

¹²⁵ *Report on Sutherland v. The United Kingdom*, n. 25186/94 (European Commission of Human Rights, 1 luglio 1997).

¹²⁶ *Report on Sutherland v. The United Kingdom*, n. 25186/94 (European Commission of Human Rights, 1 luglio 1997) par 23.

¹²⁷ *Sent. cit.* par. 24

altrui”), non richiedeva necessariamente una misura di tal sorta, che di contro comprimeva eccessivamente la possibilità di vivere serenamente la propria sessualità, soprattutto giacché «*the risk posed by predatory older men would appear to be as serious whether the victim is a man or a woman*»¹²⁸. In altri termini, la Corte non ritenne che vi fossero argomenti convincenti che giustificassero la necessità di tutelare più intensamente i giovani da una relazione omosessuale piuttosto che da una eterosessuale.

Mentre la Commissione rassegnava le sue conclusioni, che riconoscevano al ricorrente la qualità di vittima per la violazione dell’art. 8, il Governo britannico – nell’imminenza dell’intervento negativo di Strasburgo – aveva proposto in Parlamento la ulteriore riduzione dell’età del consenso a 16 anni. Tale proposta di armonizzazione, sia per gli uomini che per le donne, delle età del consenso era stata accettata da una larga maggioranza dei membri della *House of Commons*, ma era stata respinta dall’*House of Lords*.

Tuttavia, per ottenere la definitiva approvazione, tale proposta era stata nuovamente sottoposta all’*House of Commons* ai sensi del *Parliament Act* del 1911, il quale prevede che un emendamento approvato in tre successive votazioni da tale camera entri in vigore senza dover essere sottoposto a votazione nell’*House of Lords*. L’emendamento al *Sexual Offences Act* che riduceva a 16 anni entrava, così, in tal modo in vigore l’8 gennaio 2001.

La Corte, preso atto delle nuove disposizioni legislative, che di fatto eliminavano il rischio di essere sottoposti ad un processo penale, dispose la cancellazione del ricorso dal ruolo ai sensi dell’art. 37 paragrafo 1 lettera b), non sussistendo alcuna ragione di ordine pubblico (*ordre public, public order*) che richiedesse la prosecuzione del procedimento.

La consacrazione delle conclusioni della Commissione è avvenuta con quello che in merito può effettivamente considerarsi il *leading case*, ossia *L. e V. c. Austria*¹²⁹, rispetto al quale è necessario spendere qualche considerazione.

La controversia trae origine da due distinti ricorsi presentati da due cittadini austriaci. Questi asserivano che, mantenendo in vigore l’articolo 209 del codice penale austriaco – che vietava il rapporto sessuale tra adulti e adolescenti consenzienti dello stesso sesso e di età compresa tra i quattordici e i diciotto anni – lo Stato fosse incorso in una duplice violazione della Convenzione. La fattispecie incriminatrice suddetta, infatti, sarebbe stata in tal modo idonea a violare non solo il diritto al rispetto della vita privata *ex se*, ma in ogni caso avrebbe integrato un trattamento

¹²⁸ *Sent. cit.* par. 64

¹²⁹ *L. and V. v. Austria*, n. 39392/98, 39829/98 (ECoHR, 9 gennaio 2003). Diversi sono i casi che nel corso del tempo hanno impiegato la Corte nell’esame delle legislazioni nazionali in tema di età del consenso, a questo proposito cfr. *Morris v. the United Kingdom*, n. 31701/96 (ECoHR, 27 novembre 2001); *S.L. v. Austria*, n. 45330/99 (ECoHR, 9 gennaio 2003); *B.B. v. the United Kingdom*, 53760/00 (ECoHR, 10 febbraio 2004); *Woditschka and Wilfling v. Austria*, n. 69756/01; 6306/02 (ECoHR, 21 ottobre 2004); *Ladner v. Austria*, n. 18297/03 (ECoHR, 3 febbraio 2005); *H. G. and G. B. v. Austria*, n. 11084/02; 15306/02 (ECoHR, 2 giugno 2005); *Wolfmeyer v. Austria*, n. 5263/03 (ECoHR, 26 maggio 2005); *R.H. v. Austria*, n. 7336/03 (ECoHR, 19 gennaio 2006). Più in generale cfr. F. Edel, *The prohibition of discrimination under the European Convention on Human Rights* (Strasbourg: Council of Europe Publishing, 2010) pag. 134.

differenziato fondato sulla sola ragione dell'orientamento sessuale e, di conseguenza, incompatibile con il divieto di discriminazione di cui all'articolo 14.

L'articolo 209 del codice penale austriaco, così come vigente al tempo dei procedimenti penali celebrati contro i ricorrenti, vietava – sanzionandone la violazione con la pena della reclusione – ad una persona di sesso maschile, che avesse raggiunta l'età di diciannove anni, di avere rapporti sessuali con una persona dello stesso sesso di età compresa tra i quattordici e i diciotto anni, sanzionando la suddetta condotta con la pena della reclusione. Tale previsione riguardava, dunque, unicamente gli atti consensuali tra individui di sesso maschile, non essendo diversamente punibili atti sessuali consensuali eterosessuali o lesbici tra maggiorenni e persone di età compresa tra i quattordici e i diciotto anni.

La discriminazione nel trattamento riservato ai soggetti omosessuali di sesso maschile era, peraltro, stata oggetto di numerosi tentativi sia di abrogazione a livello legislativo che di censura innanzi la Corte Costituzionale austriaca¹³⁰. Tali tentativi sono giunti a buon fine solo quando il Parlamento, sulla scorta di una pronuncia della Corte Costituzionale, si espresse in favore della definitiva abrogazione della norma, avvenuta il 10 luglio 2002. La Corte, così chiamata a valutare la sussistenza di un trattamento discriminatorio per il periodo precedente la novella legislativa, procedeva ad un puntuale e completo esame della vicenda, rinnovando quanto statuito dalla Commissione nel caso *Sutherland* e andando oltre quelle stesse conclusioni.

Procedendo alle valutazioni di ordine preliminare, la Corte assumeva come evidentemente applicabile l'articolo 8, giacché il caso concerneva aspetti della vita riconducibili alla sfera privata e più intima dei ricorrenti, ritenendo pertanto ammissibile il ricorso e passibile di esame per l'eventuale violazione dell'articolo 14 in combinato disposto con l'art. 8. Sempre in via preliminare, la Corte si occupava poi di valutare la sussistenza dello *status* di vittime dei ricorrenti, *ex art. 34*, in considerazione dell'intervenuta abrogazione della norma e, quindi, del fatto che in astratto poteva ritenersi cessata la violazione da parte dello Stato convenuto. La Corte, respingendo le istanze contrarie del Governo austriaco, ritenne che, nonostante fosse intervenuto un mutamento legislativo favorevole ai ricorrenti, lo *status* di vittime permanesse, poiché gli stessi avevano comunque subito una condanna e scontato la relativa pena.

Nel merito, tuttavia, lo Stato convenuto ritenne di sollecitare la Corte richiamando precedenti pronunce in cui la stessa aveva in passato riscontrato come non vi fosse nessuna violazione dell'art.

¹³⁰ Proprio perché la norma aveva condotto alla celebrazione di numerosi procedimenti penali, le stesse Corti interne avevano cercato di ottenere pronunce di illegittimità costituzionale che permettessero di censurare la norma in questione. In questo senso, il Tribunale regionale di Innsbruck aveva sollevato la questione di legittimità costituzionale, giacché violando gli articoli 8 e 14 della Convenzione sarebbe stato anche necessariamente contrario al principio di eguaglianza così come garantito dalla Carta costituzionale austriaca. Proprio in ragione di questo rinvio, la Corte costituzionale decretò l'incostituzionalità della norma.

8, sia considerato autonomamente che congiuntamente all'art. 14, con riguardo all'art. 209 del codice penale austriaco¹³¹.

La Corte, cionondimeno, respingeva queste notazioni, in considerazione della dinamicità della Convenzione, quale strumento giuridico che va interpretato alla luce delle mutate condizioni storiche e sociali. Nel caso di specie, sarebbe stato necessario accertare se potesse essere considerata ragionevole una misura in virtù della quale mentre i giovani adolescenti avevano bisogno di una tutela penale nei confronti di relazioni sessuali intraprese con uomini adulti, lo stesso non sarebbe stato necessario per le giovani adolescenti della stessa età, rispetto a relazioni sessuali intraprese con uomini o donne adulte. In questo senso, la Corte sottolineava come il margine di discrezionalità di cui godono i governi nazionali, soprattutto rispetto ad argomenti profondamente legati alla sensibilità sociale della comunità che rappresentano, sia destinato a modificarsi in relazione all'evoluzione della coscienza sociale e sia comunque strettamente legato al formarsi di un livello di consapevolezza rispetto a questi temi unanimemente condiviso dai vari Paesi membri.

In particolare, risultava ormai acquisito dalla letteratura scientifica più accreditata che l'orientamento sessuale si stabilizza prima della pubertà sia nei ragazzi che nelle ragazze. Inoltre, ricordava la Corte, nella più gran parte degli Stati membri si era ormai diffusa l'omologazione dell'età del consenso per i rapporti eterosessuali, gay e lesbici.

Pertanto, secondo la Corte, l'art. 209 del codice penale, in vigore prima della riforma del 2001 e sulla base del quale i ricorrenti sono stati condannati in via definitiva, costituiva una evidente discriminazione della maggioranza eterosessuale ai danni della componente omosessuale della popolazione. In questo passaggio, la Corte superava così le conclusioni del caso Sutherland, più che altro basate sull'intervenuta assenza di ragioni scientifiche poste a fondamento della normativa inglese, elaborando la formula che verrà poi usata in molte altre decisioni legate alla discriminazione basata sull'orientamento sessuale. La Corte fece, dunque, un passo avanti verso una politica di *minorization*, riferendosi espressamente alla necessità di tutelare la categoria degli appartenenti alle minoranze sessuali alla stessa stregua di coloro che possono essere discriminati in ragione della razza, della religione o del colore¹³². Attraverso l'applicazione dell'articolo 14, la Corte ha riconosciuto che l'orientamento sessuale costituisce una caratteristica dell'individuo che lo rende oggetto di discriminazione, in quanto esponente di una sessualità non convenzionale. A differenza di quanto avvenuto nel caso della criminalizzazione dell'attività sessuale omosessuale

¹³¹ Si fa riferimento alle decisioni *Zukriegl v. Austria*, n. 17279/90 (ECohR, 13 maggio 1992) e *H.F. v. Austria*, n. 22646/93 (ECohR, 26 giugno 1995).

¹³² «To the extent that Article 209 . . . embodied a predisposed bias on the part of a heterosexual majority against a homosexual minority, these negative attitudes cannot, of themselves be considered . . . to amount to sufficient justification for the differential treatment any more than similar negative attitudes towards those of different race, origin or colour» in *sent. cit.* par. 44.

tout court, il tema venne affrontato secondo la direttrice del principio di non discriminazione. La sessualità, oltre ad essere uno degli aspetti più intimi della vita privata e come tale tutelato dall'articolo 8, va ricompresa tra i possibili criteri di discriminazione.

Sul punto dell'età del consenso, così significativo per l'evolversi della giurisprudenza di Strasburgo, invece non si registrano decisioni di altri organi giurisdizionali o paragiurisdizionali di stampo sovranazionale. Vale però segnalare che i riferimenti alla necessità di una parificazione dell'età del consenso è stata auspicata da diversi organi internazionali. Il Comitato dei diritti dell'uomo in particolare, esprimendosi proprio in relazione alla legislazione austriaca¹³³, ha invitato tale Paese a modificare le misure ritenute discriminatorie, prima ancora delle intervenute decisioni della Corte, che però di contro hanno costituito lo stimolo principale alla modifica del trattamento discriminatorio.

Allo stesso modo, il Comitato sui diritti del fanciullo aveva denunciato il carattere discriminatorio delle norme sull'età del consenso che prevedessero un diverso limite d'età per i giovani omosessuali¹³⁴. Perfettamente in linea con gli altri organi internazionali, anche il suddetto Comitato assume che tali norme violino il generale principio di non discriminazione di cui all'articolo 2 della Convenzione sui diritti del fanciullo.

Conclusivamente, quindi, si rileva come in relazione all'età del consenso la giurisprudenza sovranazionale sia concorde nell'applicazione del principio di non discriminazione nei confronti delle minoranze sessuali. In questa ipotesi, la semplice estensione delle norme così come previste per gli individui espressione di una sessualità convenzionale ha completamente soddisfatto l'esigenza di tutela necessaria per evitare che in termini discriminatori venisse violato il diritto al rispetto della vita privata.

4. La tortura, le esecuzioni e la detenzione arbitrarie

Il pericolo che può derivare dallo Stato nella repressione della sessualità non convenzionale non è di tipo esclusivamente normativo, in termini di criminalizzazione, bensì si manifesta anche nella violenza perpetrata nei pubblici spazi dagli agenti statali. Si fa riferimento in particolare al

¹³³ Nelle Osservazioni conclusive sull'Austria, il Comitato ritenne che la «existing legislation on the minimum age of consent for sexual relations in respect of male homosexuals is discriminatory on grounds of sex and sexual orientation», invitando così lo Stato a che « the law be revised to remove such discriminatory provisions» in *Concluding Observations of the Human Rights Committee on Austria*, U.N. Doc. CCPR/C/79/Add.103 (Human Rights Committee, 9 novembre 1998) par. 13.

¹³⁴ Il Comitato ha espresso la propria preoccupazione in relazione al fatto che «the Isle of Man does not appear to have fully taken into account article 2 (the general principle non-discrimination) of the Convention in its legislation, its administrative and judicial decisions, or its policies and programmes relevant to children. In this context, concern is expressed at the insufficient efforts made to provide against discrimination based on sexual orientation. While the Committee notes the Isle of Man's intention to reduce the legal age for consent to homosexual relations from 21 to 18 years, it remains concerned about the disparity that continues to exist between the ages for consent to heterosexual (16 years) and homosexual relations». Pertanto, invitata «the Isle of Man to take all appropriate measures, including of a legislative nature, to prevent discrimination based on the grounds of sexual orientation and to fully comply with article 2 of the Convention.» in *Concluding Observations of the Committee on the Rights of the Child (Isle of Man) : United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland.*, U.N. Doc. CRC/C/15/Add.134 (Committee on the Rights of the Child, 16 ottobre 2000) par. 22 e 23.

trattamento che è riservato agli appartenenti alle minoranze sessuali all'interno dei luoghi di detenzione o ai casi di privazione arbitraria della libertà.

Lo *Special Rapporteur* sulla tortura ha rilevato come i «members of sexual minorities are disproportionately subjected to torture and other forms of ill-treatment because they fail to conform to socially constructed gender expectations. Indeed, discrimination on grounds of sexual orientation or gender identity may often contribute to the process of the dehumanization of the victim, which is often a necessary condition for torture and ill-treatment to take place»¹³⁵. Nel 2010, poi, è stato opportunamente rilevato come all'interno dei luoghi di detenzione vi sia una stretta scala gerarchica, rispetto alla quale gli individui LGBTI si collocano alla fine, subendo abusi fisici e psichici da parte della popolazione penitenziaria. Laddove peraltro, se non sono loro stessi i perpetratori di tali violenze, gli agenti di polizia penitenziaria non sono in grado di tutelare correttamente questa categoria di detenuti¹³⁶.

In un recente report, *Amnesty International* ha prodotto molteplici evidenze del comportamento scorretto degli agenti di polizia statunitensi nei confronti degli individui LGBTI, che includevano «profiling of such individuals as criminal, selective enforcement of laws, sexual, physical and verbal abuse, failure to respond or inadequate responses by the police to hate crimes and violence, as well as to situations of domestic violence that involve same-sex partners, inappropriate searches and mistreatment in detention and a lack of accountability for perpetrators»¹³⁷.

Coloro i quali violino i ruoli di genere¹³⁸ sono particolarmente esposti alla violenza e ciò accade ancor più spesso da parte degli agenti dello Stato, soprattutto quando gli stessi ritengano di essere giustificati anche dalla sussistenza di norme di legge che criminalizzano, stigmatizzandola, la sessualità non convenzionale. Come, ad esempio, accaduto in Nepal, dove i *metis* (individui il cui sesso biologico è maschile ma che si identificano quali donne) sono stati picchiati dalla polizia con dei bastoni, bruciati con delle sigarette, costretti ad intraprendere del sesso orale e penetrati con

¹³⁵ «Report of the Special Rapporteur on the question of torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment,» UN Doc. A/56/156 (3 luglio 2001) par. 19.

¹³⁶ Human Rights Council, «Report of the Special Rapporteur on the question of torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment,» UN Doc. A/HRC/13/39/Add.5 (9 febbraio 2010) par. 231. Esemplificativamente si riporta che: «...in a police station in Indonesia, a man and his male partner were allegedly severely beaten and sexually abused by police officers a day after reportedly having been assaulted by 16 civilians. In Uzbekistan, a male human rights defender charged with homosexuality was reportedly beaten by police and threatened with rape with a bottle. A lesbian couple in Brazil was allegedly beaten at a police station and forced to perform oral sex. In Greece, detainees in a lesbian, gay and transgender section of a prison were reportedly denied access to an outside yard for two years, confined to their cells and a corridor at all times. The Special Rapporteur has also reported transsexual women being intentionally beaten on their breasts and cheekbones to burst implants and release toxins.»

¹³⁷ Amnesty International, «Stonewalled: Police Abuse and Misconduct against Lesbian, Gay, Bisexual and Transgender People in the US,» AI Index AMR 51/122/2005 (settembre 2005).

¹³⁸ È stato notato che «Transgender people are 'often subjected to violence...in order to "punish" them for transgressing gender barriers or for challenging predominant con- ceptions of gender roles', and transgender youth have been described as 'among the most vulnerable and marginalized young people in society'» in M. O'Flaherty e J. Fisher, «Sexual Orientation, Gender Identity and International Human Rights Law: Contextualising the Yogyakarta Principles,» *Human Rights Law Review* 8, n. 2 (2008) pag. 209.

diversi oggetti¹³⁹. Oppure, ancor più di recente, come accaduto in Kuwait, dove la polizia ha torturato – a seguito di un arresto legittimo – delle donne transgender¹⁴⁰.

Il problema principale è che la violenza perpetrata dagli agenti dello Stato, come ad esempio forze dell'ordine, non è spesso perseguita e, per tale ragione, rimane impunita. Ciò accade sia negli Stati in cui ancora oggi la condotta omosessuale è criminalizzata sia in quelli dove, nonostante non vi siano *sodomy laws*, vige un clima di omofobia istituzionalizzata.

Nella prima ipotesi è difficile, peraltro, che le vittime, esse stesse criminali, denunciino il comportamento, temendo a loro volta che possano derivarne conseguenze ben peggiori. Spesso questi stessi individui, sotto costante minaccia di denuncia, devono sottoporsi a qualsiasi tipo di abuso perpetrato dalle forze dell'ordine, rimanendo schiavi di questo sistema per anni. Laddove, invece, lo Stato non si caratterizzi come espressamente omofobo, i singoli sono tutelati dalle norme interne e internazionali che sanciscono il divieto alla tortura ai trattamenti inumani e degradanti e così via. Infatti, l'unico caso legato agli abusi provenienti da parte delle forze dell'ordine all'interno di un istituto di detenzione è stato presentato nei confronti della Francia di fronte alla Corte EDU.

Il caso, *Stasi c. Francia*¹⁴¹, riguarda le violenze subite da un cittadino francese omosessuale all'interno di alcuni istituti penitenziari, dove ha scontato la pena – per due periodi consecutivi – per aver commesso diversi reati di falso e truffa. Nel periodo trascorso nel carcere di Villefranche-sur-Saône era stato oggetto di aggressioni, fisiche e psicologiche, da parte di altri detenuti in ragione della propria omosessualità. Lo stesso ricorrente aveva più volte chiesto l'intervento delle autorità, che in un primo momento avevo disposto – in ragione anche dei risultati dei referti medici – l'isolamento. Ciononostante, in un momento susseguente fu nuovamente disposto che dividesse la cella con un altro detenuto. Anche in questo caso subì delle aggressioni, che tra l'altro avvennero anche nella stanza delle docce, dove era stato disposto che venisse accompagnato da un sorvegliante che, comunque, si era astenuto dall'intervenire. Le conseguenze fisiche e psichiche di queste aggressioni furono tali che questi, dopo un lungo periodo di sciopero della fame, venne iscritto nelle liste dei detenuti a rischio di suicidio.

Il 23 ottobre 2008, giorno della sua liberazione, il quotidiano *Libération* pubblicò un articolo di denuncia del caso, cui seguì l'apertura di un procedimento e l'inizio delle indagini da parte della Procura della Repubblica di Lione.

¹³⁹ Commission on Human Rights, «Report of the Special Rapporteur on the question of torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment, 'Summary of Information, Including Individual Cases, Transmitted to Governments and Replies Received,» E/CN.4/2006/6/Add.1 (21 marzo 2006) par. 180 e 183. È corretto precisare che dal 2007, in Nepal, le attività sessuali di tipo omosessuali sono state decriminalizzate.

¹⁴⁰ Human Rights Watch, «"They Hunt Us Down for Fun". Discrimination and Police Violence Against Transgender Women in Kuwait,» (15 gennaio 2005).

¹⁴¹ *Stasi v. France*, n. 25001/07 (ECtHR, 20 ottobre 2011).

A seguito della presentazione del ricorso alla Corte, lo Stato convenuto si era difeso asserendo che l'amministrazione penitenziaria, tenuto conto delle informazioni di cui era a conoscenza, aveva cercato di fare tutto il possibile per garantire l'integrità del detenuto e che, anche in seguito, le autorità si erano attivate per punire i responsabili degli abusi, che il codice penale francese punisce più gravemente quando perpetrati in ragione dell'orientamento sessuale.

La Corte, al fine della risoluzione del caso, come di consueto ha richiamato i principi generali da applicare nei casi in cui il ricorrente assuma la violazione dell'articolo 3, considerato autonomamente o in combinato disposto con l'articolo 14 della Convenzione. In particolare, ha ricordato che gli Stati membri non hanno solo l'obbligo di astenersi dal sottoporre a tortura o a trattamenti inumani gli individui sottoposto alla loro giurisdizione, ma hanno anche l'obbligo di adottare tutte le misure necessarie per evitare che questi possano essere sottoposti a trattamenti di tal sorta. Intendendo, in questo senso, anche la predisposizione di un'adeguata legislazione penale che abbia un adeguato effetto deterrente contro tutte quelle condotte che attentino all'integrità psicofisica degli individui, come intesa ai sensi dell'articolo 3.

Nel caso concreto, la Corte ha rilevato che – in base alle prove prodotte nel corso del procedimento – le aggressioni subite dal ricorrente avessero raggiunto un livello tale di gravità da essere idonee ad integrare la definizione di trattamenti inumani o degradanti, ai sensi della norma invocata. Rimaneva pertanto da stabilire se lo Stato avesse rispettato le obbligazioni positive derivanti dall'articolo 3, ossia se avesse posto in essere tutte le misure necessarie per evitare che il ricorrente subisse quei trattamenti.

La Corte ha ritenuto che, in primo luogo, la legislazione penale francese (che presenta anche l'aggravante contro l'omofobia) fosse idonea a tutelare, quanto meno astrattamente, l'integrità fisica e psichica del ricorrente e, in secondo luogo, che «dans les circonstances de l'espèce, et compte tenu des faits qui ont été portés à leur connaissance, les autorités ont pris toutes les mesures que l'on pouvait raisonnablement attendre d'elles pour protéger l'intégrité physique du requérant»¹⁴². Ritenendo che non vi fosse una violazione dell'articolo 3, la Corte ha ritenuto che non fosse necessario entrare nel merito della seconda doglianza legata ai profili discriminatori della violazione e, quindi, del mancato rispetto del combinato disposto tra l'articolo 3 e 14 della Convenzione.

Eppure vale la pena di fare riferimento al merito delle opinioni dissenzienti disgiunte di due membri del collegio. Secondo i giudici Spielmann e Nussberger, la “situazione particolare” del ricorrente avrebbe richiesto una tutela più penetrante rispetto agli standard. Ragion per cui, in questo caso lo Stato convenuto non avrebbe compiutamente assolto alle obbligazioni positive

¹⁴² *Sent. cit.* par. 101.

discendenti dall'articolo 3. Nella decisione si legge: «En un mot, nous sommes d'avis que les autorités ne se sont pas acquittées de leur obligation de protection de manière suffisante. Elles ont appliqué une approche trop “standardisée” en attendant de la part du requérant qu'il se plaigne à chaque fois qu'il subissait des mauvais traitements. La prise de conscience des caractéristiques propres à ce détenu aurait imposé un accompagnement particulier qui, en l'espèce, a fait largement défaut. C'est la raison pour laquelle nous estimons qu'il y a eu violation de l'article 3 de la Convention»¹⁴³. Sebbene i giudici non facciano espresso riferimento all'orientamento sessuale del ricorrente, è certo che fosse proprio quella la caratteristica a rendere il ricorrente particolarmente vulnerabile.

Eppure, sembrerebbe potersi ritenere che l'attuazione della tutela nei confronti degli individui LGBTI negli Stati non prettamente omofobi sia o meno effettiva è un problema di natura prettamente pratica e non certo di argomentazione giuridica. Quando siano in gioco episodi talmente gravi di violenza perpetrati dallo Stato e dalle sue articolazioni le ragioni fondative di tali aggressioni non incidono sulla configurazione di specifiche violazioni di diritti essenziali. Il divieto di tortura, quando rispettato, sarebbe idoneo a tutelare qualsiasi individuo anche quando le ragioni della tortura siano di stampo omofobico. Militano in questo senso i molteplici richiami degli organismi internazionali che fanno appello al rispetto delle norme internazionali che vietano la tortura e i trattamenti degradanti anche nei confronti delle minoranza sessuali, senza eccezioni al principio di universalità dei diritti umani¹⁴⁴.

Problema diverso è quello legato all'impossibilità di accesso alla protezione di quei soggetti che, a casua delle *sodomy laws*, si qualificano agli occhi dello Stato come criminali e per questo spesso soggetti a tortura, esecuzioni arbitrarie o detenzioni illegittime. In questo caso, il problema delle violazioni nasce dalla sussistenza delle norme di criminalizzazione e, quindi, va affrontato secondo quanto già accennato nei paragrafi precedenti.

5. La violenza dei privati

Sebbene la decriminalizzazione dell'omosessualità rappresenti un passo avanti nella tutela delle minoranze sessuali, resta da vedere se in questo modo si risponda a ogni esigenza di tutela dell'integrità fisica e psichica degli appartenenti alle suddette categorie o se, al contrario, esistano minacce esterne tali da richiedere ulteriori garanzie di protezione. Le violazioni di diritti

¹⁴³ *Sent. cit.* ultimo capoverso dell'opinione dissenziente.

¹⁴⁴ Cfr. Committee against Torture, «Concluding Observations of the Committee against Torture regarding Argentina,» UN Doc. CAT/C/CR/33/1 (10 dicembre 2004); Committee against Torture, «Concluding Observations of the Committee against Torture regarding Egypt,» UN Doc. CAT/C/CR/29/4 (23 dicembre 2002); Committee against Torture, «Concluding Observations of the Committee against Torture regarding Venezuela,» UN Doc. CAT/C/CR/29/2 (23 dicembre 2002); Commission on Human Rights, «Report of the Special Representative of the Secretary-General on human rights defenders,» UN Doc. E/CN.4/2006/95/Add. 1 (26 marzo 2006).

fondamentali come quello alla vita e alla sicurezza assumono diverse forme, anche particolarmente odiose, quando siano rivolte nei confronti delle minoranze sessuali. Proprio per questo motivo, ci si chiede cosa accada se il tentativo di repressione, anche violenta, della sessualità non convenzionale piuttosto che venire dallo Stato abbia come fonte diretta i privati o, più in generale, gli attori non statali. Che questo tipo di violenza esista, peraltro, è di tutta evidenza.

Episodi di violenza omofobica o transfobica sono stati registrati in tutte le regioni del mondo; si tratta di violenza fisica, come gli omicidi, i pestaggi, i rapimenti o gli stupri, e psicologica, che include anche le minacce e l'arbitraria privazione della libertà in ambienti familiari¹⁴⁵. La violenza nei confronti delle minoranze sessuali si caratterizza per la particolare grado di aggressività rispetto ad altri crimini d'odio. Ciò che muove il privato all'attacco diretto è il desiderio di punire chi viola le norme sociali e culturali di genere e che, per questo, è oggetto di un odio violento. Per tali ragioni, come evidenziato dall'OSCE (*Organization for Security and Cooperation in Europe*), questo tipo di aggressioni omofobiche e transfobiche si caratterizzano per un livello di brutalità e crudeltà molto elevato, tanto da giungere alla castrazione, alla mutilazione e alla tortura delle vittime¹⁴⁶. In Jamaica, un uomo è stato picchiato e lapidato fino alla morte da un gruppo di uomini dopo essere stato indicato dalla polizia (che peraltro aveva partecipato all'aggressione) quale omosessuale¹⁴⁷. Diverse sono, poi, le notizie circa le violenze sessuali nei confronti di donne omosessuali. Il Comitato sull'eliminazione delle discriminazioni nei confronti delle donne ha più volte espresso la propria preoccupazione per questo tipo di aggressioni di gruppo nei confronti delle donne omosessuali, bisessuali o transgender, spesso violentate per correggerne l'orientamento sessuale¹⁴⁸. Lo Special Rapporteur sulla violenza contro le donne proprio di recente ha notato che «lesbian women face an increased risk of becoming victims of violence, especially rape, because of widely held prejudices and myths, quali for instance, that lesbian women would change their sexual orientation if they are raped by a man»¹⁴⁹.

Oltre che di attacchi di *queer bashing*, così com'è definito l'attacco fisico violento nei confronti di gay, lesbiche e transgender, spesso gli individui LGBTI sono vittime di violenza all'interno del contesto familiare. Ben il 16% degli individui LGBT in Francia ha denunciato di

¹⁴⁵ Per un riferimento generale alla struttura degli hate crimes e dei riferimenti specifici ai crimini di omofobia e transfobia cfr. D. Altschiller, *Hate Crimes: A Reference Handbook* (Santa Barbara, California: ABC-CLIO, 2005).

¹⁴⁶ *Hate Crimes in the OSCE Region - Incidents and Responses. Annual report* (Varsavia: OSCE/ODIHR, 2010).

¹⁴⁷ Philip Alston Report of the Special Rapporteur on Extrajudicial summary or arbitrary executions, «Civil and Political Rights, Including the Question of Disappearances and Summary Executions,» E/CN.4/2005/7 Add.1, Economic and Social Council (2004) par. 371.

¹⁴⁸ Committee on the Elimination of Discrimination against Women, «Concluding observations on South Africa,» UN Doc. CEDAW/C/ZAF/CO/4 (2011) par. 39 e 40.

¹⁴⁹ The special rapporteur on violence against women Rashida Manjoo, «Report of the special rapporteur on violence against women,» UN Doc. A/HRC/14/22/Add.2 (2010) par. 37 e 38.

essere stati picchiati da membri omofobi della famiglia¹⁵⁰. Nella Repubblica Moldava, è diffusa la pratica da parte dei padri di picchiare i giovani transgender per “curarli” dalla deviazione¹⁵¹. A queste pratiche si aggiungono anche i c.d. *honour killing*, ovvero gli omicidi perpetrati dalle famiglie o dalle comunità di appartenenza al fine di eliminare la vergogna che il membro deviante della comunità o della famiglia ha prodotto con il proprio comportamento. In una delle interviste condotte da Human Rights Watch sulla condizione degli omosessuali in Iraq si legge: «My father is the head of the tribe, and he started spying on me and reading my text messages on my phone, and listening whenever was on the phone. He got more suspicious, and he beat me up. ... My brother told me, “If our father finds proof you are a pervert he will kill you immediately.” We are a tribal family: it is completely unacceptable»¹⁵².

Nonostante esistano diversi report, come quelli citati, redatti da Organizzazioni Internazionali e Organizzazioni Non-Governative, quantificare le dimensioni del fenomeno è particolarmente problematico, giacché solo pochi Stati possiedono un sistema di monitoraggio¹⁵³ e raccolta dei dati rispetto a questo tipo di aggressioni e ancora meno sono gli Stati che prevedono le corrispondenti fattispecie incriminatrici¹⁵⁴. Peraltro, anche laddove questo tipo di sistemi siano adottati, permane il rischio di *under-reporting*, poiché le vittime non si fidano degli agenti di polizia, temono le ritorsioni e le minacce alla propria vita privata, ovvero ancora perché sono riluttanti nell’identificarsi come appartenenti alla categoria LGBTI.

La violenza da parte dei privati nei confronti delle minoranze sessuali si manifesta in diverse forme, dall’aggressione fisica e psichica da parte dei membri della comunità o della famiglia, così come negli attacchi violenti di tipo verbale fatti in pubblico, atti a fomentare il clima d’odio e di violenza nei confronti delle suddette minoranze. Il problema che si pone rispetto a questi fenomeni, nell’ottica del progressivo superamento della distinzione *state/non-state* nell’ambito del diritto internazionale, è se l’obbligazione positiva di protezione degli individui LGBTI, dalla violenza perpetrata dai privati, si configuri come il generico dovere dello Stato di proteggere gli individui sottoposto alla propria giurisdizione dalle violazioni dei loro diritti fondamentali oppure se allo

¹⁵⁰ Council of Europe, *Discrimination on grounds of sexual orientation and gender identity in Europe*, 2nd Edition (Strasbourg: Council of Europe Publishing, 2011) pag. 56.

¹⁵¹ *Ibid.*

¹⁵² Human Rights Watch, «“They Want Us Exterminated”: Murder, Torture, Sexual Orientation and Gender in Iraq,» (2009) pag. 41. Aggiungere riferimenti della nota 31 pag 9 della A/HRC

¹⁵³ Negli Stati Uniti, ad esempio, una legge federale impone al Procuratore Generale di raccogliere i dati sui crimini motivati da ragioni d’odio nei confronti di determinati gruppi, tra i quali vi rientrano le donne e gli omosessuali. Il Regno Unito è stato l’unico Paese membro dell’Unione Europea a pubblicare i dati ufficiali sui procedimenti condotti al fine di perseguire i crimini d’odio nei confronti delle minoranze sessuali. Per un esame delle statistiche si riporta al report dell’Agenzia europea per i diritti fondamentali, «Homophobia and Discrimination on Grounds of Sexual Orientation in the EU Member States Part II – The Social Situation,» (2009) pag. 38.

¹⁵⁴ Lo studio del COE si sofferma a lungo sulle difficoltà nella comprensione dei dati sugli *hate crimes*. Infatti, si legge «There are several obstacles regarding data on hate crime against LGBT persons: first of all, the lack of a legal basis recognising sexual orientation and gender identity in hate crime legislation in a majority of member states. As the previous section described, only less than half of the member states have relevant criminal law provisions. Regarding gender identity, the lack of recognition of gender identity in hate crime legislation is even more worrisome.» in Council of Europe, *Discrimination on grounds of sexual orientation and gender identity in Europe*, 2nd Edition (Strasbourg: Council of Europe Publishing, 2011) pag. 60.

Stato si richieda di agire prospettando una tutela diversa e più intensa rispetto a quella offerta alle resto degli individui. In altri termini, ci si chiede se le peculiarità del fenomeno siano tali da rendere insufficiente l'estensione della tutela già disposta nei confronti degli individui appartenenti alla maggioranza eterosessuale e, quindi, tali da richiedere l'assolvimento di specifici obblighi di protezione caratterizzati diversamente al fine di fronteggiare in maniera appropriata il fenomeno.

Il problema verrà esaminato qui di seguito mantenendo la distinzione tra i due diversi tipi di aggressione, se fisica o verbale, giacché le ipotesi presentano problemi di inquadramento giuridico parzialmente diversi.

5.1 Hate crimes

La prima delle due ipotesi riguarda le aggressioni violente nei confronti degli appartenenti alle minoranze sessuali, che possono connotarsi secondo le diverse varianti dell'attacco fisico, coniugato eventualmente con quello psicologico e verbale.

Dal punto di vista formale, di norma, si tratta di condotte che ben possono integrare altrettante e corrispondenti fattispecie penali. Quali, ad esempio, l'omicidio, le lesioni, la violenza sessuale e così via. Eppure c'è qualcosa, un elemento che caratterizza tutte queste condotte, che in un certo senso le riunisce all'insegna di una peculiare connotazione psicologica del reo. È l'odio che muove l'agente, l'odio verso l'esponente della sessualità non convenzionale. La vittima, rea a sua volta di aver violato le norme di genere, va punita, se necessario fino a spingersi all'attacco violento. «In questo modo, l'omicidio di una persona omosessuale o transessuale non è un semplice omicidio; l'atto di bullismo nei confronti di una giovane lesbica non può ridursi alle lesioni personali, gravi o gravissime che siano, e il pestaggio di un gay non corrisponde al semplice pestaggio di un ragazzo»¹⁵⁵. Proprio per questa ragione, queste ipotesi vengono sinteticamente definite *hate crimes* (crimini d'odio) e seguono una struttura particolare. In primo luogo, l'autore di norma ritiene sostanzialmente giustificato il proprio comportamento, giacché ritiene di eliminare, di colpire qualcosa che danneggia la società. Spesso, quindi, è l'espressione concreta di un clima di omofobia istituzionalizzata.

In secondo luogo, la maggior parte degli *hate crimes* nei confronti delle minoranze sessuali rimangono sostanzialmente impuniti. Infatti, nei Paesi in cui la sessualità non convenzionale è considerata in sé una condotta penalmente rilevante, non vi è possibilità che la vittima possa denunciare la violenza, giacché significherebbe ammettere di essere comunque colpevoli di un reato. In altri casi, anche laddove non vi siano in vigore le *sodomy laws*, il clima di omofobia può

¹⁵⁵ M.M. Winkler e G. Strazio, *L'abominevole diritto. Gay e lesbiche, giudici e legislatori* (Milano: Il Saggiatore, 2011) pag. 108.

essere tanto esacerbato da indurre il singolo a interiorizzare l'omofobia e a ritenere giustificata l'aggressione o, comunque, a non considerarsi come vittima vera e propria. Altre volte ancora, semplicemente gli individui LGBTI preferiscono non rilevare la propria identità sessuale, con l'acquiescenza delle forze dell'ordine, spesso direttamente temute.

Il problema principale per i legislatori nazionali riguarda l'opportunità di introdurre una fattispecie autonoma del crimine d'odio o di predisporre eventualmente un'aggravante che ottenga il medesimo effetto deterrente. Da un punto di vista sovranazionale, si tratta invece di valutare se lo stesso legislatore nazionale sia obbligato o meno alla tutela specifica di tali posizioni.

Quanto al primo punto, il panorama comparato ci rivela che nei ridottissimi casi in cui lo Stato decide di affrontare il problema degli *hate crimes* di norma segue la strada dell'aggravante¹⁵⁶, che dovrebbe assolvere il fine di deterrenza omofoba¹⁵⁷. Il limite fondamentale dell'aggravante, in termini di efficacia dell'intervento normativo, è però legato alla struttura del reato base cui accedono. Di norma, infatti, i crimini d'odio rientrano tra quei reati contro la persona che non sempre sono perseguibili d'ufficio. Questo significa che, quando il reato base pone la querela come condizione di procedibilità, allora la misura perde di efficacia, giacché spesso gli individui LGBTI sono restii a esporsi dando corso all'atto propulsivo del procedimento penale.

Da un punto di vista regionale, particolarmente attivo nella condanna di questo tipo di aggressioni è stato il Parlamento Europeo, che – fin dai primi anni novanta¹⁵⁸ – si è espresso per invitare gli Stati a reprimere questo tipo di crimini. Più di recente, il 24 maggio 2012, è stata approvata a larga maggioranza una risoluzione sulla lotta all'omofobia in Europa, che – prendendo le mosse dai valori fondativi dell'Unione Europea¹⁵⁹ – condanna fermamente tutte le manifestazioni istituzionalizzate di omofobia, dalla repressione della libertà di espressione al mancato intervento nel caso di perpetrazione dei crimini d'odio. La risoluzione, che per certi versi riprende quanto già affermato in altri testi normativi, ripropone l'articolata definizione di omofobia che, in maniera del tutto innovativa, era stata già proposta nella Risoluzione del 18 gennaio 2006 sull'omofobia in Europa. In tale atto, si definiva la natura psicologica del fenomeno omofobo a livello individuale, affermando che: «l'omofobia consiste nella paura e nell'avversione irrazionali provate nei confronti dell'omosessualità femminile e maschile e di lesbiche, gay, bisessuali e transgender (LGBT) sulla

¹⁵⁶ Per una completa disamina sull'opportunità di inserire un'aggravante anche nell'ordinamento italiano, cfr. M.M. Winkler e G. Strazio, *L'abominevole diritto. Gay e lesbiche, giudici e legislatori* (Milano: Il Saggiatore, 2011) pag. 113 e ss.

¹⁵⁷ Questo è quanto accade per esempio in Francia, laddove il massimo edittale della pena per l'omicidio – ex art. 132-77 del codice penale – è elevata da trent'anni all'ergastolo nel caso in cui il movente dell'autore sia l'omofobia (v. Legge n.2003-239 del 18 marzo del 2003). Lo stesso tipo di aggravante era stato introdotto già dal 1995 dal legislatore canadese (Bill C-41), secondo cui «the bill allows harsher sentences for crimes motivated by hate towards a victim's race, religion, language, color, gender, age, mental or physical disability or sexual orientation».

¹⁵⁸ European Parliament, «Resolution on Equal Rights for Homosexuals and Lesbians in the European Community,» Resolution n. A3-0028/94 (8 febbraio 1994).

¹⁵⁹ «il rispetto della dignità umana, della libertà, della democrazia, dell'uguaglianza, dello Stato di diritto e del rispetto dei diritti umani, compresi i diritti delle persone appartenenti a minoranze, e che essa afferma e promuove tali valori nelle sue relazioni con il resto del mondo» inserire riferimento risoluzione.

base di pregiudizi, ed è assimilabile al razzismo, alla xenofobia, all'antisemitismo e al sessismo». Ne veniva, poi, descritta l'articolazione a livello comportamentale, ritenendo che la stessa «si manifesta nella sfera pubblica e privata sotto diverse forme, tra cui incitamento all'odio e istigazione alla discriminazione, scherno e violenza verbale, psicologica e fisica, persecuzioni e uccisioni, discriminazioni a violazione del principio di uguaglianza e limitazione ingiustificata e irragionevole dei diritti». E, infine, veniva fornita una spiegazione politico-legislativa delle principali giustificazioni delle discriminazioni perché essa: «spesso si cela dietro motivazioni fondate sull'ordine pubblico, sulla libertà religiosa e sul diritto all'obiezione di coscienza». Tale definizione è una delle descrizioni più autorevoli del fenomeno omofobo, giacché non esiste alcuna definizione condivisa di omofobia dal punto di vista clinico e giuridico¹⁶⁰.

Il Parlamento, oltre che censurare specificamente le normative omofobe nazionali limitanti la libertà di espressione e manifestazione, ha invitato gli Stati a predisporre una normativa specifica o l'applicazione effettiva delle disposizioni, ove esistenti, per garantire ai cittadini una protezione dalle aggressioni, fisiche e verbali, di stampo omofobo. Tanto che, nell'ambito del dialogo interistituzionale, ha richiesto alla Commissione di rivedere la Decisione quadro sul razzismo e la xenofobia così da ricomprendervi anche i crimini d'odio perpetrati in ragione dell'orientamento sessuale, dell'identità di genere e dell'espressione di genere¹⁶¹.

L'autorevole invito del Parlamento ha, peraltro, indotto la Commissione a presentare una proposta di Direttiva sull'introduzione di standard minimi di protezione delle vittime di reato che ricomprende anche il riferimento alle vittime dei crimi d'odio di stampo omofobo. Tale proposta è stata approvata il 12 settembre 2012 dal Parlamento e dal Consiglio e impone agli Stati di adottare entro tre anni una normativa adeguata che garantisca «le vittime di reato dovrebbero essere riconosciute e trattate in maniera rispettosa, sensibile e professionale, senza discriminazioni di sorta fondate su motivi quali razza, colore della pelle, origine etnica o sociale, caratteristiche genetiche, lingua, religione o convinzioni personali, opinioni politiche o di qualsiasi altra natura, appartenenza a una minoranza nazionale, patrimonio, nascita, disabilità, età, genere, espressione di genere, identità di genere, orientamento sessuale, status in materia di soggiorno o salute. In tutti i contatti con un'autorità competente operante nell'ambito di un procedimento penale e con qualsiasi servizio che entri in contatto con le vittime, quali i servizi di assistenza alle vittime o di giustizia riparativa, si dovrebbe tenere conto della situazione personale delle vittime e delle loro necessità immediate,

¹⁶⁰ lo stesso Consiglio per i Diritti Umani delle Nazioni Unite, ha richiesto la formazione di una commissione di studio che documenti le norme discriminatorie e le pratiche e gli atti di violenza fondate sull'orientamento sessuale e l'identità di genere senza però fornire alcuna definizione generale dell'omofobia.¹⁰

¹⁶¹ Gli organi dell'Unione sono stati i primi a recepire a livello internazionale, all'interno di uno strumento giuridico vincolante, la definizione di espressione di genere. Tale categoria ricomprende tutte quelle espressioni dell'identità di genere che non rientrano nelle classiche ipotesi di travestitismo, transgenderismo e transessualità.

dell'età, del genere, di eventuali disabilità e della maturità delle vittime di reato, rispettandone pienamente l'integrità fisica, psichica e morale. Le vittime di reato dovrebbero essere protette dalla vittimizzazione secondaria e ripetuta, dall'intimidazione e dalle ritorsioni, dovrebbero ricevere adeguata assistenza per facilitarne il recupero e dovrebbe essere garantito loro un adeguato accesso alla giustizia»¹⁶².

Dall'esame dei testi citati emerge che l'Unione non impone ancora agli Stati membri di adottare specifiche norme che sanzionino gli *hate crimes*, ma indubbiamente richiede che gli stessi adottino delle misure di contrasto, che ben possono pertanto limitarsi all'introduzione di circostanze aggravanti o, comunque, alla predisposizione di strumenti che rendano effettiva la tutela della vittima dei crimini d'odio di stampo omofobo.

In seno al Consiglio d'Europa, in assenza di decisioni della Corte che affrontino il tema, è stato piuttosto il Comitato dei Ministri a esprimersi nel senso della necessità da parte degli Stati membri di agire al fine di ridimensionare il problema della violenza omofobica e transfobica. Nel 2010, il Comitato ha adottato una Raccomandazione rivolta ai 47 Stati membri sulle misure da adottare al fine di combattere la discriminazione basata sull'orientamento sessuale e l'identità di genere in relazione al generale contesto dei diritti delle persone LGBTI¹⁶³. La Raccomandazione ricopre un intero ventaglio di ipotesi di discriminazione con riferimento ai più svariati diritti: dal diritto alla vita e alla sicurezza alla tutela della libertà di espressione. All'interno di questo ampio ventaglio vi rientra indubbiamente la tutela nei confronti della violenza omofobica cui questi individui sono stati soggetti per secoli, come ricorda il Comitato nel Preambolo, senza che nei loro confronti venisse approntata alcuna tutela.

In questo senso, agli Stati è stata richiesta una reazione ferma contro la violenza fisica e psicologica attuata, sia all'interno che all'esterno degli ambienti familiari, nei confronti di questa particolare categoria di soggetti¹⁶⁴. In particolare, agli Stati era diretto l'invito a «ensure that victims of discrimination are aware of and have access to effective legal remedies before a national authority, and that measures to combat discrimination include, where appropriate, sanctions for infringements and the provision of adequate reparation for victims of discrimination»¹⁶⁵.

¹⁶² «Posizione del Parlamento europeo definita in prima lettura il 12 settembre 2012 in vista dell'adozione della direttiva 2012/.../UE del Parlamento europeo e del Consiglio che istituisce norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato e che sostituisce la decisione quadro 2001/220/GAI.» P7_TC1-COD(2011)0129 (2012) par. 9.

¹⁶³ The Committee of Ministers of Council of Europe, «Recommendation to member states on measures to combat discrimination on grounds of sexual orientation or gender identity,» CM/Rec(2010)5 (31 marzo 2010).

¹⁶⁴ Sempre nel Preambolo il Comitato riconosce espressamente la necessità di affrontare il problema delle forme di discriminazione provenienti dai privati. Infatti, si legge: «Recognising that non-discriminatory treatment by state actors, as well as, where appropriate, positive state measures for protection against discriminatory treatment, including by non-state actors, are fundamental components of the international system protecting human rights and fundamental freedoms...» *Ibid.*

¹⁶⁵ *Ibid.* par. 3. Peraltro, l'intervento che si chiede agli Stati deve essere inserito all'interno di una strategia d'azione di tipo omnicomprensivo «including long-term education and awareness-raising programmes, aimed at tackling discriminatory or biased attitudes and behaviour within the general public and correcting prejudices and stereotypes (with, for example, clear political messages aimed at the general public, including media professionals).» vedi il Memorandum Esplicativo allegato alla Raccomandazione (CM/Rec [2010] 5E).

Eppure, nonostante non si registrino decisioni della Corte EDU sull'argomento, è possibile ipotizzare che possa intervenire una qualche condanna per l'assolvimento di ipotetici obblighi di criminalizzazione, che la Corte potrebbe ritenere sussistenti in via interpretativa.

È noto, infatti, che la nozione di "vita privata", così come interpretata dai giudici di Strasburgo, include l'integrità psicofisica dell'individuo, tanto che le lesioni alla stessa di fatto ne integrano una interferenza illegittima, anche quando perpetrate da soggetti privati¹⁶⁶. Da ciò ne deriva un obbligo positivo nei confronti degli Stati membri di protezione dell'integrità fisica della persona quando la stessa sia lesa da altri individui. Nonostante non possa parlarsi un generale obbligo di prevenzione¹⁶⁷, la Corte ha ritenuto che rispetto ad alcune condotte particolarmente gravi, in termini di potenzialità lesiva dell'integrità psicofisica e di particolare vulnerabilità delle vittime, gravi sugli Stati un obbligo di criminalizzazione, giacché in alcuni casi solo la sanzione penale è in grado di assicurare una tutela adeguata. A tale obbligo corrisponde peraltro quello procedurale di compiere indagini effettive senza discriminazioni di alcun tipo in relazione allo *status* della vittima¹⁶⁸. Sulla base di questi principi elaborati nel corso del tempo in relazione ad ipotesi di violenza sessuale, di recente la Corte ha esteso l'applicazione della teoria degli obblighi positivi di protezione dell'integrità psicofisica alla materia della violenza domestica¹⁶⁹. La Corte, in particolare, ha ritenuto che alla autorità statuali spetti il dovere di proteggere le persone più vulnerabili dal rischio di aggressione perpetrata dai privati, perseguendo penalmente le condotte criminose a prescindere dal fatto che tali soggetti vulnerabili ritirino in un momento successivo le proprie denunce, proprio perché di norma si tratta di un atteggiamento tipico del soggetto debole che teme e continua a temere l'aggressore.

Quindi, in ragione del presupposto evolutivo delle giurisprudenza CEDU, del continuo innalzamento degli standard di tutela e della tendenza della stessa Corte ad estendere la teoria degli obblighi positivi di protezione¹⁷⁰ nei confronti di soggetti che più di altri ne abbiano bisogno, allora, si potrebbe ipotizzare che nei confronti di quei Paesi che non prevedono né aggravanti né specifiche ipotesi di criminalizzazione per gli *hate crimes* di stampo omofobico possa nel futuro intervenire una qualche condanna da parte della Corte.

Quanto al contesto sovranazionale di stampo universale, la precedente Commissione sui Diritti Umani ha adottato con cadenza annuale, dal 2000 al 2005, delle risoluzioni sulle esecuzioni extragiudiziali, affermando espressamente la sussistenza di un obbligo in capo agli Stati di «protect

¹⁶⁶ Tale principio è stato affermato dalla Corte inizialmente con riferimento ad un'ipotesi di violenza sessuale nel celebre caso *X and Y v. the Netherlands*, n. 8978/80 (ECtHR, 26 marzo 1985).

¹⁶⁷ Cfr. *Osman v. The United Kingdom*, 23452/94 (ECtHR, 28 ottobre 1998).

¹⁶⁸ Cfr. *K.U. v. Finland*, 2872/02 (ECtHR, 2 dicembre 2008).

¹⁶⁹ *Opuz v. Turkey*, n. 33401/02 (ECtHR, 9 giugno 2009).

¹⁷⁰ *Jankovic v. Croatia*, n. 38478/05 (ECtHR, 5 marzo 2009).

the inherent right to life of all persons under their jurisdiction» e richiedendo agli stessi di procedere prontamente ad indagini approfondite in «all cases of killings including those... committed for any discriminatory reason, including sexual orientation»¹⁷¹.

Il Comitato per i Diritti Umani, tuttavia, ha espresso in diverse occasioni la propria preoccupazione per l'elevato numero di aggressioni e omicidi perpetrati in ragione dell'orientamento sessuale o dell'identità di genere e per il ridottissimo numero di indagini e procedimenti penali diretti alla persecuzione di tali atti illegali¹⁷².

Il motivo per cui la semplice affermazione della sussistenza di un obbligo di protezione potrebbe ritenersi essere insufficiente è legato proprio alla particolare struttura degli *hate crimes* e all'effetto che gli stessi generano sugli individui LGBTI. In accordo a quanto rilevato dai più recenti rapporti delle Organizzazioni Internazionali, le persone appartenenti alle minoranze sessuali sono particolarmente a rischio¹⁷³. Il risultato di tali diffuse violazioni dei diritti all'integrità psicofisica delle minoranze sessuali se per certi versi è meno evidente¹⁷⁴ e tangibile, per altri, è molto sistemico, radicale e di vasta portata nelle conseguenze. Si fa riferimento a quello stato di costante paura in cui molte persone di diverso orientamento sessuale o identità di genere si trovano a vivere. I crimini d'odio, infatti, generano delle conseguenze che trascendono dal rapporto aggressore vittima, per trasferirsi sull'intera categoria di appartenenti alla minoranza, che si sente psicologicamente ancora più indifesa e non protetta dalla legge¹⁷⁵. In considerazione del fatto che soltanto di recente le Istituzioni sovranazionali hanno iniziato a richiamare l'attenzione degli Stati sul fenomeno e a richiederne un intervento, bisognerà valutare se gli interventi nelle forme di

¹⁷¹ Il riferimento alla 'Gender identity' era stato ricompreso nel draft della risoluzione nel 2005, ricevendo peraltro un discreto apprezzamento, poichè si trattava della prima volta che in un consesso delle Nazioni Unite veniva usato un linguaggio che espressamente proteggesse i diritti dei transgender. Tuttavia, il riferimento fu espunto dal testo da parte degli Stati sponsor prima che il testo venisse sottoposto alla votazione, al fine di assicurare l'adozione.

¹⁷² Il Comitato ha sottolineato diversi aspetti; ad esempio, che «violent crime perpetrated against persons of minority sexual orientation, including by law enforcement officials [and] the failure to address such crime in the legislation on hate crime», che «[t]he State party should provide appropriate training to law enforcement and judicial officials in order to sensitive them to the rights of sexual minorities» e ancora ha espresso preoccupazione per «the incidents of people being attacked, or even killed, on account of their sexual orientation (art.9), at the small number of investigations mounted into such illegal acts». Cfr. rispettivamente Human Rights Committee, «Concluding Observations of the Human Rights Committee regarding the United States of America,» UN Doc. CCPR/C/USA/CO/3/Rev. 1 (18 dicembre 2006) par. 25; Human Rights Committee, «Concluding Observations of the Human Rights Committee regarding Poland,» UN Doc. CCPR/CO/82/POL (2 dicembre 2004) par. 82; Human Rights Committee, «Concluding Observations of the Human Rights Committee regarding El Salvador,» UN Doc. CCPR/CO/78/SLV (22 luglio 2003) par. 16.

¹⁷³ «Defenders [of the rights of lesbian, gay, bisexual, transgender and inter- sex persons (LGBTI)] have been threatened, had their houses and offices raided, they have been attacked, tortured, sexually abused, tormented by regular death threats and even killed. ...In numerous cases from all regions, police or government officials are the alleged perpetrators of violence and threats against defenders of LGBTI rights. In several of these cases, the authorities have prohibited demonstrations, conferences and meetings, denied registration of organisations working for LGBTI rights and police officers have, allegedly, beaten up or even sexually abused these defenders of LGBTI rights.» in Human Rights Council, «Report of the Special Representative of the Secretary-General on human rights defenders,» UN Doc. A/HRC/4/37 (24 gennaio 2007) paragrafi 93 – 97.

¹⁷⁴ L'Alto Commissario per i Diritti Umani ha sottolineato lo *shameful silence* che circonda queste violazioni e il fatto che «violence against LGBT persons is frequently unreported, undocumented and goes ultimately unpunished», anche perchè «a number of States do not acknowledge that human rights violations based on sexual orientation or gender identity constitute legitimate areas of human rights concern». Cfr. «Presentation of the United Nations High Commissioner for Human Rights Ms Louise Arbour to the International Conference on Lesbian, Gay, Bisexual and Transgender Rights, Montreal,» (26 luglio 2006).

¹⁷⁵ Di norma la vittima di un crimine d'odio ha bisogno di molto più tempo per superare il trauma di quello che è necessario alla vittima della corrispondente aggressione semplice. Si ritiene che «le esperienze omofobiche spesso avvengono in un contesto socio-culturale indifferente o addirittura collusivo (cioè caratterizzato da una tolleranza strisciante, quasi connivente ma non esplicitata), e su chi rimane vittima hanno un impatto affettivo molto forte che trascende l'evento in sé» in V. Lingiardi, *Citizen gay. Famiglie, diritti negati e salute mentale* (Milano: il Saggiatore, 2007) pag. 80.

estensione di tutela o di previsione di aggravanti siano sufficienti a fronteggiare il problema, oppure se – provatane l'insufficienza – le stesse istituzioni non si dirigano nel senso di pretendere un'espressa criminalizzazione degli *hate crimes* di stampo omofobico o transfobico.

5.2 Hate speech

Una delle più diffuse forme di manifestazione dell'intolleranza nei confronti delle minoranze sessuali è sicuramente quella dell'aggressione verbale. Non solo gli attacchi violenti nei confronti degli individui LGBTI sono di norma accompagnati dall'espressione verbale dell'odio, ma molto spesso le sole aggressioni verbali, i c.d. discorsi d'odio, giungono dai rappresentanti delle istituzioni o comunque da coloro che per la loro visibilità sono in grado di diffondere messaggi di incitamento alla violenza omofoba su larga scala.

Ad esempio, con riguardo ai numerosi tentativi di organizzazione della marcia per il Gay Pride in Russia, un esponente del governo regionale si è pronunciato affermando: «Tolerance?! Like Hell! Faggots should be torn apart. And their pieces should be thrown in the wind». Nel 2009, nel corso della conferenza stampa tenuta dagli organizzatori del Gay Pride in Serbia, dei contestatori urlavano: “*Faggots, we will kill you*”. In Bosnia, è stato inserito su YouTube un video nel corso del quale veniva inviata una diretta minaccia di morte nei confronti di uno degli organizzatori del Queer Sarajevo Festival del 2008 attraverso una raffigurazione del suo corpo decapitato. Il 6 giugno 2012, un quotidiano bulgaro ha riportato quando affermato da padre Yanakiev che, opponendosi alla marcia del Gay Pride a Sofia, affermava: «Our whole society must, in every possible way, oppose the gay parade that is being planned. For this reason, today I appeal to all those who consider themselves Christians and Bulgarians. Throwing stones at gays is an appropriate way».

In una risoluzione del Parlamento europeo si afferma che «l'omofobia si manifesta nella sfera pubblica e in quella privata sotto forme diverse, come le dichiarazioni inneggianti all'odio e l'istigazione alla discriminazione, la ridicolizzazione, la violenza verbale, psicologica e fisica così come la persecuzione e l'omicidio, la discriminazione in violazione del principio di parità, nonché le limitazioni ingiustificate e irragionevoli dei diritti, spesso nascoste dietro motivazioni di ordine pubblico e libertà religiosa»¹⁷⁶. Ogni manifestazione d'odio, soprattutto quando avvenga nella sfera pubblica, incrementa il clima d'odio e rafforza i propositi violenti di quanti si sentono così legittimati a esprimere fisicamente la propria intolleranza. Lungi dal limitarsi al rapporto tra aggressore e vittima, infatti, i crimini d'odio fanno sì che l'intera comunità si senta vittimizzata,

¹⁷⁶ European Parliament, «Resolution on homophobia in europe,» P6_TA(2006)0018 (18 gennaio 2006) considerando B.

vulnerabile, indifesa, isolata e non protetta dalla legge. Invero, il diffondersi dei reati motivati da odio omofobico e l'impunità che spesso ne segue – la cui costante *escalation* è provata dalle statistiche delle organizzazioni che si occupano di discriminazione – alimentano il senso di paura di tutti gli individui appartenenti alla categoria, che finiscono così per diventare socialmente e psicologicamente vulnerabili.

Seppure non esista una definizione universalmente condivisa di *hate speech*, il riferimento a questo tipo di aggressioni si ritrova in gran parte degli strumenti giuridici di tutela dei diritti fondamentali¹⁷⁷, che unanimemente ed espressamente impongono agli Stati l'obbligo di perseguire i discorsi d'odio basati sulla razza, religione e nazionalità. Per esempio, l'ICCPR all'articolo 20 prevede che «any advocacy of national, racial or religious hatred that constitutes incitement to discrimination, hostility or violence shall be prohibited by law». L'articolo 13, paragrafo della Convenzione Americana per i Diritti dell'Uomo contiene il divieto più esteso, statuendo che «any...advocacy of national, racial, or religious hatred that constitute incitements to lawless violence or to any other similar illegal action against any person or group of persons on any grounds including those of race, color, religion, language, or national origin shall be considered as offenses punishable by law». Il fatto che la norma preveda l'espressione “*on any grounds including*” sembrerebbe poi fornire una base per estendere la protezione dai discorsi d'odio anche quando motivati da odio di genere, di orientamento sessuale e di identità di genere, anche se non espressamente menzionati. Ciononostante, ad oggi, nè la Commissione Interamericana nè la Corte Interamericana ha avuto l'occasione di esprimersi su questo punto.

¹⁷⁷ Il panorama comparato offre diversi esempi di ordinamenti che presentano specifiche fattispecie penali per la repressione dei discorsi d'odio, tra questi Danimarca, Irlanda, Norvegia, e Olanda. In Irlanda l' Irish Prohibition of Incitement to Hatred Act 1989 definisce una “criminal offence to incite hatred on the basis of sexual orientation”. Allo stesso modo, l'articolo 266(b) del codice penale danese sanziona “to utter publicly or deliberately, for the dissemination in a wider circle, a statement or another remark, by which a group of people are threatened, derided or humiliated on account of their...sexual orientation”. Nel 1981, la Norvegia modificò il codice penale inserendo una fattispecie di “grossly insulting statements about people because of their homosexual disposition, lifestyle or orientation”. Nel corso dell'approvazione della norma, il Ministro della Giustizia affermò che: «Homosexuals are a vulnerable group. Surveys have shown that considered as a group, homosexuals are liable to suffer as a result of collisions with society's norms and values. One way of compensating for this is to make a stand in legal terms against the humiliation of homosexuals. Such a stand, in the form of criminal law provisions, will protect the integrity of individual homosexuals». La norma fu applicata la prima volta nel 1983, quando un prete rivolse pesanti attacchi alla comunità omosessuale e fu condannato dalla Corte Suprema Norvegese. In Italia non esiste una specifica fattispecie eppure se ne potrebbe derivare l'esistenza in via interpretativa sollecitando un'intervento della Corte Costituzionale. La fattispecie prevista e punita dalla Legge del 13 ottobre 1975 n. 654 di ratifica ed esecuzione della Convenzione internazionale sull'eliminazione di tutte le forme di discriminazione razziale, aperta alla firma a New York il 7 marzo 1966. Le disposizioni normative richiamate (poi integrate dalla c.d. Legge Mancino 205/1993), dirette a reprimere le manifestazioni d'odio nei confronti di una specifica categoria di cittadini, puniscono *chi, in qualsiasi modo, incita a commettere o commette violenza o atti di provocazione alla violenza per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi e chi diffonde in qualsiasi modo idee fondate sulla superiorità o sull'odio razziale o etnico ovvero incita a commettere o commette atti di discriminazione per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi*. È evidente che la norma debba essere interpretata nel senso di potersi esse stendere a qualsiasi caratteristica personale che possa essere posta a base di un atteggiamento discriminatorio. L'assenza di un chiaro riferimento all'orientamento sessuale, tuttavia ben rinvenibile in via interpretativa, è facilmente giustificato dal contesto storico politico durante il quale queste norme penali sono state adottate. Nel Preambolo della predetta Convenzione si legge che *qualsiasi dottrina di superiorità fondata sulla distinzione tra le razze è falsa scientificamente, condannabile moralmente ed ingiusta e pericolosa socialmente, e che nulla potrebbe giustificare la discriminazione razziale, nonché che tutti gli esseri umani nascono liberi ed uguali per dignità e diritti*. Ed è in questo senso che gli Stati firmatari, *convinti che l'esistenza di barriere razziali è incompatibile con gli ideali di ogni società umana*, si sono a suo tempo impegnati a condannare *ogni propaganda ed ogni organizzazione che s'ispiri a concetti ed a teorie basate sulla superiorità di una razza o di un gruppo di individui di un certo colore o di una certa origine etnica, o che pretendano di giustificare o di incoraggiare ogni forma di odio e di discriminazione razziale, e si impegnano ad adottare immediatamente misure efficaci per eliminare ogni incitamento ad una tale discriminazione od ogni atto discriminatorio*. Tanto premesso, sulla base di una complessiva valutazione dell'attuale panorama giuridico internazionale e in base alle norme sull'interpretazione dei Trattati internazionali, può ritenersi possibile estendere *tout court* le prescrizioni della c.d. Legge Mancino all'ipotesi in cui la propaganda discriminatoria si fondi sull'orientamento sessuale, così come l'identità di genere, di una determinata categoria di cittadini.

Diverso è il discorso per quanto riguarda gli atti del Comitato dei Ministri in seno al COE. Sebbene la raccomandazione espressamente diretta alla repressione dei discorsi d'odio¹⁷⁸ non faccia mai diretti riferimenti ai discorsi d'odio di stampo omofobico, lasciando comunque sempre uno spazio aperto a qualsiasi tipo di odio verso delle generiche minoranze, nel preambolo della Raccomandazione per la lotta all'omofobia è precisato che «neither cultural, traditional nor religious values, nor the rules of a “dominant culture” can be invoked to justify hate speech or any other form of discrimination, including on grounds of sexual orientation or gender identity»¹⁷⁹.

Si può affermare quindi come vi sia una sostanziale uniformità nella condanna da parte degli organi internazionali dei discorsi d'odio. Sembra altrettanto pacifico poterne derivare in via di interpretazione estensiva un obbligo per gli Stati di agire per la repressione, anche in termini di sanzioni penali, di tali condotte di incitamento all'odio nei confronti delle minoranze sessuali.

Il problema principale, nonchè uno dei più dibattuti, è un altro e consiste nel bilanciamento con un altri dei diritti fondamentali garantiti all'individuo, ovvero la libertà di espressione. L'unico esempio di bilanciamento di tal sorta operato da un organo giurisdizionale internazionale è un recente caso affrontato dalla Corte EDU, laddove però al vaglio di legittimità della Corte veniva sottoposto il comportamento dello Stato convenuto che aveva, invece, punito dei soggetti per un fatto riconducibile alla categoria degli *hate speech*.

Infatti, con la decisione in esame, la Corte si è pronunciata sulla legittimità della condanna dei ricorrenti per il reato di istigazione all'odio e alla violenza nei confronti degli omosessuali, ritenuta incompatibile con il rispetto della libertà di espressione sancita dalla Convenzione.

I ricorrenti avevano distribuito in un liceo, lasciandoli all'interno degli armadietti degli alunni, un centinaio di volantini di un'associazione chiamata “*National Youth*”. Tra le altre cose, nei volantini si faceva riferimento al fatto che l'omosessualità non solo fosse l'origine della diffusione di malattie come l'HIV, ma che fosse anche prodromica alla pedofilia. Queste valutazioni giustificavano l'attacco agli insegnanti delle scuole svedesi, che invece di professare la tolleranza, avrebbero dovuto ammonire i ragazzi dai rischi delle devianze sessuali e del loro effetto moralmente distruttivo. A parere del *Tingsrätten* di *Bollnäs* la condotta dei ricorrenti avrebbe integrato il reato previsto dall'articolo 8 del codice penale svedese, che punisce il comportamento di chi – attraverso dichiarazioni divulgative o comunicazioni – minaccia o esprime disprezzo nei confronti di determinati gruppi di persone con riferimento alla razza, al colore, alla nazionalità,

¹⁷⁸ Committee of Ministers Council of Europe, «Recommendation to Member State on "Hate Speech",» Recommendation No. R (97) 20 (30 ottobre 1997). Nella Raccomandazione si trova la seguente definizione di hate speech «all forms of expression which spread, incite, promote or justify racial hatred, xenophobia, antisemitism or other forms of hatred based on intolerance, including: intolerance expressed by aggressive nationalism and ethnocentrism, discrimination and hostility against minorities, migrants and people of immigrant origin.», da cui si deriva il riferimento ampio a diverse categorie di soggetti che devono essere tutelati da questo tipo di aggressioni verbali.

¹⁷⁹ The Committee of Ministers of Council of Europe, «Recommendation to member states on measures to combat discrimination on grounds of sexual orientation or gender identity,» CM/Rec(2010)5 (31 marzo 2010).

all'etnia, all'orientamento religioso o all'orientamento sessuale. I ricorrenti, condannati in primo grado alla pena di due mesi di detenzione e al pagamento di una multa, avevano però impugnato la decisione del Tribunale, ritenendo che la condanna violasse la loro libertà di espressione. L'Hovrätten di Norrland aveva ritenuto di accogliere l'appello sulla base di un famoso precedente. Infatti, nel caso NJA, la Corte Suprema svedese – nell'assolvere un pastore che durante il proprio sermone si era espresso in maniera dispregiativa contro gli omosessuali – aveva specificato come il termine “disprezzo” dovesse essere interpretato restrittivamente affinché la norma penale non si ponesse in contrasto con l'articolo 10 della Convenzione. Ciononostante, la Corte Suprema aveva confermato la condanna di primo grado, ritenendo che – considerate le circostanze del caso concreto e il tenore delle affermazioni contenute nei volantini – la condotta dei ricorrenti avesse chiaramente istigato all'odio nei confronti di un particolare gruppo, in conformità al concetto di “disprezzo” previsto dalla norma di riferimento.

In ultima istanza, i ricorrenti si sono rivolti alla Corte EDU, lamentando l'ingiustificata interferenza delle autorità svedesi nell'esercizio della propria libertà di espressione. In particolare, asserendo che i volantini non avevano alcun intento dispregiativo, quanto piuttosto avrebbero dovuto fungere da pretesto per instaurare un dibattito costruttivo tra alunni e professori. I destinatari dei volantini erano, peraltro, ragazzi tra i sedici e i diciannove anni, quindi pienamente in grado di comprenderne il contenuto e valutarlo in maniera critica.

In risposta, lo Stato convenuto senza negare l'interferenza ne aveva, però, sostenuto la legittimità. Richiamando la giurisprudenza della Corte, aveva rilevato che i confini della tutela della libertà d'espressione sono molto più ampi quando l'oggetto dell'interferenza siano esternazioni rivolte a esprimere disapprovazione nei confronti di personaggi pubblici piuttosto che di privati cittadini. Inoltre, aveva evidenziato come la possibilità di interferenza delle autorità governative sarebbero state in questo caso più ampie, giacché non si trattava di ostacolare la libertà di espressione nell'agone politico, ma di volantini distribuiti in un una scuola, ovvero un ambiente relativamente estraneo al dibattito degli attori politici. Tale valutazione trovava la sua ragione giustificativa nel fatto che la Corte tende a valorizzare la funzione “democratica” della libertà di espressione, intesa come libertà di critica politica rispetto a questioni di interesse generale.

Come di consueto, la Corte al fine di valutare la legittimità dell'interferenza ha applicato i criteri tassativi e di stretta interpretazione forniti dal secondo comma dell'articolo 10 della Convenzione. La norma, che associa all'esercizio della libertà di espressione particolari doveri e responsabilità, precisa che le restrizioni legittime devono essere disposte in conformità alle prescrizioni di legge e soltanto quando ritenute necessarie in una società democratica al fine di proteggere, tra le altre cose, la reputazione e i diritti altrui.

Che la restrizione fosse prevista da una legge – segnatamente il codice penale – e che perseguisse un fine legittimo ai sensi della Convenzione – la tutela dell'altrui reputazione e/o diritti – è stato agilmente dimostrato dalla Corte nelle poche righe introduttive della motivazione.

Diversamente, più spazio è stato dedicato alla valutazione dell'esistenza di un bisogno sociale preminente e del rispetto del principio di proporzionalità. Quanto al primo aspetto, la Corte ha evidenziato che l'incitare all'odio non implica necessariamente un invito alla violenza. Tuttavia, gli attacchi verbali violenti diretti contro un determinato gruppo di persone sono sufficienti per giustificare che le autorità impediscano proclama razzisti. La tolleranza è, infatti, uno dei capisaldi delle società democratiche e la discriminazione basata sull'orientamento sessuale tanto grave quanto quella basata sulla razza. Pertanto, la tutela dei valori di una società democratica può essere garantita soltanto evitando che l'esercizio della libertà di espressione sia esercitata irresponsabilmente. Sebbene l'esercizio di tale libertà non possa essere limitato all'espressione di idee o all'informazione inoffensiva o talmente indifferente da non disturbare o turbare parte della popolazione, è altresì vero che nel caso concreto l'offensività dei termini utilizzati non era giustificabile. Infatti, nonostante fosse condivisibile l'intenzione dei ricorrenti di stimolare il dibattito nelle scuole, assolutamente inaccettabile era il tenore del linguaggio utilizzato, che si sostanzialmente in accuse ingiustificate e aggressioni verbali gravissime soprattutto considerata l'impressionabilità e la sensibilità dei giovani alunni.

Tenuto conto di tutte le circostanze nelle quali i fatti si sono svolti, la Corte ha infine ritenuto che la compressione della libertà di espressione dei ricorrenti non fosse eccessiva. Il principio di proporzionalità, in considerazione della natura e della severità delle sanzioni imposte, era stato rispettato, poiché i ricorrenti avevano goduto del beneficio della sospensione condizionale della pena ed avevano dovuto corrispondere soltanto il pagamento della pena pecuniaria. Tanto considerato, la Corte ha ritenuto insussistente la violazione dell'articolo 10 della Convenzione da parte dello Stato convenuto.

La Corte si è rivelata ancora una volta uno dei baluardi della tutela dei diritti LGBTI, giustificando a determinate condizioni una limitazione della libertà di espressione, quando la stessa sia esercitata in modo tale da fomentare l'odio verso gli omosessuali. Sebbene l'articolo 10 protegga la libertà di espressione, questo diritto non è assoluto. In particolare, la Corte ha ritenuto che lo stesso potesse essere limitato, giacché gli hate speech tendono a creare un clima sociale ove la violenza omofoba diventa un fenomeno accettato. In questo senso vanno lette le due raccomandazioni del Comitato dei Ministri¹⁸⁰ e il Libro Bianco del Consiglio d'Europa sul Dialogo

¹⁸⁰ Comitato dei Ministri, Raccomandazione n. R (97) 20 su "hate speech", adottata il 30 ottobre 1997 e Raccomandazione n. CM/Rec(2010)5 sulle misure per combattere la discriminazione sulla base dell'orientamento sessuale e l'identità di genere.

Interculturale¹⁸¹ che hanno invitato gli Stati membri ad agire per combattere gli hate speech e il loro effetto di amplificazione dei fenomeni discriminatori.

Nella giurisprudenza della Corte si ritrova spesso l'affermazione di principio secondo cui l'incitamento all'odio razziale o all'antisemitismo può legittimare la restrizione della libertà di espressione, nella misura in cui sono violati lo spirito e i valori proclamati dalla Convenzione. La decisione in oggetto, però, rappresenta effettivamente la prima in cui la Corte si occupa del solo problema dell'incitamento all'odio nei confronti degli omosessuali. Per quanto la Corte si sia espressa asserendo la legittimità della condanna dei ricorrenti svedesi, potrebbe ritenersi che la decisione sia stata parzialmente deludente. Da un lato, infatti, avrebbe mancato di assumere un atteggiamento di censura dell'omofobia tout court e, dall'altro, perché avrebbe fallito nell'adozione di specifici standard per l'approccio dei problemi derivanti da hate speech omofobi. In questi termini si sono espressi i giudici Yudkivska e Villiger nella loro opinione concorrente, che hanno evidenziato come la Corte abbia perso l'occasione di segnare una linea di tendenza nella giurisprudenza delle Corti internazionali. Non essendo possibile rinvenire una pacifica definizione di hate speech a livello internazionale e mancando specifici standard di riconoscimento di quelli omofobi, i giudici di Strasburgo avrebbero dovuto con decisione censurare la condotta dei ricorrenti e individuare i caratteri paradigmatici che potessero fungere da guida per l'evoluzione della giurisprudenza in materia. Alla Corte è rimproverato anche di non avere preso con maggiore evidenza le distanze dall'approccio americano, molto poco incline a restringere la libertà di espressione se non quando la stessa sia idonea a generare episodi di violenza. In questo senso, viene evidenziato un passaggio critico della decisione, ovvero l'aver reso ingiustificabili le dichiarazioni dei ricorrenti soprattutto in relazione alle condizioni in cui sono state diffuse e il tipo di pubblico. La Corte, infatti, per quanto incidentalmente abbia assunto come offensive tali dichiarazioni, ha ritenuto che il problema principale fosse determinato dalla giovane età e impressionabilità degli alunni, i quali non potevano neanche opporsi alla lettura dei volantini lasciati nei loro armadietti.

Peraltro, è proprio questo punto che invece ha convinto quei giudici maggiormente inclini all'approccio americano a votare favorevolmente. Nelle loro opinioni concorrenti, i giudici Zupancic, Spielmann e Nussberger hanno evidenziato l'importanza della libertà di espressione nella struttura di una società democratica. Le considerazioni che avrebbero spinto i giudici a votare in senso contrario rispetto a quanto fatto sono varianti del principio – ben saldo nella giurisprudenza della Corte – secondo cui la libertà di espressione deve essere tutelata anche quando le idee espresse possano turbare la sensibilità di altri, quindi anche nel caso di dichiarazioni non *politically correct*. In particolare, la censura delle mere esternazioni omofobe, giustificata dalla contrarietà allo spirito

¹⁸¹ Consiglio d'Europa, Libro Bianco sul Dialogo Interculturale "Living Together As Equals in Dignity", sezione 5.1, 2008.

della Convenzione, rischierebbe di aprire un varco alla discrezionalità nella limitazione della libertà di espressione. La vaghezza di concetti come “spirito della Convenzione” danneggerebbe i valori di una società democratica, piuttosto che tutelarli. Secondo l’approccio statunitense, invece, esiste un criterio preciso che limita l’ingerenza delle autorità pubbliche, ovvero il fatto che l’oggetto delle dichiarazioni sia un tema di interesse pubblico, indipendentemente dalla durezza delle stesse. A ciò si aggiunga che non si può sostenere che le esternazioni omofobe conducano alla violenza diretta nei confronti degli omosessuali. Pertanto, l’unico elemento risolutivo è legato alle condizioni delle esternazioni omofobe in oggetto, ovvero che i destinatari fossero particolarmente sensibili, che le modalità di distribuzione impedivano agli stessi di rifiutare il volantino e che il luogo, la scuola, fosse estraneo al dibattito politico.

Probabilmente è stata questa evidente scissione interna a rendere la Corte cauta nella censura decisa delle dichiarazioni omofobe *tout court*. Sebbene allora possa ritenersi per certi versi insoddisfacente, non deve essere sottovalutato il valore della sentenza, soprattutto se stimato in rapporto allo stato delle legislazioni nazionali degli Stati membri sugli hate speech omofobi. Piuttosto, potrebbe essere interessante valutare il possibile esito di un ricorso che, di converso, imponga alla Corte di esprimersi sull’assenza di un’adeguata tutela contro gli hate speech. Ragionando a contrario, se la diffusione di un atteggiamento d’odio è da considerarsi come deprecabile rispetto ai principi della Convenzione, ci si chiede se possa sussistere un obbligo positivo dello Stato – per esempio in forza dell’articolo 8 – di tutelare dagli *hate speech* gli individui che appartengano a gruppi sociali particolarmente esposti alla discriminazione, così come ipotizzato per gli *hate crime*.

6. Conclusioni

Il 19 settembre 2012, lo Human Rights Office delle Nazioni Unite ha pubblicato una guida¹⁸² diretta agli Stati, che – sulla scorta della prima risoluzione ONU sul tema dei diritti umani e dell’orientamento sessuale¹⁸³ – individua le “*core legal obligation*” che gli stessi Stati devono rispettare nei confronti delle minoranze sessuali.

Rispetto ai diversi livelli di tutela dell’integrità psicofisica degli individuo, che sono stati esaminati in questo capitolo, sembra che possano ormai ritenersi acquisiti a livello sovranazionale le corrispondenti obbligazioni. Infatti, la prima di queste cinque *core obligations* è rivolta alla protezione degli individui contro la violenza omofobica e transfobica. In particolare, «hate-

¹⁸² United Nations Human Rights Office of the High Commissioner, «Born Free and Equal. Sexual Orientation and Gender Identity in International Human Rights Law,» HR/PUB/12/06 (2012).

¹⁸³ Human Rights Council, *Discriminatory laws and practices and acts of violence against individuals based on their sexual orientation and gender identity*, A/HRC/19/41 (Report of the United Nations High Commissioner for Human Rights, 2011).

motivated violence against LGBT people is typically perpetrated by non-State actors – whether private individuals, organized groups, or extremist organizations. Nevertheless, failure by State authorities to investigate and punish this kind of violence is a breach of States’ obligation to protect everyone’s right to life, liberty and security of person, as guaranteed by article 3 of the Universal Declaration of Human Rights and articles 6 and 9 of the International Covenant on Civil and Political Rights»¹⁸⁴. A questa prima obbligazione, che fa riferimento sia all’ipotesi degli hate crime che a quella degli hate speech, segue poi quella sull’obbligo di prevenzione dalla tortura e trattamenti degradanti. Segnatamente, si legge che gli «States have an obligation under international law to protect individuals from torture and other cruel, inhuman or degrading treatment. This includes the obligation to prohibit torture and other forms of ill-treatment and to provide redress for such acts. The failure to investigate and bring to justice perpetrators of torture is itself a breach of international human rights law. Furthermore, the use of forced anal examinations contravenes the prohibition against torture and other cruel, inhuman or degrading treatment. These rights are guaranteed by article 5 of the Universal Declaration of Human Rights, article 7 of the International Covenant on Civil and Political Rights and article 2 of the Convention against Torture»¹⁸⁵.

Le obbligazioni, legate alla protezione dell’integrità psicofisica dell’individuo, si chiudono con quella sulla decriminalizzazione dell’attività sessuale tra individui dello stesso sesso. Anche in relazione a questo punto viene specificato che le norme di criminalizzazione dell’omosessualità generano diverse ma correlate violazioni di norme internazionali, in particolare «Such laws violate an individual’s right to be free from discrimination, which is enshrined in article 2 of the Universal Declaration of Human Rights and core international human rights treaties, as well as the rights to be protected against unreasonable interference with privacy and arbitrary detention, protected by articles 12 and 9 of the Universal Declaration and articles 17 and 9 of the International Covenant on Civil and Political Rights. Furthermore, laws that impose the death penalty for sexual conduct violate the right to life, as guaranteed by article 3 of the Universal Declaration and article 6 of the International Covenant on Civil and Political Rights. Such laws, even if they are never enforced, breach State obligations under international human rights law»¹⁸⁶.

Eppure, dalle evidenze dei report e degli atti delle agenzie delle Organizzazioni Internazionale e di quelle Non Governative, sembra che nonostante tali norme siano ben consolidate a livello internazionale, spesso non vengano applicate nei confronti delle minoranze sessuali o che, comunque, non appaiono sufficienti in termini di tutela effettiva delle stesse.

¹⁸⁴ Born Free and Equal, *cit.* pag. 14.

¹⁸⁵ *Ibid.* pag. 22.

¹⁸⁶ *Ibid.* pag. 28.

Ci si chiede quindi se per assicurare l'efficacia di tali norme debba ipotizzarsi l'estensione di approccio che guardi a questi individui come appartenenti a delle minoranze in senso tecnico. In questo modo forse, con un più penetrante e stringente regime di tutela, si riuscirebbero a superare le resistenze (di ordine prettamente religioso e culturale) che inducono molti paesi a non garantire un'equa tutela alle minoranze sessuali e si garantirebbe un margine di operatività maggiore alle Corti Internazionali. Si pensi ad esempio a quanto affermato nell'opinione dissenziente nel caso *Stati c. Francia* da parte dei giudici della Corte EDU. Non era stato possibile riscontrare una violazione perché lo Stato nel soddisfare i propri obblighi positivi di tutela aveva rispettato gli standard di tutela previsti. Standard che però sono forgiati su un modello eteronormativo, quando forse – affinché la tutela approntata possa risultare efficace – sarebbe stato adottare uno standard diverso che tenesse conto delle peculiarità del soggetto coinvolto.

CAPITOLO II

LA TUTELA DELLA SESSUALITÀ COME ASPETTO DELL'IDENTITÀ INDIVIDUALE DELLO STRANIERO

SOMMARIO: 1.INTRODUZIONE: LA PROTEZIONE INTERNAZIONALE PER ORIENTAMENTO SESSUALE E IDENTITÀ DI GENERE. – .IL RICONOSCIMENTO DELLO STATUS DI RIFUGIATO: IL RUOLO DEL UNHCR. – 3.I LIMITI ALL'ESPULSIONE: LA PROTEZIONE SUSSIDIARIA NELLA LA GIURISPRUDENZA DELLA CORTE EDU. – 4.I LIMITI ALL'ESPULSIONE: LA TUTELA DELLA DIMENSIONE FAMILIARE. – 5. CONCLUSIONI

1. Introduzione: protezione internazionale per orientamento sessuale e identità di genere

Uno dei principi fondamentali del diritto internazionale è quello che riconosce, quale prerogativa sovrana, il potere dello Stato di regolare l'ingresso, il soggiorno e l'espulsione degli stranieri nel territorio sottoposto alla propria giurisdizione¹⁸⁷. Questo principio, quando mitigato dall'obbligo di rispettare i diritti fondamentali¹⁸⁸, può assumere declinazioni peculiari con riferimento all'orientamento sessuale o l'identità di genere. Si fa riferimento a tutti quei casi in cui lo Stato sovrano debba riconoscere il diritto di ingresso o di permanenza nel proprio territorio o sia gravato da particolari obblighi di protezione, in ragione dell'appartenenza dello straniero ad una c.d. minoranza sessuale¹⁸⁹. Esigenze e principi particolari si prospettano, soprattutto, in relazione al riconoscimento dello status di rifugiato e ai limiti alle espulsioni verso i paesi d'origine.

¹⁸⁷ G.S. Goodwin-Gill, «Migration: International Law and Human Rights,» in *Managing Migration, Time for a New International Regime?*, a cura di B. Ghosh, 160-189 (Oxford: Oxford University Press, 2003); B. Conforti, *Diritto Internazionale*, VIII (Napoli: Editoriale Scientifica) p. 226 e ss.; B. Nascimbene, *Il trattamento dello straniero nel diritto internazionale ed europeo* (Milano: Giuffrè, 1984); G. Gaja, «Dall'allontanamento discrezionale dello straniero alla sua espulsione "garantita",» *Rivista di Diritto Internazionale*, 1986: 344; C. Favilli, *I limiti derivanti dal diritto internazionale all'espulsione dello straniero* (Viterbo: Union Printing Edizioni, 1998); B. Nascimbene e C. Zanghì, *Immigrazione, frontiere esterne e diritti umani. Profili internazionali, europei ed interni*, a cura di M. Carta (Roma: Teso Editore, 2009). La giurisprudenza ha più volte rilevato espressamente la reviviscenza del principio di sovranità territoriale in questa materia. Esemplicamente, la Corte EDU ha affermato che gli Stati membri godono, *en vertu d'un principe de droit international bien établi*, del *droit de contrôler l'entrée, le séjour et l'éloignement des non-nationaux* (Chahal c. Regno Unito n. 22414/93), ribadendo che *il incombe aux États contractants d'assurer l'ordre public, en particulier dans l'exercice de leur droit de contrôler, en vertu d'un principe de droit international bien établi etsans préjudice des engagements découlant pour eux des traités, l'entrée, le séjour et l'éloignement des non-nationaux* (Beldjoudi c. Francia n. 12083/86).

¹⁸⁸ I limiti imposti alla disciplina dei flussi migratori derivano dal diritto internazionale pattizio. Invero, a parte il principio consuetudinario di divieto di espulsione con modalità "oltraggiose" nei confronti dell'espellendo (*Yeager v. Islamic Republic of Iran*, AJIL, 1988, 355 (Tribunal Iran-Stati Uniti, 2 novembre 1987)), specifici limiti sono imposti soprattutto dalle Convenzioni sui diritti umani. Si pensi all'articolo 3 della Convenzione delle Nazioni Unite contro la tortura ed altre pene o trattamenti crudeli, disumani o degradanti, che obbliga gli Stati a non estradare o espellere una persona verso Paesi in cui rischia di esservi sottoposta.

¹⁸⁹ Il termine minoranza sessuale sarà impegnato nel corso della trattazione per indicare tutti gli individui caratterizzati da "non conforming sexualities or gender identities".

L'orientamento sessuale e l'identità di genere¹⁹⁰ possono rilevare, ai fini di una richiesta di protezione internazionale o di un divieto di espulsione, quando lo straniero tema che tali aspetti della propria reale o percepita identità sessuale possano esporlo ad atti persecutori¹⁹¹ o, comunque, a danni gravi¹⁹². La discriminazione nei confronti di chi non si adegui alle prevalenti norme sociali, politiche o culturali può assurgere a vera e propria persecuzione quando derivante da diretta repressione dello Stato o quando lo Stato stesso non sia in grado o non voglia assicurare la protezione dalle aggressioni dei privati.

In alcuni Paesi, insormontabili ostacoli di tipo giuridico, sociale e familiare impongono di celare la propria identità sessuale per timore delle possibili conseguenze, inducendo una condizione di perenne paura ed isolamento¹⁹³. Episodi di violenza o minacce nei confronti degli appartenenti alle minoranze sessuali possono raggiungere un così alto grado di pericolosità¹⁹⁴ che l'unica

¹⁹⁰ Anche in materia di protezione internazionale, ai fini del presente lavoro, la definizione di "orientamento sessuale" e di "identità di genere" che si intende adottare è quella che si rinviene nei Yogyakarta Principles, il cui articolo 23 si occupa espressamente del problema della protezione internazionale dei migranti LGBTI. In particolare, l'orientamento sessuale *is understood to refer to each person's capacity for profound emotional, affectional and sexual attraction to, and intimate and sexual relations with, individuals of a different gender or the same gender or more than one gender*. L'identità di genere *is understood to refer to each person's deeply felt internal and individual experience of gender, which may or may not correspond with the sex assigned at birth, including the personal sense of the body (which may involve, if freely chosen, modification of bodily appearance or function by medical, surgical or other means) and other expressions of gender, including dress, speech and mannerisms*. A group of 29 human rights experts, «The Yogyakarta Principles, Principles on the Application of International Human Rights Law in Relation to Sexual Orientation and Gender Identity» (Marzo 2007) p. 6.

¹⁹¹ La nozione di persecuzione, poco indagata dalla dottrina, non è individuata dal testo della Convenzione di Ginevra del 1951 relativa allo status di rifugiato. L'articolo 1 non ne definisce il contenuto semantico e solo indirettamente si suole dedurre dall'articolo 33 che il contenuto essenziale del concetto di persecuzione dovrebbe riflettersi in una minaccia alla vita o alla libertà del richiedente cfr. G.S. Goodwin-Gill e J. McAdam, *The Refugee in International Law* (Oxford: Oxford University Press, 2007) p. 90-92. Da un punto di vista sostanziale, si possono considerare «atti di persecuzione solo le gravi o sistematiche violazioni di diritti umani fondamentali riconosciuti nel diritto consuetudinario o pattizio commesse per una delle ragioni discriminatorie previste dalla Convenzione» cfr. B.I. Bonafè, «La nozione di persecuzione nel diritto dell'Unione europea in materia di rifugiati e la responsabilità internazionale dello Stato» in *La tutela dei diritti umani in Europa*, a cura di A. Caliguri, G. Cataldi e N. Napoletano (Padova: CEDAM, 2010). Che la persecuzione possa essere definita come la violazione grave e manifesta, su base discriminatoria, dei diritti fondamentali sanciti dal diritto internazionale consuetudinario e pattizio è confermato da dottrina e recente giurisprudenza internazionale. In dottrina si è affermato, infatti, che i fenomeni persecutori che giustificano il riconoscimento dello status di rifugiato sono solo «sustained or systematic violations of basic human rights» in J.C. Hathaway, *The Law of Refugee Status* (Butterworths, 1991) e, nello stesso senso, si è espressa la giurisprudenza internazionale, che in tema di responsabilità personale per crimini contro l'umanità ha fornito elementi sostanziali nella descrizione degli atti persecutori (*Prosecutor v. Kupreskic et al.*, IT-95-16-T, ICTY, sentenza del 14 gennaio 2000, paragrafi 567-636). L'articolo 9(1)(a) della Direttiva Qualifiche descrive gli atti persecutori come quelle aggressioni tanto gravi, per frequenza o intensità, da costituire violazioni gravi dei diritti fondamentali.

¹⁹² L'autorizzazione al soggiorno o il divieto di espulsione può essere garantito anche sull base di rischi diversi da quello della persecuzione, derivanti da norme convenzionali espresse o dall'attività interpretativa delle autorità giurisdizionali internazionali. In virtù dell'articolo 3 della Convenzione ONU contro la tortura, ad esempio, l'espulsione è espressamente vietata quando vi sia il rischio di affrontare la pena capitale, tortura o trattamenti inumani e degradanti. La Direttiva Qualifiche ha, in questo senso, introdotto un sistema di protezione *ad hoc*, denominato protezione sussidiaria. L'articolo 15 impone la tutela di soggetti che se respinti verso il Paese d'origine rischierebbero di essere sottoposti a danni gravi quali: la condanna a morte o all'esecuzione; o la tortura o altra forma di pena o trattamento inumano o degradante ai danni del richiedente nel suo paese di origine; o a minaccia grave e individuale alla vita o alla persona di un civile derivante dalla violenza indiscriminata in situazioni di conflitto armato interno o internazionale.

¹⁹³ Nel report di Amnesty International sui crimini d'odio si legge: «In many parts of the world, being gay or lesbian is not seen as a right, but as a wrong. Homosexuality is considered a sin or an illness, a social or ideological deviation, or a betrayal of one's culture. Whereas most governments either deny practising human rights violations or portray them as rare aberrations, the repression that LGBT people face is often openly and passionately defended in the name of culture, religion, morality or public health, and facilitated by specific legal provisions. (...) History has shown how the language of dehumanization paves the way for atrocities against stigmatized groups in society. Differences of ethnicity, gender, religious affiliation and sexual orientation become boundaries drawn to exclude certain people from citizenship and even from membership of the human family. Like racism or sexism, homophobia is not "natural" or "inevitable". Discrimination based on identity can be manufactured, stoked or inflamed for political purposes. Governments in all continents have whipped up anti-gay sentiment and used it in a calculated and conscious way to attack their opponents, court support or deflect attention away from their own misdeeds and shortcomings. They have sought to use gay people as convenient scapegoats for perceived social ills, such as a break-down in morality or law and order.» Amnesty International, *Crimes of hate, conspiracy of silence; Torture and ill-treatment based on sexual identity* (London: Amnesty International Publications, 2001) p. 6 e 7

¹⁹⁴ Tra i rischi cui può essere sottoposto un individuo LGBTI, sicuramente, vi rientrano «extrajudicial killings, torture and ill-treatment, arbitrary detention, sexual assault and rape, invasions of privacy, denial of healthcare, housing, education, employment, and non-recognition of personal relationships (...) serious levels of bias-motivated violence, including sexual violence» cfr. Human Rights First, «Persistent Needs and Gaps: the Protection of Lesbian, Gay, Bisexual, Transgender and Intersex (LGBTI) Refugees: An Overview of UNHCR's Response to LGBTI Refugees and Recommendations to Enhance Protection» (New York, 2010) e Human Rights First, «2008 Hate Crime Survey» (New York, 2008). A ragione pertanto si è parlato di situazioni che costituiscono un «global and entrenched pattern of serious concern» in A group of 29 human rights experts,

soluzione per condurre un'esistenza libera è di lasciare il proprio Paese per migrare verso Stati giuridicamente e socialmente più tolleranti.

Proprio nell'ultimo decennio, si è assistito ad un consistente sviluppo nell'analisi e nell'interpretazione di concetti quali quelli di orientamento sessuale e identità di genere nel contesto del diritto d'asilo¹⁹⁵. Tale progresso è, anche e soprattutto, il riflesso dell'incrementarsi delle richieste di asilo o di protezione sussidiaria, nonché ovviamente delle corrispondenti decisioni delle competenti autorità nazionali. Tuttavia, riprodurre con precisione l'evoluzione di questo particolare tipo di flussi migratori non è semplice. In questo senso, infatti, la grande maggioranza degli Stati membri dell'UE non raccoglie dati statistici sul numero di richiedenti asilo LGBTI. Ciononostante, qualche elemento utile può derivarsi dall'analisi dei dati statistici raccolti da Paesi quali il Belgio e la Norvegia¹⁹⁶.

Tabella 1: Decisioni su casi LGBT in Belgio

Anno	Totale asilo	decisioni	Decisioni LGBT	asilo	LGBT %
2008	8.946		226		2,52%
2009	8.883		362		4,08%
2010	13.170		522		3,96%
Totale 2008-2010	31.017		1.110		3,58%

Tabella 2: Decisioni su casi LGBT in Norvegia

Anno	Totale asilo	decisioni	Decisioni LGBT	asilo	LGBT %
2008	9.700		6		0,03%
2009	15.686		34		0,11%
2010	16.455		52		0,13%
Totale 2008-2010	41.841		92		0,11%

«The Yogyakarta Principles, Principles on the Application of International Human Rights Law in Relation to Sexual Orientation and Gender Identity» (Marzo 2007) p. 6.

¹⁹⁵ Ai fini del presente lavoro, il termine asilo deve intendersi quale sinonimo di protezione internazionale e da non confondersi con l'asilo ai sensi dell'art. 10, comma 3, della Costituzione Italiana.

¹⁹⁶ Le fonti dei dati sono, rispettivamente, per il Belgio, il Commissariat Général aux Réfugiés et aux Apatrides (Annual Reports, http://www.cgara.be/fr/Publications/2_Rapport_annuel/) e per la Norvegia, il Direktoratet norvegese per l'immigrazione (<http://www.udi.no/Norwegian-Directorate-of-Immigration/Oversiktsider/Statistikk-/Asylum/Asylum-decisions-in-rst-instance-by-outcome-and-nationality--/>). Vi è un altro aspetto, poi, molto interessante. Infatti, se confrontiamo la percentuale media del 3,58% delle decisioni prese in Belgio con il totale di richiedenti asilo nell'Unione europea nel 2010 (235.90022), potremmo ipotizzare che ogni anno nell'UE presentino la domanda circa 8450 persone LGBTI. Tuttavia, basandoci sulla media norvegese dello 0,11% potremmo concludere che in Europa ci siano stati, nello stesso periodo, non più di 260 richiedenti LGBTI. Si tratta però di un numero improbabilmente basso, visto che le autorità svedesi e olandesi hanno calcolato che il numero di richiedenti LGBTI è rispettivamente di 200 e 300 l'anno. Inoltre, va tenuto presente anche il numero "nascosto". Vi è sicuramente un percentuale di migranti che tacciono i problemi legati al loro essere LGBTI, per vergogna o paura, o forse nell'ignoranza che l'identità sessuale possa garantire loro protezione. Ma altri possono avere ottenuto la protezione internazionale per motivi non legati a un'identità LGBTI, e quindi la motivazione di fondo della loro fuga è rimasta inespressa. Basandoci su questi presupposti, possiamo stimare in maniera approssimativa che nell'Unione europea arrivino ogni anno 10.000 richieste d'asilo da parte di persone LGBTI. Quindi, per comprendere effettivamente la portata di questi flussi, è necessario che gli Stati si dotino di specifici strumenti statistici. Intanto, la percentuale belga va considerata l'indicatore più affidabile del numero di richiedenti LGBTI.

Secondo quanto si rinviene nel rapporto dell’Agenzia Europea per i diritti fondamentali¹⁹⁷, in Belgio nel 2006 sono stati trattati 116 casi, rispetto ai quali soltanto 33 si sono conclusi accordando lo status di rifugiato al richiedente. Nel 2007, le richieste sono state 188 (60 delle quali definite con l’accoglimento della domanda) e, nel 2008, il numero è salito a 226 (96 conclusi con il riconoscimento dello status di rifugiato o con strumenti sussidiari di protezione). Nel 2009, l’incremento è stato considerevole e, nel 2010, è stato raggiunto il numero di domande più elevato, ovvero 522, delle quali 156 accolte. In Norvegia, delle statistiche parziali suggeriscono che, tra il 2008 e il 2009, undici soggetti hanno presentato domanda di asilo sulla base dell’orientamento sessuale. Un tentativo di ricognizione panoramica del fenomeno ha fornito come risultato che dal 2002 si sono verificati approssimativamente 41 procedimenti che coinvolgevano richiedenti asilo sulla base di possibili persecuzioni o trattamenti degradanti in ragione dell’orientamento sessuale¹⁹⁸.

Alla crescente rilevanza delle dimensioni dei flussi migratori legati all’orientamento sessuale e all’identità di genere non corrisponde, però, il parallelo consolidamento di una compiuta ed autonoma disciplina a livello internazionale. È pur vero che, in termini interpretativi, si ammette ormai pacificamente che i migranti LGBTI rientrano a pieno titolo nella nozione di “determinato gruppo sociale”, così come previsto dalla Convenzione di Ginevra; cionondimeno, il fenomeno migratorio in oggetto richiede sotto certi aspetti una tutela *ad hoc*, in ragione dei pregiudizi che circondano le istanze identitarie di natura sessuale. Il migrante LGBTI soffre di una duplice forma di discriminazione, definita *double marginalization*¹⁹⁹, che nasce dalla sovrapposizione di due

¹⁹⁷ Agenzia europea per i diritti fondamentali, «Homophobia, Transphobia and Discrimination on Grounds of Sexual Orientation and Gender Identity, Comparative Legal Analysis» (2010).

¹⁹⁸ United Nations High Commissioner for Refugees, *Fleeing for Love: Asylum Seekers and Sexual Orientation in Scandinavia*, Research Paper No. 181 (Geneva: UNHCR, 2009), p. 4. In altri Stati membri del Consiglio, non si rinviengono statistiche ufficiali sul fenomeno. Tuttavia vi sono alcuni rapporti non ufficiali che permettono di rilevare almeno in via orientativa la portata del numero delle richieste sulla base dell’orientamento sessuale o della identità di genere. Ad esempio, lo *Swedish Migration Board* ha stimato nel 2002 che il numero di migranti LGBT richiedenti asilo ammonta a 300 l’anno. In Olanda, le richieste da parte di richiedenti omosessuali o transessuali ammontano approssimativamente a 220 l’anno (dati rilevati dal IND Informatiecentrum, “Evaluatie Gendergerelateerd Vreemdelingenbeleid in Nederland”, The Hague, Ministry of Justice, 2008). In Italia, secondo quanto riportato dal Ministero dell’Interno, nel corso del triennio 2005-2008, sono stati esaminati al più 54 casi, dei quali soltanto 29 definiti con la concessione dello status di rifugiato o protezione sussidiaria (dati del Rapporto FRA sull’Italia).

¹⁹⁹ «As LGBTI persons flee, they face particular gaps in protection which impede their access to asylum as well as to service provision. While all refugees and asylum seekers experience challenges in protection and limited access to assistance, the intersection of identities – of being an asylum seeker or refugee as well as a lesbian or gay man, transgender woman or man or intersex person – produces a “double marginality,” causing “profound isolation and marginalization from support and resources.”» Humann Rights Firts, «Persistent Needs and Gaps: the Protection of Lesbian, Gay, Bisexual, Transgender and Intersex (LGBTI) Refugees: An Overview of UNHCR’s Response to LGBTI Refugees and Recommendations to Enhance Protection.» (New York, 2010) p. 6 cfr. anche T.J. Randazzo, «Social and Legal Barriers: Sexual Orientation and Asylum in the United States,» in *Queering Migration*, 38 (Minneapolis: University of Minnesota Press, 2005). Sulla discriminazione sulla base di diversi elementi identitari si è espresso anche lo Special Representative in questi termini: «women human rights defenders are paying a heavy toll for their work in protecting and promoting the human rights of others. ...For women human rights defenders standing up for human rights and the victims of human rights abuses - be they migrants, refugees, asylum-seekers or political activists, or simply people unwillingly relegated to the margins of society, such as ex-offenders and member of sexual minorities - can result in intimidation, harassment, unfair dismissal, death threats, torture and ill-treatment, and even death» (Report of the Special Representative of the Secretary-General on human rights defenders, E/CN.4/2002/106, Commission on Human Rights (2002) par. 83). Anche lo The Special Rapporteur on contemporary forms of racism, racial discrimination, xenophobia and related intolerance ha affrontato il problema delle discriminazioni multiple sostenendo che, ad esempio: «[b]lack homosexuals suffer from double discrimination, because of their colour and sexual orientation» (racial discrimination, xenophobia and related intolerance Report of the Special Rapporteur on contemporary forms of racism, E/CN.4/2006/16/Add.3, Commission on Human Rights (2006) par. 40; cfr. anche Report of the independent expert on minority issues, E/CN.4/2006/74, Commission on Human Rights (2006) par. 28 e 42). Il problema è percepito con particolare preoccupazione rispetto agli stranieri detenuti in attesa della valutazione della richiesta di protezione «For example, transmen are being detained in...a female-only detention center; [and] gay men are forced to live with other detainees from their country of origin who often hold the same homophobic views as the society they are escaping from.» Detention illustrates the double marginality experienced by LGBTI refugees: detention is a difficult experience for all

status: quella di migrante richiedente protezione internazionale e quella di appartenente ad una minoranza sessuale²⁰⁰. La sovrapposizione di *status* che danno origine ad un atteggiamento discriminatorio non è un fenomeno nuovo. Già in relazione alle discriminazioni di genere è emerso, per esempio, che le donne, quando assumono un atteggiamento attivo di promozione e tutela dell'uguaglianza soffrono di una più pesante marginalizzazione, superiore a quella che subirebbero attraverso un'accettazione passiva della persecuzione²⁰¹.

Nel caso di specie, la doppia marginalizzazione assume toni ancor più complessi²⁰², in virtù dell'incidenza delle norme culturali e sociali nell'organizzazione sociale della sessualità²⁰³. L'apostasia dall'assegnazione "naturale" della sessualità, ovvero la relazione tra *excepted gender roles* e *sexual orientation and gender identity*, spesso rende di difficile interpretazione l'aspetto persecutorio e il conseguente obbligo di protezione. L'assenza di riconoscimento sociale o culturale della "sessualità di minoranza" come aspetto fondamentale della persona umana si articola in più di un momento della procedura di riconoscimento della protezione internazionale, rendendola spesso inaccessibile. Questa intersezione identitaria fa sì che l'applicazione della disciplina ordinaria – modellata su esperienze diverse, come quella legata alla razza o alla religione – possa essere insufficiente nella tutela di queste fattispecie²⁰⁴, posto che la possibilità di rivendicare l'orientamento sessuale o l'identità di genere, come criterio di protezione, può rappresentare un problema per il richiedente stesso.

asylum seekers and refugees and in certain instances may constitute a violation of international refugee and human rights law. For LGBTI refugees and asylum seekers, the experience of detention is exacerbated by the discrimination and abuse which they may endure on account of their sexuality or gender identity» in Humann Rights Firts, «Persistent Needs and Gaps: the Protection of Lesbian, Gay, Bisexual, Transgender and Intersex (LGBTI) Refugees: An Overview of UNHCR' s Response to LGBTI Refugees and Recommendations to Enhance Protection,» (New York, 2010) pag 28.

200 «The manner in which discrimination is experienced on grounds of race or sex or religion or disability varies considerably — there is difference in difference. The commonality that unites them all is the injury to dignity imposed upon people as a consequence of their belonging to certain groups... In the case of gays, history and experience teach us that the scarring comes not from poverty or powerlessness, but from invisibility. It is the tainting of desire, it is the attribution of perversity and shame to spontaneous bodily affection, it is the prohibition of the expression of love, it is the denial of full moral citizenship in society because you are what you are, that impinges on the dignity and self-worth of a group.» in *NCGLE (National Coalition for Gay and Lesbian Equality) v. Minister of Justice*, CCT 11/98 (Constitutional Court of South Africa, 9 October 1998) paragrafi 126 e 127.

201 Nel 2002, nel Report dello Special Representative of the Secretary-General on human rights defenders si legge «women human rights defenders are paying a heavy toll for their work in protecting and promoting the human rights of others. ...For women human rights defenders standing up for human rights and the victims of human rights abuses - be they migrants, refugees, asylum-seekers or political activists, or simply people unwillingly relegated to the margins of society, such as ex-offenders and member of sexual minorities - can result in intimidation, harassment, unfair dismissal, death threats, torture and ill-treatment, and even death» in «Report of the Special Representative of the Secretary-General on human rights defenders 27 February 2002,» Commission on Human Rights (E/CN.4/2002/106) paragrafo 83.

202 Sulle "multiple forms of exclusion" e del loro rapporto con la morale sociale si trovano degli interessanti riferimenti sul «Report of the independent expert on minority issues,» Commission on Human Rights, 6 January 2006, E/CN.4/2006/74 ai paragrafi 28 e 42 e nel «Report of the Special Rapporteur on contemporary forms of racism, racial discrimination, xenophobia and related intolerance» Commission on Human Rights, 28 February 2006, E/CN.4/2006/16/Add.3 al paragrafo 40

203 B. Cossman, *Sexual citizens: the legal and cultural regulation of sex and belonging* (Stanford: Stanford University Press, 2007).

204 A favore della predisposizione di una disciplina specifica si esprime anche il Comitato economico e sociale europeo, soprattutto nel valutare le peculiari difficoltà in cui si trova un migrante LGBTI. Infatti, il Comitato, richiamando l'attenzione sull'orientamento sessuale come causa delle persecuzioni, afferma che «in certe società la sicurezza e il benessere individuale sono legate al sesso della persona. Il CESE incoraggia il coinvolgimento, nelle consultazioni sulla politica in materia di asilo, delle organizzazioni e delle istituzioni competenti in questo campo perché esse offrono un quadro più completo dei rischi associati al genere. Il Comitato raccomanda del pari che nell'attività dell'Ufficio europeo di sostegno per l'asilo la problematica di genere venga riconosciuta attraverso la creazione di strutture specializzate» Comitato economico e sociale europeo, «Parere del Comitato economico e sociale europeo in merito alla «Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio recante norme minime sull'attribuzione, a cittadini di paesi terzi o apolidi, della qualifica di beneficiario di protezione internazionale, nonché norme minime sul contenuto della protezione riconosciuta» — COM(2009) 551 definitivo — 2009/0164 (COD),» Parere (2011) p. 5.

Obiettivo di questa sezione è, oltre a quello di fornire una panoramica legislativa e giurisprudenziale degli strumenti internazionali di cui i migranti LGBTI possono avvalersi, quello di mettere in luce i limiti dell'assenza di una disciplina internazionale specificamente legata all'identità e all'orientamento sessuale. Ciò che si vuole dimostrare è che la sottotutela di questa particolare categoria di rifugiati è legata alla quasi totale invisibilità dell'identità sessuale negli strumenti di tutela internazionale dei diritti fondamentali. Vi sono ancora Stati che non riconoscono le violazioni dei diritti fondamentali basate sull'orientamento sessuale o sull'identità di genere come problema legato alla sfera di interesse di quella branca del diritto internazionale che presidia il rispetto dei diritti umani²⁰⁵. In altre parole, tanto meno i diritti legati alle diverse espressioni della sessualità sono definiti e raggiungono un'autonoma seppur parificata tutela, quanto più è difficile che in altri ambiti direttamente legati alla tutela dei diritti fondamentali, come quello della tutela dei rifugiati, vi sia la garanzia di una adeguata protezione. Il parallelo è calzante rispetto ai sistemi giuridici nazionali. In quei sistemi in cui si è raggiunto un livello di tutela dei diritti delle minoranze sessuali – che si traduce nella totale, o quasi totale, eguaglianza nel godimento dei diritti civili politici e sociali – è molto più elevata la tutela dei migranti LGBTI di quanto non lo sia a livello internazionale o regionale.

Com'è noto, il diritto di richiedere e ottenere asilo, o altre forme di protezione internazionale, a fronte di una situazione persecutoria è ampiamente riconosciuto in diversi testi; si pensi alla Convenzione di Ginevra relativa allo status dei rifugiati, all'articolo 14 della Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo, all'articolo 22 della Convenzione sui Diritti del Fanciullo, all'articolo 22(7) della Convenzione Americana sui Diritti dell'Uomo, all'articolo 12(3) della Carta Africana dei Diritti dell'Uomo e dei Popoli e alla Dichiarazione di Vienna²⁰⁶. Ebbene, nonostante in quasi tutte le regioni del mondo ai migranti LGBTI possa teoricamente essere riconosciuto questo diritto, soltanto in determinate aree – in particolare quella europea e nordamericana – gli Stati nazionali hanno accolto queste richieste nonché, specularmente, le istanze internazionali di stampo regionale legate a queste aree. Questi limiti sono evidenziati da un recente report dell'Alto Commissario delle Nazioni Unite per i Diritti Umani, dove si legge: «UNHCR estimates that at least 42 States have granted asylum to individuals with a well-founded fear of persecution owing to sexual orientation or gender identity, although the precise figure is unclear. Some States grant asylum even without a clear policy in this regard, while others do not track reasons for granting

²⁰⁵

Tra i molteplici esempi ci limitiamo a ricordare che in una lettera della delegazione pakistana distribuita a tutte le delegazioni presenti a Ginevra per conto della Organization of the Islamic Conference si leggeva che “sexual orientation is not a human rights issue” (Letter from the Ambassador and Permanent Representative of the Permanent Mission of Pakistan, Geneva, 26 February 2004). Ancora, in risposta alla critica dello Special Rapporteur on extrajudicial executions per aver mantenuto la pena di morte come sanzione per gli atti omosessuali, la Nigeria rispondeva che “the death penalty by stoning under Shari’a law for unnatural sexual acts . . . should not be equated with extrajudicial killings, and indeed should not have featured in the report” (ARC International, «Recognizing Human Rights Violations Based on Sexual Orientation and Gender Identity at the Human Rights Council, Session 2’, 18 September - 6 October 2006,» 2008, <http://www.arc-international.net/HRC2report.html>).

²⁰⁶ Vienna Declaration and Programme of Action adottata dalla World Conference on Human Rights il 25 giugno 1993.

refugee status or asylum. Even in countries that recognize these grounds for asylum, practices and procedures often fall short of international standards. Review of applications is sometimes arbitrary and inconsistent. Officials may have little knowledge about or sensitivity towards conditions facing LGBT people. Refugees are sometimes subjected to violence and discrimination while in detention facilities and, when resettled, may be housed within communities where they experience additional sexuality and gender-related risks. Refoulement of asylum-seekers fleeing such persecution places them at risk of violence, discrimination and criminalization. In some cases, they are returned with instructions to “be discreet”, an approach criticized by UNHCR». ²⁰⁷

L’inclusione, espressamente riconosciuta dagli organi delle Nazioni Unite, della categoria LGBTI all’interno dei soggetti legittimati a richiedere protezione è avvenuta piuttosto di recente, in linea con la progressiva affermazione della sfera sessuale come aspetto dell’identità umana protetta dai Trattati e dalle Convenzioni a tutela dei diritti fondamentali. Tuttavia, ancora pochi Stati nazionali ammettono l’identità sessuale tra le basi discriminatorie che legittimano il riconoscimento dello status di rifugiato. L’accesso al diritto d’asilo, infatti, è strettamente subordinato al luogo in cui la domanda viene presentata; molti Paesi *refugee-hosting* mantengono leggi antisodomia e tanto vale al richiedente per non manifestare il proprio orientamento sessuale e, quindi, la ragione della fuga dal proprio Paese. In questo modo, il richiedente ammetterebbe il proprio comportamento criminoso e si esporrebbe direttamente ad una nuova persecuzione nello Stato ospite ²⁰⁸. Vi è, pertanto, una forte asimmetria nella prassi dei diversi Paesi e, come dicevamo, questo si riflette anche in termini di ricorsi alle istanze giurisdizionali regionali. Ad esempio, vedremo come la Corte EDU si è più volte pronunciata in merito, a fronte dell’assoluta mancanza di ricorsi alla Commissione Interamericana o alla Corte Africana. Anche in questo senso si assiste ad uno degli effetti dell’assenza di specifici strumenti di tutela e della parziale invisibilità dei *sexual rights* a livello internazionale. I ricorsi giungono alle Corti internazionali solo da quei Paesi in cui il migrante sa di poter eventualmente aver diritto ad un qualche tipo di protezione.

Per seguire lo stato della giurisprudenza internazionale a tal riguardo, la presente sezione è strutturata in modo da distinguere i diversi momenti in cui l’identità sessuale può rilevare nei diversi momenti dell’esperienza migratoria. Nel secondo paragrafo, allora, si farà riferimento al

²⁰⁷ Report of the United Nations High Commissioner for Human Rights, «Discriminatory laws and practices and acts of violence against individuals based on their sexual orientation and gender identity,» A/HRC/19/41 (2011) par. 38 e 39.

²⁰⁸ Per esempio, in Uganda, dove gli atti omosessuali sono criminalizzati e gli attivisti LGBTI sono vittime di abusi da parte degli organi di governo, un appartenente di un gruppo che si occupa di rifugiati che hanno subito violenze sessuali ha riferito a Human Rights First che “it is impossible to seek asylum because you are gay in Uganda, because even gay Ugandans are illegal.”(Human Rights First, «interview Head, Legal Aid and Counselling Department,» Refugee Law Project (Uganda, 2008) e in generale U.S. Department of State, «Human Rights Report on Uganda,» (2009) disponibile <http://www.state.gov/g/drl/rls/hrrpt/2009/af/135982.htm>). Se è abbastanza comprensibile che in Paesi come questi sia difficile richiedere ed ottenere lo status di rifugiato sulla base dell’orientamento sessuale, ciò può accadere anche in Paesi in cui i rapporti tra persone dello stesso sesso sono legali, come ad esempio in Turchia, dove una generica ostilità nei confronti delle minoranze sessuali contribuisce all’isolamento dei richiedenti LGBTI che anche in questi casi preferiscono evitare di rivelare la propria sessualità nella richiesta di asilo (ORAM & Helsinki Citizens Assembly (HCA), «Unsafe Haven,» disponibile <http://oraminternational.org/sites/default/files/pdf/Unsafe%20Haven%20Final.pdf>).

momento dell'ingresso nello Stato ospite e, nel terzo e nel quarto, a quello dell'allontanamento o del respingimento.

2. Il riconoscimento dello *status* di rifugiato: il ruolo del UNHCR

Assumendo che il diritto a richiedere e ottenere la protezione internazionale è garantito ad ogni individuo, il problema principale è quello di individuare i casi in cui gli Stati sarebbero obbligati ad assicurare tale protezione ad un migrante LGBTI²⁰⁹. Centrale, pertanto, è il concetto dello *status* di rifugiato e la definizione dell'ambito di applicazione rispetto alle problematiche legate all'orientamento sessuale e l'identità di genere. Ai sensi dell'articolo 1 della Convenzione di Ginevra del 1951 lo *status* di rifugiato deve riconoscersi a chi “per il fondato timore di essere perseguitato per motivi di razza, religione, nazionalità, opinione politica o appartenenza ad un determinato gruppo sociale, si trova fuori dal paese di cui possiede la cittadinanza e non può o, a causa di tale timore, non vuole avvalersi della protezione di detto paese”²¹⁰.

Evidentemente, la nozione non opera alcun riferimento alla persecuzione basata sull'orientamento sessuale o sull'identità di genere. Tuttavia, questa generica definizione, con il tempo e il concorso di una ricca prassi di numerosi Stati parte²¹¹, è stata progressivamente interpretata e chiarita nel senso di ricomprendervi anche le persecuzioni verso i migranti LGBTI.

Vale la pena sottolineare come anche in questo caso la spinta delle giurisdizioni nazionali è stata fondamentale per giungere ad una piena e completa affermazione da parte delle istituzioni di stampo universale o regionale. Paradigmatico è l'esempio dell'evoluzione giurisprudenziale di paesi come il Regno Unito²¹² o il Canada. Nel 1985, entrò in vigore la *equality provision* della *Canadian Charter of Rights and Freedoms* e già nel 1995 la Corte Suprema statuiva che l'orientamento

²⁰⁹ Per un riferimento ai caratteri fondamentali della definizione di rifugiato nella Convenzione di Ginevra cfr. J.C. Hathaway, *The rights of refugees under international law* (Cambridge: Cambridge University Press, 2005); M.R. Von Sternberg, *The grounds of refugee protection in the context of international human rights and humanitarian law* (The Hague: M. Nijhoff Publishers, 2002); G.S. Goodwin-Gill e J. McAdam, *The Refugee in International Law* (Oxford: Oxford University Press, 2007); E. Feller, V. Türk e F. Nicholson, *Refugee Protection in International Law* (Cambridge: Cambridge University Press, 2003); G. Clayton, *Textbook on Immigration and Asylum Law* (Oxford: Oxford University Press, 2010); P. Kourula, *Broadening the edges: refugee definition and international protection revisited* (The Hague: Martinus Nijhoff Publishers, 1997).

²¹⁰ Nel testo della Convenzione si legge che lo *status* va riconosciuto a chi «owing to a well-founded fear of being persecuted for reasons of race, religion, nationality, membership of a particular social group or political opinion, is outside the country of his nationality and is unable or, owing to such fear, is unwilling to avail himself of the protection of that country».

²¹¹ In questo senso, «The human rights paradigm has been critical to [developments in gender and asylum]. Not only are states interpreting key criteria of the refugee definition in light of human rights principles, but international human rights law is providing the unifying theory binding different bodies of national jurisprudence.» in D. Anker, «Boundaries in the Field of Human Rights: Refugee Law, Gender and the Human Rights Paradigm,» *Harvard Human Rights Journal*, n. 15 (2002): 133 p. 136.

²¹² Nel Regno Unito il processo di parificazione nel godimento dei diritti ha subito, al contrario, un primo impulso a seguito della ratifica della Convenzione di Roma. Tuttavia, ad oggi si tratta di uno degli Stati che più di altri ha implementato un regime giuridico di godimento paritario dei diritti nei confronti delle minoranze sessuali e che ha implementato un sistema precipuo di analisi delle richieste di protezione internazionale provenienti da migranti LGBTI, questo il riferimento: UK Home Office, «Asylum Instruction: Sexual Orientation and Gender Identity in the Asylum Claim,» (2010), aggiornate il 13 giugno 2011. Si veda anche Immigration Law Practitioners' Association (ILPA) and the UK Lesbian and Gay Immigration Group (UKLGIG), *Sexual and Gender Identity Guidelines for the Determination of Asylum Claims in the UK*, July 2007

sessuale costituisse una base discriminatoria del tutto analoga alle altre previste dalla Carta²¹³. Tra il 1990 e i primi anni del 2000, la Corte Suprema e altri organi giurisdizionali hanno esaminato un grandissimo numero di ricorsi legati a tale aspetto discriminatorio e, in pochissimo tempo, hanno costruito una solida giurisprudenza sulla parità di trattamento tra individui LGBTI e maggioranza eterosessuale con riferimento a numerosi aspetti della vita del *citizen* quali l'assistenza sanitaria²¹⁴, l'accesso al riconoscimento legislativo delle coppie dello stesso sesso²¹⁵, i benefici assistenziali²¹⁶, l'adozione²¹⁷ e il matrimonio²¹⁸. In linea con questa evoluzione si colloca il *leading case* – che ha evidentemente influenzato anche la giurisprudenza e la prassi degli organi internazionali – *Canada v. Ward*, in cui la Corte Suprema, ponendo al centro della propria analisi il concetto di dignità umana, ha evidenziato che la Convenzione di Ginevra *is the international community's commitment to the assurance of basic human rights without discrimination*²¹⁹ e che l'identità sessuale rientra tra gli aspetti fondamentali dell'identità individuale, cui nessuno può essere costretto a rinunciare senza frustrare *ex se* il concetto stesso di dignità umana²²⁰. La Corte ha individuato tre possibili categorie di soggetti convogliabili all'interno della definizione di determinato gruppo sociale, ovvero *groups defined by an innate or unchangeable characteristic; groups whose members voluntarily associate for reasons so fundamental to their human dignity that they should not be forced to forsake the association; and groups associated by a former voluntary status, unalterable due to its historical permanence*²²¹. Sulla scorta di tale tripartizione ha, poi, espressamente inserito l'orientamento sessuale e l'identità di genere tra gli aspetti caratterizzanti il primo gruppo²²², fondando le basi di un approccio che verrà poi recepito dalle istanze giurisdizionali di diversi Paesi²²³ e, per l'appunto, di molteplici organismi internazionali.

²¹³ *Egan v Canada* [1995] 2 SCR 513.

²¹⁴ *Canada (Attorney General) v Mossop* [1993] 1 SCR 554.

²¹⁵ *M v H* [1999] 2 SCR 3.

²¹⁶ *Rosenberg v Canada (Attorney General)* (1998) 38 OR (3d) 577 (Ontario Court of Appeal).

²¹⁷ *Re K* (1995) 23 OR (3d) 679 (Ontario Court Provincial Division).

²¹⁸ *Hendricks c Quebec* [2002] JQ No 3816 (Cour Supérieure du Québec); *Halpern v Canada* (2003) 65 OR (3d) 161 (Ontario Court of Appeal); *EGALE Canada Inc v Canada (Attorney General)* (2003) 238 DLR (4th) 416 (British Columbia Court of Appeal).

²¹⁹ *Attorney General of Canada v Ward* [1993] 2 SCR 689, par. 63.

²²⁰ Sebbene la libertà sessuale o di orientamento sessuale non sia espressamente sancita negli strumenti internazionali e regionali di tutela dei diritti fondamentali, ad oggi «it is now well established that LGBT persons are entitled to all human rights on an equal basis with others. The Preamble to the 1951 Convention reiterates the principle that “human beings shall enjoy fundamental rights and freedoms without discrimination”. The principle of non-discrimination is also enshrined in Articles 2(1) and 26 of the *International Covenant on Civil and Political Rights* (“ICCPR”), and in Article 2(2) of the *International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights* (“ICESCR”). The Yogyakarta Principles reflect binding international legal standards with regard to sexual orientation which are derived from key human rights instruments.» in United Nations High Commissioner for Refugees, *UNHCR Guidance on Refugee Claims Relating to Sexual Orientation and Gender Identity*, Division of International Protection Services, Protection Policy and Legal Advice Section (Geneva: UNHCR, 2008).

²²¹ *Ibidem* al par. 103.

²²² Tale scelta ha comunque scatenato un acceso dibattito sulla effettiva immutabilità delle caratteristiche quali l'orientamento sessuale e l'identità di genere, si vedano a tal proposito le critiche sollevate da N. La Violette, «The Immutable Refugee: Sexual Orientation in Canada (AG) v Ward,» *University of Toronto Faculty of Law Review* 55 (1997).

²²³ Vedi *Re GJ Refugee Appeal 1312/93*, 30 August 1995, Refugee Status Appeals Authority (NZ); US 9th Circuit Court of Appeals in *Hernandez-Montiel v INS* (2000) 225 F3d 1084. Sempre a questo proposito, Lord Millet ha affermato: «I would accept that homosexuals form a distinct social group. In a society which subjected practising homosexuals but not non-practising homosexuals to persecution the relevant social group would still

Seppure l'impulso originario all'inclusione dei migranti LGBTI nell'ambito di applicazione della Convenzione di Ginevra sia da rinvenirsi nella giurisprudenza delle Corti interne, l'affermazione compiuta dei concetti e dei requisiti che giustificano tale inclusione è il risultato della prolifica attività interpretativa condotta dell'UNCHR. L'argomento giuridico posto alla base del suddetto principio – secondo cui l'orientamento sessuale o l'identità di genere rientrano nella definizione di rifugiato con riferimento al “determinato gruppo sociale”²²⁴ – merita un ulteriore approfondimento.

Quale trattato internazionale, la Convenzione va interpretata alla luce delle disposizioni della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati²²⁵. In particolare, in base all'articolo 31(1), i riferimenti necessari per una lettura “in buona fede” del testo sono: il contesto, l'oggetto e lo scopo del trattato. Lo scopo della Convenzione è stato identificato come quello di *enable a person who non longer has protection against persecution for a Convention reason in his or her own country to turn for protection to the International community*²²⁶; quindi, di fornire una protezione succedanea e ulteriore. Quanto al contesto, invece, concorrono a identificarlo, da un lato, il preambolo della stessa Convenzione²²⁷ e, dall'altro, i principi fondamentali in materia di diritti umani. Il combinato disposto di questi due elementi permette di chiarire che uno degli obiettivi principali della

consist of homosexuals, not of the subset practising homosexuals. A non-practising homosexual would have no difficulty in establishing that he was a member of a persecuted group. His only difficulty would be in establishing that his fear of persecution was well founded, having regard to the fact that he was not a practising homosexual. This would be a matter of evidence, but given the hostility encountered by all homosexuals in such a society and the obvious problems the applicant would have in satisfying his tormentors of his own sexual abstinence, I doubt that the difficulty would be a real one.» Lord Millet in United Kingdom House of Lords in *R v Immigration Appeal Tribunal and Secretary of State for the Home Department ex parte Shah; Islam v Immigration Appeal Tribunal ('Shall and Islam')* [1999] 2 AC 629. In particolare, poi, si noti che: «The Tribunal has considered whether homosexual men in Iran constitute a particular social group within the meaning of the Convention. Whether a group is a particular social group in the relevant sense in a particular society depends on the circumstances. The Tribunal notes that homosexuals are recognised in law in Iran and that independent evidence cited above refers to the existence of homosexuals in Iran. On the basis of this evidence, the Tribunal finds that homosexuals in Iran can be considered a cognisable group within Iranian society.» Australia Refugee Review Tribunal n. N01/37352 (24 April 2001).

²²⁴ In diversi documenti, l'UNCHR si è espresso nei seguenti termini: «Homosexuals may be eligible for refugee status on the basis of persecution because of their membership of a particular social group. It is the policy of UNHCR that people facing attack, inhumane treatment, or serious discrimination because of their homosexuality, and whose governments are unable or unwilling to protect them, should be recognized as refugees» United Nations High Commissioner for Refugees, *Protecting Refugees: Questions and Answers* (Geneva: UNHCR, 2006) p. 15. Ancora «“Membership of a particular social group”...is being invoked with increasing frequency in refugee status determinations, with States having recognized...homosexuals, as constituting a particular social group for the purposes of the 1951 Convention» United Nations High Commissioner for Refugees, *“Membership of a particular social group” within the context of Article 1A(2) of the 1951 Convention and/or its 1967 Protocol relating to the Status of Refugee, HCR/GIP/02/02* (Geneva: UNHCR, 2002) par. 1 e «Refugee claims based on differing sexual orientation contain a gender element. A claimant's sexuality or sexual practices may be relevant to a refugee claim where he or she has been subject to persecutory (including discriminatory) action on account of his or her sexuality or sexual practices. In many such cases, the claimant has refused to adhere to socially or culturally defined roles or expectations of behaviour attributed to his or her sex. The most common claims involve homosexuals, transsexuals or transvestites, who have faced extreme public hostility, violence, abuse, or severe or cumulative discrimination», «Where homosexuality is illegal in a particular society, the imposition of severe criminal penalties for homosexual conduct could amount to persecution...Even where homosexual practices are not criminalised, a claimant could still establish a valid claim where the State condones or tolerates discriminatory practices or harm perpetrated against him or her, or where the State is unable to protect effectively the claimant against such harm.» United Nations High Commissioner for Refugees, *Guidelines on International Protection: Gender-Related Persecution within the context of Article 1A(2) of the 1951 Convention and/or its 1967 Protocol relating to the Status of Refugees, HCR/GIP/02/01* (Geneva: UNHCR, 2002) par. 16 e 17. Non da ultimo va citata l'*advisory opinion* del UNHCR diretta alla Tokyo Bar Association dove si legge: «Although the 1951 Convention does not specifically refer to gender or sexual orientation, it is an established principle that the refugee definition must be given a gender-sensitive interpretation.» United Nations High Commissioner for Refugees, «Advisory Opinion by UNHCR to the Tokyo Bar Association Regarding Refugee Claims Based on Sexual Orientation,» (2004) p. 1 vedi anche United Nations High Commissioner for Refugees, «Interpreting Article 1 of the 1951 Convention relating to the Status of Refugees,» (2001) par. da 2 a 6 e United Nations High Commissioner for Refugees, «Handbook on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status,» (1992) par. 56 e 57.

²²⁵ Cfr. UNHCR, *Interpreting Article 1 of the 1951 Convention Relating to the Status of Refugees* (Geneva, 2001) p. 1

²²⁶ *Horvath v. Secretary of State For The Home Department* (House of Lords, 6 Luglio 2000).

²²⁷ «Considering that the Charter of the United Nations and the Universal Declaration of Human Rights approved on 10 December 1948 by the General Assembly have affirmed the principle that human beings shall enjoy fundamental rights and freedoms without discrimination»

Convenzione è proprio quello di contrastare qualsiasi tipo di discriminazione, sancito dall'articolo 1 della Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo. Pertanto, gli *status* espressamente indicati e protetti dalla definizione di cui all'articolo 1 della Convenzione (la razza, la religione, la cittadinanza, la appartenenza a un determinato gruppo sociale e le opinioni politiche) devono essere interpretati nel modo più ampio possibile, cosicché il requisito dell'appartenenza ad un determinato gruppo sociale possa essere letto in senso evolutivo, «open to the diverse and changing nature of groups in various societies and evolving International human rights norm»²²⁸.

Secondo le Guidelines dell'UNHCR, un determinato gruppo sociale è un «group of persons who share a common characteristic other than their risk of being persecuted, or who are perceived as a group in the society. The characteristic will often be one which is innate, unchangeable, or which is otherwise fundamental to identity, conscience or the exercise of one's human rights»²²⁹. Di conseguenza, se la sessualità costituisce un aspetto fondamentale dell'identità dell'essere umano²³⁰, allora anche l'orientamento sessuale e l'identità di genere²³¹ sono elementi che segnano l'appartenenza ad un determinato gruppo sociale, quale *status* protetto dalla Convenzione del 1951.

Ovviamente, questo non significa che qualsiasi soggetto appartenente ad una minoranza sessuale goda di un incondizionato diritto di asilo in ogni Stato parte. La richiesta di riconoscimento dello *status* di rifugiato è fondata soltanto quando il richiedente possa dimostrare la validità del

²²⁸ United Nations High Commissioner for Refugees, *Guidelines on International Protection: Gender-Related Persecution within the context of Article 1A(2) of the 1951 Convention and/or its 1967 Protocol relating to the Status of Refugees, HCR/GIP/02/01* (Geneva: UNHCR, 2002) par. 3.

²²⁹ United Nations High Commissioner for Refugees, *Guidelines on International Protection: Gender-Related Persecution within the context of Article 1A(2) of the 1951 Convention and/or its 1967 Protocol relating to the Status of Refugees, HCR/GIP/02/01* (Geneva: UNHCR, 2002) par. 11.

²³⁰ Seppure sia innegabile che esista una profonda differenza tra le caratteristiche innate, come la razza, e quelle assunte volontariamente, come la religione e le opinioni politiche, la riconducibilità della sessualità all'uno o all'altra categoria è indifferente al fine del riconoscimento della protezione. Infatti, la contestuale inclusione nell'articolo 1 della Convenzione indica proprio che entrambi i tipi di caratteristiche sono degne di protezione: le prime, perché non possono essere modificate; le seconde, perché non può esserne pretesa la modifica, stante lo stringente legame con il concetto di identità. Secondo quanto stabilito nei Yogyakarta Principles, l'UNHCR non esita nell'affermare che la «sexual orientation is a fundamental part of human identity, as are those five characteristics of human identity that form the basis of the refugee definition: race, religion, nationality, membership of a particular social group and political opinion». In United Nations High Commissioner for Refugees, *UNHCR Guidance on Refugee Claims Relating to Sexual Orientation and Gender Identity*, Division of International Protection Services, Protection Policy and Legal Advice Section (Geneva: UNHCR, 2008) par. 8. Tuttavia, rispetto al problema specifico legato alla natura della scelta sessuale, se essa sia una caratteristica innata ovvero un aspetto volontario dell'identità, l'UNHCR ha superato il problema, ritenendo che altri fossero i requisiti necessari e sufficienti per inserire le minoranze sessuali nella classificazione di «determinato gruppo sociale», infatti, «Sexual orientation is also now generally understood as an innate and unchangeable characteristic or so fundamental to identity or human dignity that change should not be compelled. There is no requirement that the group be "cohesive", that is, an applicant need not show that the members of a particular group know each other or associate with each other as a group. The relevant inquiry is whether there is a common element that group members share. It is also not necessary either, to demonstrate that all members of the putative group are at risk of persecution in order to establish the existence of a particular social group. Taking these elements in consideration, in UNHCR's view, homosexuals can be within the ambit of a social group category, either as a group sharing a common characteristic or because they are perceived as a cognizable group in the society.» in United Nation High Commissione for Refugees, «Advisory Opinion by UNHCR to the Tokyo Bar Association Regarding Refugee Claims Based on Sexual Orientation.» (2004) p. 2.

²³¹ L'UNHCR ha riconosciuto che anche le richieste di asilo basate sull'identità di genere rientrano sotto l'egida della Convenzione come appartenenti ad un determinato gruppo sociale. «Transgender persons are considered under the Convention to be members of a 'particular social group'. However, in most Council of Europe member states transgender persons are not explicitly defined as a distinctive "social group", while other countries, such as France and Austria, have done so. In Sweden transgender people are considered legally to be covered by the category "gender". It would be an important step forward if member states cite gender identity explicitly as a possible ground for persecution requiring international protection. It can also be argued that 'gender-specific acts of persecution', the term used in the EU Qualification Directive, can be understood as including serious human rights violations and other kinds of severe harm experienced by transgender persons» Thomas Hammarberg, *Human Rights and Gender Identity*, CommDH/IssuePaper(2009)2 (Strasbourg: Council of Europe, 2009). Thomas Hammarberg, *Human Rights and Gender Identity*, CommDH/IssuePaper(2009)2 (Strasbourg: Council of Europe, 2009) p. 17 vedi per i riferimento dell'UNHCR: UN High Commissioner for Refugees, UNHCR Guidance Note on Refugee Claims Relating to Sexual Orientation and Gender Identity, 2008 e Gender-Related Persecution Within the Context of Article 1A(2) of the 1951 Convention and/or its 1967 Protocol Relating to the Status of Refugees 2002.

timore di una persecuzione, in conformità a uno o più elementi discriminanti previsti dalla Convenzione, nonché il nesso causale tra la persecuzione e il proprio *status*.

Tuttavia, è soprattutto in relazione al *well-founded fear of persecution* che l'esperienza del migrante LGBTI rileva le proprie peculiarità. Infatti, a differenza degli altri aspetti della personalità umana che possono validamente costituire la base per un comportamento discriminatorio, l'orientamento sessuale e l'identità di genere non sono unanimemente riconducibili alla sfera di un determinato *status* giuridico. È questo il *liet motiv* dell'esperienza del migrante LGBTI. Mentre gli altri elementi identitari sono stati oggetto di numerosi testi giuridici e di interpretazione giurisprudenziale, il contenuto dei *sexual rights* a livello internazionale è ancora allo stato embrionale. L'assenza di normativa specifica espone il soggetto LGBTI al rischio di una eccessiva interferenza del pregiudizio culturale e religioso.

Quando un aspetto identitario è valutato non con i criteri della stretta interpretazione di un testo giuridico, ma attraverso i filtri del costume e dei *mores* sociali, i contorni del diritto soggettivo si fanno più sfumati e la legittima pretesa del loro riconoscimento indeterminata.²³². Diversi sono gli aspetti critici della disciplina che verranno qui di seguito esaminati, tra questi: il problema dell'individuazione del tipo di persecuzione, le variabili rispetto al soggetto che può perpetrarla e il problema dell'onere della prova.

2.1. Well-founded fear of persecution

Affinché un richiedente possa essere legittimato ad ottenere la protezione internazionale dovrà dimostrare alle autorità del Paese ospite quali siano state le ragioni che ne hanno determinato la fuga, ossia il “fondato timore” di subire atti persecutori.

A causa della propria sessualità, un individuo può essere soggetto ad atti discriminatori da parte del proprio governo, della propria comunità e della propria famiglia²³³. La discriminazione –

²³² Infatti, «It is the rights-claim that transforms violence and oppression on the basis of sexual orientation into a cognisable wrong under the Refugee Convention: i.e. persecution.» J. Millbank, «The Role of Rights in Asylum Claims Based on Sexual Orientation ,» *Human Rights Law Review* 4, n. 2 (2004): 193-228 p. 200.

²³³ Le violazioni dei diritti fondamentali perpetrate in ragione dell'orientamento sessuale o dell'identità di genere sono state ampiamente documentate da organizzazioni come Human Rights First, Human Rights Watch e Amnesty International, si consultino i rispettivi siti web: <http://www.humanrightsfirst.org/discrimination/pages.aspx?id=87>, www.hrw.org/lgbt and <http://www.amnesty.org.uk/content.asp?CategoryID=876>. Nonché, M. O'Flaherty e J. Fisher, «Sexual Orientation, Gender Identity and International Human Rights Law: Contextualising the Yogyakarta Principles,» *Human Rights Law Review* 8, n. 2 (2008): 208-214; Division of International Protection Services UNHCR Protection Policy and Legal Advice Section, «UNHCR Guidance on Refugee Claims Relating to Sexual Orientation and Gender Identity» (2008); S. Jansen e T. Spijkerboer, *Fleeing Homophobia* (Amsterdam: COC Nederland, Vrije Universiteit, 2011); Agenzia europea per i diritti fondamentali, «Homophobia and Discrimination on Grounds of sexual Orientation in the EU Member States Part I - Legal Analysis,» (2008); Agenzia europea per i diritti fondamentali, «Homophobia and Discrimination on Grounds of Sexual Orientation in the EU Member States Part II – The Social Situation,» (2009); Agenzia europea per i diritti fondamentali, «Homophobia, Transphobia and Discrimination on Grounds of Sexual Orientation and Gender Identity, Comparative Legal Analysis,» (2010); Agenzia europea per i diritti fondamentali, «Homophobia, transphobia and discrimination on grounds of sexual orientation and gender identity in the EU Member States. Summary of findings, trends, challenges and promising practices,» (2010); E. Bruce-Jones e L.P. Itaborahy, «State-sponsored Homophobia, A world survey of laws prohibiting same sex activity between consenting adults,» www.ilga.org, The International Lesbian, Gay, Bisexual, Trans and Intersex Association (2011); Council of Europe, *Discrimination on grounds of sexual orientation and gender identity in Europe*, 2nd Edition (Strasbourg: Council of Europe Publishing, 2011).

elemento centrale dell'esperienza del migrante LGBTI – assurge a vera e propria persecuzione quando gli atti subiti, singolarmente o cumulativamente, abbiano come conseguenza quella di danneggiare talmente l'individuo da non poter essere tollerati²³⁴.

In questo senso, la prassi delle autorità interne e internazionali mostra una grandissima varietà di ipotesi di violazioni. Ad esempio, negare l'accesso agli ordinari servizi pubblici²³⁵, come l'accesso all'educazione, al welfare o al sistema giudiziario può costituire un atteggiamento persecutorio, poiché genera nell'individuo un senso di apprensione e di insicurezza circa il proprio futuro. Può assurgere al rango di persecuzione la scelta, indotta dallo Stato, di rinunciare o nascondere la propria sessualità²³⁶, giacché la paura di esprimere apertamente e pubblicamente un aspetto della propria identità, oltre ad essere profondamente discriminatorio, rappresenta una violazione del diritto alla rispetto della vita privata e, in alcuni casi, della libertà di opinione e di espressione²³⁷. La violazione del diritto al matrimonio, determinata dalle unioni forzate o indotte²³⁸, può altresì rappresentare un caso di persecuzione, così come quei comportamenti che violano il divieto di tortura e trattamenti inumani o degradanti, come periodi di detenzioni ingiustificati, abusi medici, minacce di morte e i c.d. *honour killing*.

Tuttavia, la varietà di possibili violazioni non è l'elemento centrale nella valutazione delle richieste di protezione internazionale. Nella procedura di riconoscimento dello status di rifugiato, ciò che rileva non è il tipo di atteggiamento discriminatorio subito, quanto la necessità di poterlo identificare come persecutorio e, quindi, intollerabile per il richiedente.

Trattandosi di atti che danneggiano l'identità, il loro esame deve avvenire attraverso una valutazione olistica e, quindi, considerando complessivamente l'integrità fisica, sessuale e psicologica del richiedente, in relazione alla attitudini sociali e culturali della comunità di

²³⁴ Sul punto è illuminante un passaggio della High Court of Australia «The purpose of the Convention is to protect the individuals of every country from persecution on the grounds identified in the Convention whenever their governments wish to inflict, or are powerless to prevent, that persecution. Persecution covers many forms of harm ranging from physical harm to the loss of intangibles, from death and torture to State sponsored or condoned discrimination in social life and employment. Whatever form the harm takes, it will constitute persecution only if, by reason of its intensity or duration, the person persecuted cannot reasonably be expected to tolerate it.» *Appellant S395/2002 v. Minister for Immigration and Multicultural Affairs*, [2003] HCA 71 (Australia High Court, 9 dicembre 2003) par. 40.

²³⁵ Particolarmente interessanti a questo proposito alcune decisioni, quali: *Decision No. MA6-01580* (Immigration and Refugee Board (IRB) of Canada, 12 febbraio 2007) e *HS (Homosexuals: Minors, Risk on Return) Iran v. Secretary of State for the Home Department*, UKAIT 00120 (UK Asylum and Immigration Tribunal, 4 agosto 2005) e quello della Corte Costituzionale del Sud Africa dove si legge: «Where measures of discrimination are, in themselves, not of a serious character, they may nevertheless give rise to a reasonable fear of persecution, if they produce, in the mind of the person concerned, a feeling of apprehension and insecurity as regards his [or her] future existence» in *NCGLE (National Coalition for Gay and Lesbian Equality) v. Minister of Justice*, CCT 11/98 (Constitutional Court of South Africa, 9 October 1998) par. 133.

²³⁶ Si veda, ad esempio, *RRT Case No. 071818233*, RRTA 62 (Refugee Review Tribunal of Australia, 15 febbraio 2008).

²³⁷ L'articolo 20 dei Yogyakarta Principles stabilisce che: « Everyone has the right to freedom of opinion and expression, regardless of sexual orientation or gender identity. This includes the expression of identity or personhood through speech, deportment, dress, bodily characteristics, choice of name, or any other means, as well as the freedom to seek, receive and impart information and ideas of all kinds, including with regard to human rights, sexual orientation and gender identity, through any medium and regardless of frontiers» A group of 29 human rights experts, «The Yogyakarta Principles, Principles on the Application of International Human Rights Law in Relation to Sexual Orientation and Gender Identity.» (Marzo 2007).

²³⁸ In alcuni Paesi, la scelta di non sposare una persona del sesso opposto significa esporsi direttamente allo stigma e spesso sono le stesse famiglie a costringere l'individuo a sposarsi per evitare la vergogna. In questi casi, vi è un'evidente violazione del diritto al rispetto della vita privata, ma anche del diritto al matrimonio. Infatti, l'articolo 23(3) dell'ICCPR garantisce che: «No marriage shall be entered into without the free and full consent of the intending spouses», così come l'articolo 12 della ECHR e l'articolo 16 della Convention on the Elimination of Discrimination Against Women del 1979. Si veda anche *SZANS v. Minister for Immigration*, FMCA 445 (Federal Magistrates' Court of Australia, 13 agosto 2004) e l'approfondita descrizione della condizione delle donne lesbiche e bisessuali in Iran nel report Human Rights Watch, «*We Are a Buried Generation*» *Discrimination and Violence against Sexual Minorities in Iran* (New York: Human Rights Watch, 2010) pag. 74 e ss.

provenienza²³⁹. L'autorità competente dovrà assumere allora una premessa fondamentale a base del proprio esame, ovvero che «the applicants is entitled to live in society as who they are, and need not to hide who they are».

Nonostante tale premessa derivi direttamente dall'evoluzione delle norme legate alla tutela dei diritti umani, non sempre è stato rispettato nelle decisioni delle competenti autorità. Questa premessa valida indiscutibilmente e pacificamente per gli altri fattori di discriminazione, come la razza e la religione, non è altrettanto lineare nell'applicazione alle fattispecie in oggetto. L'incomprensione rispetto alla modifica dei ruoli di genere crea, infatti, non poche difficoltà, che si palesano con estrema intensità con riferimento alle diverse ipotesi di persecuzione qui di seguito esaminate.

i. Norme che criminalizzano gli atti omosessuali c.d. *sodomy laws*

Il timore di poter subire atti persecutori può derivare dall'esistenza di norme penali che proibiscano, direttamente o indirettamente, le relazioni tra persone dello stesso sesso. La criminalizzazione degli atti sessuali tra adulti consenzienti crea rilevanti problemi ai richiedenti asilo LGBTI, non solo quando siano applicate nel Paese d'origine, ma anche quando presenti nel Paese ospite. Le norme a contenuto moralistico dirette a reprimere la pubblica indecenza e gli atti osceni, a salvaguardia di concetti liquidi come quello di “buon costume”, sono spesso applicati in maniera particolarmente dura e sproporzionata nei confronti delle minoranze sessuali²⁴⁰. In una famosa decisione della Corte Costituzionale del Sud Africa di legge: «conduct that deviates from some publicly established norm is usually only punishable when it is violent, dishonest, treacherous or in some other way disturbing of the public peace or provocative of injury. In the case of male

²³⁹ Tale approccio, espressamente adottato dall'UNHCR per il generico esame delle richieste di asilo, è particolarmente importante nel caso dei richiedenti LGBTI, laddove la percezione e i pregiudizi comuni tendono ad assumere le scelte relative alle sessualità come devianti e particolarmente fastidiose per il mantenimento dell'ordine sociale anche nei Paesi *refugee hosting*. In particolare, «the criteria of well-founded fear includes a subjective examination (that the individual personally has fear) and an objective one (that the fear is well-founded). The first criterion will depend on the subjective situation of the person and therefore will need to be assessed on a case-by-case basis. The second criterion will require an examination of the factual circumstances alleged and also a consideration of the individual case and person alleging the fear, as different persons face different risks depending on their situation, and will have different reasons for a fear to be well-founded», International Commission of Jurists, *Migration and International Human Rights Law* (Geneva: International Commission of Jurists, 2011) pag. 49.

²⁴⁰ Nel primo e completo Report del UN High Commissioner for Human Rights sulle norme discriminatorie e sugli atti di violenza nei confronti degli individui LGBTI, viene sottolineata la particolare violenza che raggiungono i crimini d'odio quando l'aspetto caratterizzante sia legato alla sessualità: «Homophobic and transphobic violence has been recorded in all regions. Such violence may be physical (including murder, beatings, kidnappings, rape and sexual assault) or psychological (including threats, coercion and arbitrary deprivations of liberty). These attacks constitute a form of gender-based violence, driven by a desire to punish those seen as defying gender norms. In addition to “street” violence and other spontaneous attacks in public settings, those perceived as LGBT may be targets of more organized abuse, including by religious extremists, paramilitary groups, neo-Nazis and extreme nationalists. Young LGBT people and those of all ages who are seen to be transgressing social norms are at risk of family and community violence. Lesbians and transgender women are at particular risk because of gender inequality and power relations within families and wider society. Violence against LGBT persons tends to be especially vicious compared to other bias-motivated crimes.» Report of the United Nations High Commissioner for Human Rights, *Discriminatory laws and practices and acts of violence against individuals based on their sexual orientation and gender identity*, A/HRC/19/41 (Human Rights Council, 2011) par. 20, 21 e 22.

homosexuality however, the perceived deviance is punished simply because it is deviant. It is repressed for its perceived symbolism rather than because of its proven harm»²⁴¹.

Se ormai più nessuno Stato membro del Consiglio d'Europa sanziona penalmente gli atti omosessuali, lo stesso non può dirsi per i Paesi non membri. Sono 76 i Paesi in cui le attività sessuali consensuali tra persone adulte dello stesso sesso sono sanzionate penalmente. A volte la criminalizzazione è disposta per entrambi i sessi²⁴² e a volte – senza tenere in considerazione le donne – sono sanzionati soltanto i contatti sessuali tra uomini²⁴³. In sette di questi Paesi, gli atti omosessuali sono puniti con la condanna a morte (Iran²⁴⁴, gli Stati settentrionali della Nigeria, Mauritania, Arabia Saudita, le zone meridionali della Somalia, Sudan e Yemen). In alcuni di questi 76 Paesi, le attività sessuali tra persone dello stesso sesso non sono di per sé esplicitamente sanzionate, ma sono sottoposte a disposizioni penali che puniscono i comportamenti “innaturali” o “indecenti” (o definizioni simili) e finiscono per criminalizzare le attività sessuali tra persone dello stesso sesso²⁴⁵. La criminalizzazione, peraltro, accentua in misura rilevante il clima omofobo. La circostanza che sia lo Stato stesso a condannare la devianza autorizza, implicitamente, i soggetti statuali e privati a perseguire e danneggiare le minoranze sessuali, rimanendo evidentemente impuniti²⁴⁶.

²⁴¹ *NCGLÉ (National Coalition for Gay and Lesbian Equality) v. Minister of Justice*, CCT 11/98 (Constitutional Court of South Africa, 9 October 1998) par. 108.

²⁴² Per esempio, il Codice penale del Gambia del 1965, emendato nel 2005, definisce all'articolo 144: «Reati contro natura. (1) Chiunque abbia (a) rapporti carnali con chiunque contro natura; o (b) rapporti carnali con un animale; o (c) conceda a chiunque di avere rapporti carnali con sé contro natura commette un crimine e può essere punito con la detenzione per 14 anni. (2) In questa sezione con 'rapporti carnali contro natura' si intende (a) rapporti carnali con una persona attraverso l'ano o la bocca; (b) inserendo un qualunque oggetto o cosa nella vulva o nell'ano della persona allo scopo di simulare l'atto sessuale; e (c) commettere qualsiasi genere di atto omosessuale».

²⁴³ Per esempio il Codice penale dell'Uzbekistan, 1994, Articolo 120: «Besoqolbozlik, cioè il rapporto sessuale volontario tra due individui di sesso maschile, sarà punito con la detenzione fino a tre anni». Disponibile su www.legislationline.org/documents/id/8931.

²⁴⁴ Il caso dell'Iran è particolarmente interessante perché, come vedremo meglio in seguito, nonostante la consistenza di informazioni sulle pratiche discriminatorie, spesso le Corti interne e internazionali hanno rifiutato lo status di rifugiato, motivando le proprie decisioni proprio sull'assenza di prove delle persecuzioni. Nel più completo report sulla situazione iraniana si legge: «Iranian law criminalizes all sexual relations engaged in outside the traditional bonds of marriage. Same-sex conduct, whether consensual or forced, is specifically addressed in Iran's penal code. According to Iran's Islamic Penal Code, same-sex crimes are subject to hudud, a class of punishment that is fixed pursuant to Shari'a or divine [Islamic] law, where the claimant is deemed to be God. Individuals convicted of engaging in same-sex conduct are subject to severe punishment, including the death penalty. Iran's Islamic Penal Code defines lavat (sodomy) as consummated sexual activity between males, whether penetrative or not. Same-sex relations between women, or mosaheqeh, are also punishable. In both cases, the accused may only be punished if they are determined to be mature, of sound mind, and willing participants. Same-sex intercourse between two men is punishable by death if it is determined that both partners meet these criteria. The manner of execution is at the judge's discretion. If an adult male is convicted of committing same-sex intercourse with a minor he is to be executed, while the minor shall receive up to 74 lashes unless it is determined that he has not willingly participated in the act. Minors convicted of engaging in same-sex intercourse with one another will receive up to 74 lashes unless one of them is deemed not to have willingly participated in the act.» Human Rights Watch, *"We Are a Buried Generation" Discrimination and Violence against Sexual Minorities in Iran* (New York: Human Rights Watch, 2010) pag. 19

²⁴⁵ Per esempio, il Codice penale del Libano, 1943, Articolo 534: «Qualunque rapporto sessuale contro natura sarà punito con la detenzione fino a un anno». Peraltro, oltre all'elenco di 76 Paesi redatto dall'ILGA, ci sono Paesi in cui sono criminalizzate anche le persone transessuali. Per esempio, in Turchia, paese che già nel 1858 ha abolito la criminalizzazione dell'atto sessuale tra persone dello stesso sesso, si usa la Legge sui reati minori per imporre multe alle persone transessuali, e in determinate circostanze alcuni tribunali hanno applicato il principio della “provocazione iniqua” pronunciandosi a favore dei responsabili di crimini contro persone transessuali cfr. Commission Staff Working Document, *Turkey 2009 Progress Report* (Bruxelles: SEC, 2009) p. 26 e p. 72. Tuttavia, anche questa criminalizzazione indiretta è stata considerata rilevante per il riconoscimento dello status di rifugiato, si veda ad esempio *RRT Case No. 071862642*, RRTA 40 (Refugee Review Tribunal of Australia, 19 febbraio 2008).

²⁴⁶ «A pervading and/or generalized climate of homophobia in the country of origin (for example, where the government displays its disapproval through harsh anti-homosexual rhetoric, where LGBT persons are repressed and surveilled by their families or neighbours, or the media uses derogatory stereotypes to describe them) can be considered an indication that LGBT persons are being persecuted» United Nations High Commissioner for Refugees, *UNHCR Guidance on Refugee Claims Relating to Sexual Orientation and Gender Identity*, Division of International Protection Services, Protection Policy and Legal Advice Section (Geneva: UNHCR, 2008) par. 21. In questo senso si è espresso Parlamento Europeo in European Parliament, «Resolution of 13 March 2008 on the Case of the Iranian Citizen Sayyed Mehdi Kazemi», PA_TA-PROV(2008)0107.

Le c.d. *sodomy laws* sono state considerate discriminatorie e contrarie al diritto al rispetto della vita privata²⁴⁷. In linea teorica, per quanto tale carattere le renda persecutorie *ex se*, non dovrebbero essere da sole sufficienti a garantire il riconoscimento della protezione. Infatti, così come per gli altri *status* che possono giustificare la domanda di protezione, ogni richiedente deve, in ogni caso, dimostrare anche la fondatezza del timore di essere perseguitato in virtù dell'esistenza di queste stesse norme. In altri termini, il richiedente deve dare prova che vi sia un reale rischio del danno che subirebbe qualora dovesse rientrare nel Paese d'origine. L'esame della richiesta, allora, dovrebbe avvenire sulla base di diversi fattori rilevanti; oltre alla condizione specifica del richiedente, vanno tenute in considerazione le norme incriminatrici, il complessivo contesto normativo e il modo in cui le stesse leggi discriminatorie sono applicate. È tuttavia evidente che, laddove siano imposte sanzioni particolarmente gravi, quali punizioni corporali o la pena capitale, dimostrare la legittimità del fondato timore dovrebbe essere meno oneroso di quando, invece, le norme abbiano carattere generico e solo nell'effettiva applicazione acquisiscano il carattere discriminatorio verso un determinato gruppo sociale.

Nella prassi dell'UNHCR, però, secondo quanto disposto dalle Linee guida, la presenza di norme che criminalizzano gli atti omosessuali tra adulti consenzienti e che impongono sanzioni sproporzionate (tali devono essere considerati la detenzione, le punizioni corporali e la pena capitale) deve essere ritenuta di per sé sufficiente a garantire il riconoscimento della protezione, indipendentemente dall'esistenza di informazioni derivanti dal Paese d'origine che attestino l'effettiva applicazione di dette norme²⁴⁸. Quindi, indipendentemente dal fatto che il richiedente dimostri compiutamente la fondatezza del timore di subire atti persecutori. La ragione di questo peculiare indirizzo interpretativo è che, pur non applicate, tali norme possono causare altri tipi di violazioni particolarmente gravi. Tra queste, violenze inflitte dagli agenti di polizia a scopi estorsivi e detenzioni illegali, nonché procedimenti penali pretestuosi instaurati per crimini di violenza sessuale o di detenzione illegale di stupefacenti. A ciò si aggiunga che la presenza di queste norme impedisce all'individuo di ottenere un'adeguata protezione da parte dello Stato. Quando un appartenente ad una minoranza sessuale abbia subito episodi di violenza, potrebbe esitare nel

247

Esiste una giurisprudenza internazionale e nazionale abbastanza articolata che afferma con decisione la contrarietà delle *sodomy laws* rispetto alle norme di tutela dei diritti fondamentali. Esemplicativi, in questo senso, sono le decisioni *Toonen v. Australia*, CCPR/C/50/D/488/1992 (Human Rights Committee, 4 aprile 1994); *Dudgeon v. United Kingdom*, n. 7525/76 (European Court of Human Rights, 22 ottobre 1981).

248 «Laws criminalizing same-sex relations in countries of origin can be persecutory *per se*. Even if these laws are not regularly enforced, they can nevertheless give rise to a well-founded fear of being persecuted because of the context they create. A holistic assessment of the legislation and the legal system is required. It is unreasonable to demand that claimants first seek State protection when their country of origin maintains such laws.» in Expert roundtable organized by the United Nations High Commissioner for Refugees, «Summary Conclusions: Asylum-Seekers and Refugees Seeking Protection on Account of their Sexual Orientation and Gender Identity,» (Geneva, 2010).

rivolgersi all'ausilio della forza pubblica, giacché più che come vittima potrebbe essere trattato da criminale²⁴⁹.

Pur tuttavia, nella più gran parte dei Paesi membri dell'Unione Europea, le direttive dell'UNHCR non sono seguite e la semplice presenza di norme che sanzionano gli atti omosessuali non sono sufficienti per riconoscere lo *status* di rifugiato. Di norma, è necessario che si dimostri anche l'effettiva applicazione di dette norme. Il *Refugee Appeals Tribunal* irlandese, ad esempio, ha negato la protezione ad una lesbica pakistana, pur riconoscendo che in Pakistan l'omosessualità fosse considerata reato. La decisione si fondava proprio sull'evidenza di una scarsa applicazione delle norme in questione, testimoniata dai dati contenuti in un rapporto del Dipartimento di Stato americano. In Danimarca, Finlandia, Norvegia e Spagna i richiedenti devono dimostrare di essere stati sottoposti almeno ad un procedimento penale o qualsiasi tipo di prova dimostri che le autorità siano al corrente del comportamento criminoso²⁵⁰.

L'aspetto appare notevolmente critico se si assume che raramente i governi dei Paesi che criminalizzano gli atti sessuali "devianti" forniscono dati sulle percentuali di applicazione delle disposizioni penali. Inoltre, i procedimenti possono svolgersi in Tribunali della Sharia, Tribunali o Istanze paragiurisdizionali locali, le cui decisioni sono di difficile reperibilità. Le informazioni sul Paese d'origine, le c.d. COI, dovrebbero essere valutate con attenzione, assumendo come punto di partenza la situazione complessiva del Paese di provenienza, evitando di assumere che la loro esiguità sia tradotta in assenza di violazioni.

Anche l'assenza di prove rispetto a persecuzioni già subite – e, quindi, l'impossibilità di produrre documenti che attestino l'applicazione concreta nei confronti del richiedente di dette norme – dovrebbe, sempre secondo quanto affermato nelle Linee Guida dell'UNHCR, essere un dato ininfluenza rispetto alla decisione delle autorità nazionali. Infine, lo *status* dovrebbe essere riconosciuto anche al richiedente che abbia timore di subire una persecuzione futura, giacché è

²⁴⁹ Nella decisione *Décision M. OI*, No. 543182 (Commission des Recours des Réfugiés France, 31 maggio 2006), la Commissione ha ritenuto che, nonostante le norme che sanzionavano gli atti omosessuali fossero state abrogate, il costume sociale indicava comunque a commettere atti persecutori. In un report del Servizio immigrazione finlandese sull'Iraq si legge: «In generale, le autorità non possono garantire la protezione necessaria, perché l'omosessualità è considerata illegale in base alla religione e ai costumi tradizionali. Nella maggior parte dei casi in cui persone omosessuali hanno subito atti di violenza, sono state assassinate per motivi d'onore, costrette alla prostituzione e rapite, nessuno è stato punito per questi atti. Si sono verificati molti casi di omosessuali maltrattati, abusati sessualmente e ricattati dalla polizia» in *Maahanmuuttovirasto* (Servizio di immigrazione finlandese) 12 febbraio 2010. Nel rapporto sull'Armenia del Ministero olandese degli Affari esteri del 19 dicembre 2006 si nota che: «in generale gli omosessuali non si rivolgono alla polizia per chiedere aiuto, perché non hanno la garanzia che riceveranno protezione. Contattando la polizia, gli omosessuali rischiano di essere ricattati dagli agenti».

²⁵⁰ Ad esempio, in Spagna, nel caso di un omosessuale algerino il Tribunale ha affermato che per quanto in Algeria l'omosessualità sia un reato, la situazione reale non sarebbe così grave da dichiarare che una persona vi sia perseguitata a causa del suo orientamento sessuale. Decisione n. 1563/2007 (Audiencia Nacional, 7 novembre 2008). La Corte di appello norvegese ha negato lo status di rifugiato ad un omosessuale iraniano assumendo che le limitazioni che gli omosessuali devono sopportare in Iran, riguardo all'esercizio del loro orientamento sessuale, a causa della condanna da parte del mondo sociale e religioso, non possono certo essere considerate persecuzioni ai sensi della Convenzione del 1951, o ritenute sufficienti a giustificare una domanda di protezione. La Corte ha ritenuto che negare il soggiorno in Norvegia a un omosessuale straniero e il conseguente rientro nel paese d'origine, in cui l'attività omosessuale è punibile per legge e comporta la condanna da parte della società, non può essere considerata una violazione dell'Articolo 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo. LB-2002-1352 - RG-2002-1259 (196-2002). Per un approfondimento efficace sulle prassi delle autorità nazionali vedi Sabine Jansen e Thomas Spijkerboer, *Fleeing Homophobia Asylum claims related to sexual orientation and gender identity in the EU* (Amsterdam: COC NEDERLAND - VRIJE UNIVERSITEIT AMSTERDAM, 2011).

possibile che abbia mantenuto celato il proprio orientamento, in tal modo evitando di subire atti persecutori²⁵¹.

ii. Persecuzione da parte di agenti non statali

Un'altra ipotesi particolarmente frequente, ma ancor più problematica, di persecuzione nei confronti delle minoranze sessuali è quella perpetrata dai soggetti non statali, quando lo Stato non voglia o non possa offrire adeguata protezione. I *non-State actors* – che siano familiari²⁵², vicini di casa, colleghi di lavoro o estranei – possono essere coinvolti nella persecuzione sia direttamente, attraverso atti di violenza fisica²⁵³ e psicologica o matrimoni forzati, sia indirettamente, esponendo l'individuo al rischio di aggressioni denunciandone la sessualità alle autorità o, più in generale, rivelandola pubblicamente. Tra le situazioni in cui il non intervento dello Stato può essere considerato persecutorio si annoverano sicuramente i casi di mancato intervento della polizia in seguito a richieste di aiuto e il rifiuto delle autorità di indagare, giudicare o condannare gli individui colpevoli di questi atti.

La complessità di tali circostanze nasce dal fatto che in questi casi, la prova del nesso causale deve soddisfare due condizioni: in primo luogo, dare prova di un reale rischio e, in secondo luogo, dare prova dell'incapacità delle autorità del Paese di origine di assicurare una protezione adeguata.

Il problema principale è legato alla circostanza che spesso i richiedenti non fanno ricorso alla forza pubblica, o perché gli atti omosessuali sono espressamente criminalizzati o perché si trovino in un clima profondamente omofobo e transfobico, tanto da preferire l'accettazione passiva dell'aggressione per evitare di aggravare la propria situazione. Pertanto, è difficile che si abbiano informazioni relative a fatti di palese diniego di giustizia. È questo il motivo per cui, nel corso dell'esame delle richieste è necessario che ci si basi oltre che sulle informazioni ufficiali, anche su quelle legate al sistema sociale e culturale che caratterizza il Paese d'origine.

²⁵¹ A parere della Corte Suprema australiana: «it is the threat of serious harm with its menacing implications that constitutes the persecutory conduct. To determine the issue of real chance without determining whether the modified conduct was influenced by the threat of harm is to fail to consider that issue properly» *Appellant S395/2002 v. Minister for Immigration and Multicultural Affairs*, [2003] HCA 71 (Australia High Court, 9 dicembre 2003) par. 43. Nel parere alla Tokyo Bar Association dell'UNHCR, si legge poi: «There is no requirement of past persecution, and the fact that the applicant was never actually prosecuted for his/her sexual practice does not exclude the refugee from having a well-founded fear of persecution.» par. 12; vedi anche United Nations High Commissioner for Refugees, «Handbook on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status,» (1992) par. 45 e 83.

²⁵² «LGBT persons are also among the victims of so-called “honour” killings, carried out against those seen by family or community members to have brought shame or dishonour on a family, often for transgressing gender norms or for sexual behaviour, including actual or assumed same-sex sexual activity. While women are generally the targets of this sort of punishment, these attacks can be directed at individuals of any sex» Report of the United Nations High Commissioner for Human Rights, «Discriminatory laws and practices and acts of violence against individuals based on their sexual orientation and gender identity,» A/HRC/19/41 (2011) par. 25

²⁵³ Un report del 2011 dell'Agenzia Europea per i diritti fondamentali ha accertato che «lesbian and bisexual women are more likely to experience sexual and other assaults in private settings than gay or bisexual men, who are more likely to be attacked by unknown perpetrators. The perpetrators are usually young men in groups» European Union Agency for Fundamental Rights, «Homophobia, Transphobia and Discrimination on Grounds of Sexual Orientation and Gender Identity in the EU Member States: Summary of Findings, Trends, Challenges and Promising Practices,» (Vienna, 2011) pag. 13.

Tuttavia, la prassi nazionale delle autorità competenti denota una forte tendenza ad opporre il diniego alla richiesta quando non vi siano sufficienti prove e dell'aggressione e della richiesta di intervento delle autorità dello Stato d'origine. Un esempio paradigmatico molto recente è un caso austriaco²⁵⁴ di diniego dello status di rifugiato ad un richiedente omosessuale ucraino ripetutamente aggredito da un gruppo denominato "Patrioti Ucraini". Questi, dopo aver lasciato la propria città ed essersi trasferito in un albergo, si era informato con i dipendenti rispetto alla scena omosessuale della città. La stessa notte fu stuprato nella sua stanza e minacciato di non avvertire la polizia. La circostanza che questi non si fosse poi effettivamente rivolto alle autorità ha pregiudicato l'approvazione della richiesta. È pur vero, d'altronde, che in Ucraina l'omosessualità è stata depenalizzata soltanto nei primi anni Novanta. Pertanto, seguendo le Linee Guida dell'UNHCR il Tribunale austriaco non avrebbe effettuato una corretta valutazione oggettiva e soggettiva della situazione del ricorrente e delle COI. Il semplice fatto che non vi fosse alcuna sanzione per gli atti omosessuali non esclude, infatti, che il clima omofobo potesse creare una situazione di persecuzione sociale²⁵⁵.

2.2. Il requisito della discrezione e la protezione interna

Altri aspetti di notevole criticità nella procedura di riconoscimento dello *status* di rifugiato per i richiedenti LGBTI sono quelli della discrezione e della protezione interna.

Quanto al primo aspetto, consiste nella prassi di opporre il diniego alle richieste di protezione internazionale in virtù del concetto di evitabilità della persecuzione nel paese d'origine attraverso l'adozione di atteggiamenti "discreti", pretendendo quindi – esplicitamente o implicitamente – che il richiedente mantenga celata la propria identità sessuale. La problematicità di quest'ulteriore requisito nasce dalla sua consistente diffusione²⁵⁶. La maggior parte degli Stati membri dell'Unione,

²⁵⁴ D12 230.429-2/2009/8E (Asylgerichtshof, 30 ottobre 2009). È d'obbligo precisare che è stato proposto ricorso contro la decisione alla Corte Costituzionale austriaca.

²⁵⁵ Peraltro, molto spesso, le violenze da parte dei privati soffrono del vizio di underreporting, più di quanto non accada con quelle provenienti dagli agenti statuali. «Non-lethal violence directed at individuals on the basis of their sexual orientation or gender identity is less consistently documented by special procedures, largely because of underreporting and a protection gap in terms of existing mandates. Nevertheless, several mandate holders have highlighted individual cases and voiced concern at the prevalence of such violence. In her 2010 report to the Human Rights Council, the Special Rapporteur on human rights defenders noted that she had sent 47 communications regarding defenders working on LGBT issues during the previous year; killings of LGBT human rights defenders were alleged in five communications, with rape and sexual violence, including against males, being reported in a further six.» Report of the United Nations High Commissioner for Human Rights, «Discriminatory laws and practices and acts of violence against individuals based on their sexual orientation and gender identity,» A/HRC/19/41 (2011) par. 28.

²⁵⁶ Il requisito della discrezione è stato uno dei quesiti oggetto di un rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia dell'Unione europea da parte del Oberverwaltungsgericht tedesco. Alla Corte di Lussemburgo è stato chiesto se richiedere ad uno straniero omosessuale di vivere nel proprio Paese celando il proprio orientamento sessuale fosse una richiesta incompatibile con lo scopo dell'articolo 10(1)(d) della Direttiva Qualifiche. Alla Corte è stato, inoltre chiesto se – alla luce della medesima norma – l'attività omosessuale dovesse godere della medesima protezione di quella eterosessuale *in light of specific prohibitions for the protection of public order and morals*. Sebbene appaia prevedibile che la Corte non avrebbe avuto difficoltà a rispondere negativamente alla richiesta del requisito della discrezione e del relativismo culturale, non è dato conoscerne l'esito poiché il ricorso è stato ritirato sulla scorta del riconoscimento al richiedente dello status di rifugiato. Vedi Official Journal of the European Union, 5 febbraio 2011, C38/7, 2011/C 38/09, Caso C-563/10.

infatti, adottano abitualmente il suddetto criterio nella valutazione individuale delle richieste di asilo. Paradigmatica, a questo proposito, è una recente decisione del Consiglio belga per i casi stranieri. Il diniego opposto alla richiesta di asilo presentata da un omosessuale iraniano è stato motivato proprio sulla base della possibilità di non rivelare la propria identità sessuale. In altri termini, a parere del Consiglio, la consistente differenza tra spazio privato e sfera pubblica, che caratterizza la società iraniana, gli avrebbe comunque permesso di condurre un'esistenza accettabile. La generale "tolleranza di fatto" della società avrebbe richiesto quale unica condizione il silenzio²⁵⁷.

Tale prassi è stata espressamente disconosciuta dall'UNHCR²⁵⁸, che – affermando che non esiste alcun dovere di discrezione²⁵⁹ o di evitare in qualsiasi modo di subire la persecuzione – ha ricordato come il requisito da accertare nella valutazione delle richieste non sia quello dell'evitabilità degli atti persecutori, ma del giustificato timore di subirli. Obiettivo della Convenzione del 1951 è di garantire la protezione da parte della comunità internazionale a chi non è libero, nel proprio Paese, di godere *openly and freely*²⁶⁰ dei propri diritti fondamentali senza il timore di subire delle persecuzioni²⁶¹. Per questo motivo, uno Stato ospite non può aspettarsi o pretendere da un richiedente di rinunciare ad un aspetto fondamentale della propria identità per evitare la persecuzione, così come del resto agli attivisti non è richiesto di rinunciare alle proprie idee politiche²⁶², se non a scapito di tradire l'obiettivo della Convenzione e perpetuare il

²⁵⁷ 41 185, v Lex 200952695 (Raad voor de Vreemdelingenbetwistingen, 31 marzo 2010). Moltiplici sono i casi di richieste di asilo rigettate sulla base del criterio della discrezione. Per valutare la portata di quest'aspetto può essere utile richiamarne alcuni. In Ungheria, ad esempio, in relazione alla richiesta di una donna omosessuale proveniente dall'Africa occidentale le autorità avevano obiettato che se si fosse astenuta dal rendere pubblico il proprio orientamento sessuale non avrebbe di certo dovuto temere le conseguenze del suo comportamento. È stata rilevata, poi, una prassi preoccupante dell'Agenzia statale per i rifugiati bulgara. Nei casi riguardanti richiedenti omosessuali, viene suggerito agli stessi di tornare nel paese d'origine, cercando di vivere in maniera più discreta o, addirittura, cercando di cambiare orientamento sessuale. molti altri esempio sono riportati nel report *Fleeing Homophobia*, tra questi: «A woman from Sierra Leone had a hidden lesbian relationship in her country of origin. She came out in the Netherlands and did not want to conceal her sexual orientation again. The Council of State accepted the argument that "the fact that in the Netherlands the applicant used the possibilities and rights of Dutch society does not imply that she will be unable to accommodate upon return, even if that would require a certain restraint towards society", adding: "although sexual orientation is a crucial element of one's personality, this does not imply that it cannot be expected that she lives her private life in Sierra Leone in the same way as before she left for the Netherlands, just because she cannot live her sexual orientation in Sierra Leone publicly. It is also not contrary to Article 8 ECHR to expect this from her, for the mere reason that she has not adduced facts or circumstances indicating that in Sierra Leone she has not been able or will not be able to give a meaningful interpretation to her homosexual orientation.» Sabine Jansen e Thomas Spijkerboer, *Fleeing Homophobia Asylum claims related to sexual orientation and gender identity in the EU* (Amsterdam: COC NEDERLAND - VRIJE UNIVERSITEIT AMSTERDAM, 2011) pag 35.

²⁵⁸ United Nations High Commissioner for Refugees, *UNHCR Guidance on Refugee Claims Relating to Sexual Orientation and Gender Identity*, Division of International Protection Services, Protection Policy and Legal Advice Section (Geneva: UNHCR, 2008) par 25 e ss.

²⁵⁹ «There is no postulate in the Convention that, in the exercise of the fundamental freedoms mentioned..., applicants for protection must act quietly, maintain a low profile» in *NABD v. Minister for Immigration and Multicultural Affairs*, HCA 29 (High Court of Australia, 2005) par. 113. Vedi anche V. Choi, «Living Discreetly: A Catch 22 In Refugee Status Determinations On The Basis Of Sexual Orientation,» *Brooklyn Journal of International Law* 36 (2010): 450-489.

²⁶⁰ Stonewall, «No Going Back: Lesbian and Gay People and the Asylum System,» (2010) pag. 2.

²⁶¹ «The object of the signatories to the Convention was to protect the holding of such beliefs, opinions, membership and origins by living the person concerned refuge in the signatory countries when their country of nationality would not protect them. It would under mine the object of the Convention if the signatory countries require them to modify their beliefs or opinions, nationality or membership of particular social group before those countries would give them the protection under the Convention» *Appellant S395/2002 v. Minister for Immigration and Multicultural Affairs*, [2003] HCA 71 (Australia High Court, 9 dicembre 2003) par. 40.

²⁶² Infatti, «It would undermine the object of the Convention if the signatory countries required them to modify their beliefs or opinions or to hide their race, nationality or membership of particular social groups before those countries would give them protection under the Convention.» in *Appellant S395/2002 v. Minister for Immigration and Multicultural Affairs*, [2003] HCA 71 (Australia High Court, 9 dicembre 2003) par. 41. Inoltre, così come affermato dal Refugee Board canadese: «Into the equation must be added the claimant's new found freedom of expression in Canada and

comportamento dello Stato d'origine²⁶³. Questa prassi, oltre a riflettere il peso dei persistenti pregiudizi sui ruoli di genere e sulla sessualità, si caratterizza come un'applicazione discriminatoria della Convenzione stessa. Inserire una condizione aggiuntiva, come quella della discrezione, nel caso della richiesta fondata su orientamento sessuale e identità di genere, discriminerebbe le minoranze sessuali da tutti le altre categorie protette la cui soddisfazione del medesimo requisito non è affatto richiesta²⁶⁴.

Il Regno Unito, discostandosi leggermente da questa prassi, dal luglio del 2006, ha applicato nella valutazione delle richieste un correttivo al test della discrezione, quello del "relativismo culturale". Sostanzialmente, si tratta di correlare il sacrificio richiesto alla cornice socio-culturale del paese di origine, al fine di comprendere se la condizione della discrezione possa essere "ragionevolmente tollerabile"²⁶⁵ per il richiedente. Ma anche in questo caso l'UNHCR, intervenendo in giudizio innanzi alla Supreme Court of United Kingdom²⁶⁶, ha censurato apertamente la possibilità che la discrezione demandata al richiedente potesse in alcun modo considerarsi tollerabile, affermando che: «just as there is non basis for requiring an applicant to disavow a core aspect of their identity in order to avoid persecution, and the more so given that there is no superimposed duty to exercise rights and freedoms "reasonably", so too it is unhelpful and potentially misleading to speak of whether "discretion" is something that he or she can reasonably expected to tolerate»²⁶⁷. Eliminando la possibilità che la discrezione possa essere in alcun modo ragionevolmente tollerabile per alcuni individui in specifici contesti, non resta alcun giustificazione che permetta di aspettarsi un temperamento nell'esercizio di diritti fondamentali attraverso il semplice riferimento a differenti culture.

his desire to live openly in Sri Lanka as he does here in Canada [...]. We do not tell claimants that they have a right to practise their religion so long as they hide it. A hidden right is not a right.» *Decision VA5-02751* (Immigration and Refugee Board of Canada, 16 febbraio 2007).

²⁶³ Prescindendo dalla notazione per cui richiedere di nascondere un aspetto dell'identità significa implicitamente ammettere l'esistenza di un pericolo di persecuzione, l'UNHCR ha altresì affermato che «a requirement for discretion would furthermore imply that a person's sexual orientation is confined to a mere sexual act, thereby overlooking a range of behaviours and everyday activities otherwise affected by that person's sexual orientation and gender identity. It would, in fact, amount to requiring the same submissive and compliant behaviour, the same denial of a fundamental human right, which the agent of persecution seeks to achieve by persecutory conduct». United Nations High Commissioner for Refugees, *UNHCR Guidance on Refugee Claims Relating to Sexual Orientation and Gender Identity*, Division of International Protection Services, Protection Policy and Legal Advice Section (Geneva: UNHCR, 2008) par. 26. Altrettanto interessante quanto affermato dalle autorità neozelandesi: «Understanding the predicament of "being persecuted" as the sustained or systemic violation of basic human rights demonstrative of a failure of state protection means that the refugee definition is to be approached not from the perspective of what the refugee claimant can do to avoid being persecuted, but from the perspective of the fundamental human right in jeopardy and the resulting harm.» in *Refugee Appeal No. 74665* (New Zealand Refugee Status Appeals Authority, 7 luglio 2004).

²⁶⁴ Peraltro, diversi autori hanno rilevato come un individuo che vuole disperatamente evitare il *coming out* con il passare del tempo diventa sempre più visibile all'esterno. Cfr. C. Dauvergne e J. Millbank, «Before the High Court: Applicants S396/2002 and S395/2002, a gay refugee couple from Bangladesh.» *Sydney Law Review* 25, n. 97 (2003): 122. Nello stesso senso: «to remain closeted does, in fact, become increasingly "visible" with the passage of time'. The Upper Tribunal in *SW (Jamaica)* has been asked to address what I have previously referred to as the 'perception test', which addresses the lacuna in the fourth limb of Lord Rodger's guidelines, that even where (voluntary) discretion is not due to a fear of well-founded persecution, the fact that an individual is not living a straight life, will identify them as "different" leading to LGB identification.» in S. Chelvan, «Put Your Hands Up (If You Feel Love).» *Immigration, Asylum and Nationality Law* 25, n. 1 (2011) pag. 64.

²⁶⁵ Esemplificativamente, si veda *J v. Secretary of State for the Home Department*, [2006] EWCA Civ 1238, [2007] Imm AR 73 (Court of Appeal (England and Wales), 26 luglio 2006).

²⁶⁶ *HJ (Iran) and HT (Cameroon) v. Secretary of State for the Home Department*, [2010] UKSC 31; [2011] 1 AC 596 (UK Supreme Court, 7 luglio 2010).

²⁶⁷ Paragrafo 31 dell'intervento.

Accogliendo l'impostazione dell'UNHCR, la Corte Suprema ha annullato le precedenti decisioni basate sul requisito della discrezione, affermando che valutare se la minaccia di un danno alla persona sia sufficientemente grave da rientrare nel concetto di persecuzione è un esame che va condotto con riferimento ai parametri di tutela dei diritti fondamentali riconosciuti dalla comunità internazionale e non rispetto ai differenti contesti sociali²⁶⁸. Tuttavia, la decisione inglese rimane ancora un caso isolato.

Il secondo aspetto, quello della protezione interna, è una prassi altrettanto diffusa. Quando le autorità competenti ritengono che il richiedente possa trasferirsi in una zona più sicura del Paese d'origine rigettano la richiesta. Di norma, per determinare se un'area possa definirsi sicura, vanno soddisfatti due criteri, ossia che il luogo di trasferimento non presenti rischi di persecuzione o di danni gravi alla persona e che offra la possibilità della protezione statale²⁶⁹. Un esame che andrebbe condotto sempre con il metodo olistico e, quindi, valutando le circostanze generali relative alle Regioni o al Paese, nonché quelle personali del richiedente²⁷⁰.

In molti Paesi europei tale prassi è stata adottata nei casi di richiedenti fuggiti da Paesi in cui gli atti omosessuali tra adulti consenzienti erano sanzionati penalmente²⁷¹. Anche questa prassi, piuttosto diffusa, è stata criticata nell'esito delle sue applicazioni dall'UNHCR.

Va tenuto presente che l'alternativa della protezione interna, da valutare sempre con estrema attenzione, dovrebbe essere contestualmente “*relevant*” e “*reasonable*”²⁷². L'alternativa della riallocazione non è sicuramente “rilevante” se il soggetto che opera la persecuzione è lo Stato, anche nel caso in cui l'autorità dello stesso dovesse essere limitata a certe zone del territorio. Quando sia in vigore una norma penale a carattere generale che sanziona gli atti omosessuali, la stessa può potenzialmente essere applicata in ogni parte del Paese. L'alternativa può non essere “ragionevole”,

²⁶⁸ Si segnala un passo particolarmente illuminante della decisione: «What is protected is the applicant's right to live freely and openly as a gay man. That involves a wide spectrum of conduct, going well beyond conduct designed to attract sexual partners and maintain relationships with them. To illustrate the point with trivial stereotypical examples from British society: just as male heterosexuals are free to enjoy themselves playing rugby, drinking beer and talking about girls with their mates, so male homosexuals are to be free to enjoy themselves going to Kylie concerts, drinking exotically coloured cocktails and talking about boys with their straight female mates. Mutatis mutandis – and in many cases the adaptations would obviously be great – the same must apply to other societies. In other words, gay men are to be as free as their straight equivalents in the society concerned to live their lives in the way that is natural to them as gay men, without the fear of persecution.» par. 78.

²⁶⁹ Per una lettura completa sull'argomento si rinvia a J.C. Hathaway e M. Foster, «Internal Protection/Relocation/Flight Alternative as an Aspect of Refugee Status Determination,» in *Refugee Protection in International Law: UNHCR's Global Consultations on International Protection*, a cura di E. Feller, V. Türk e F. Nicholson (Cambridge: Cambridge University Press, 2003).

²⁷⁰ Cfr. con Consiglio dell'Unione europea, «Nota della Presidenza al Comitato dei rappresentanti permanenti,» 2009/0164 (COD), ASILE 56, CODEC 1133 (Bruxelles, 2011).

²⁷¹ In almeno sedici dei Paesi membri dell'Unione è stato accertato che si siano verificati casi in cui è stato negato il riconoscimento dello status di rifugiato sulla base dell'alternativa della protezione interna. Secondo quanto riportato da uno studio comparativo sulle prassi delle autorità competenti nei vari Paesi dell'Unione, gli esempi sono piuttosto vari: «In a judgment in 2003, in the case of a Russian trans woman the Danish Refugee Board relied on country of origin information in its finding that there was no reason to expect systematic persecution of trans persons in Russia, neither by private persons nor by the authorities. The Board therefore proposed that she should move to a larger city, where she could be expected to find a community of persons with her sexual orientation (sic), and where it would be less likely for her to become victim of abuse by the police. (...) In the case of a gay Iranian, the Finnish Migration Service reasoned: “internal relocation would be a feasible and effective way for him to avoid possible problems with his relatives and the authorities. It is not regarded as probable that the authorities would try to catch him, at least not outside his home area.”» Sabine Jansen e Thomas Spijkerboer, *Fleeing Homophobia: Asylum claims related to sexual orientation and gender identity in the EU* (Amsterdam: COC NEDERLAND - VRIJE UNIVERSITEIT AMSTERDAM, 2011) pag. 42-43.

²⁷² Cfr. UNHCR, *Guidelines on International Protection No. 4: “Internal Flight or Relocation Alternative” within the Context of Article 1A(2) of the 1951 Convention and/or 1967 Protocol relating to the Status of Refugees*, HCR/GIP/03/04, 23 July 2003, par. 7

quando la persecuzione provenga da attori non statali, poiché se le autorità non sono in grado o non vogliono proteggere il richiedente, l'inabilità o l'assenza di volontà sarà verosimilmente estesa a tutte le zone del Paese²⁷³. Peraltro, come già concluso in relazione al requisito della discrezione, pretendere dai richiedenti che non dichiarino apertamente il proprio orientamento sessuale o la propria identità di genere per non esporsi a rischio di persecuzione è inaccettabile. Allo stesso modo, avanzare la medesima pretesa, ma con riferimento ad un'altra regione del Paese, è altrettanto inaccettabile²⁷⁴. In questo modo il concetto di protezione interna verrebbe invocato in una maniera che frustrerebbe direttamente il godimento del diritto di lasciare il proprio Paese e richiedere protezione in un Paese straniero.

Nonostante la completa applicazione dei principi esposti nelle Linee Guida dell'UNHCR sia ancora rara nelle decisioni delle Corti interne, si percepiscono comunque dei cambiamenti. Nella già citata sentenza della Corte Suprema inglese, è stata espressamente rigettata l'obiezione della protezione interna, asserendo che la riallocazione non può presupporre che il richiedente debba adottare un atteggiamento discreto o, comunque, debba trovarsi pronto a mentire rispetto alla propria identità. Nel caso di specie, la Corte ha ritenuto che l'Iran e il Camerun non potessero essere considerato Paesi all'interno dei quali fosse possibile individuare zone alternative in cui i richiedenti potessero trasferirsi senza apportare modifiche fondamentali al proprio comportamento o alla propria percezione identitaria²⁷⁵.

2.3 Credibilità e Rivelazione successiva c.d. sur place claim

Un altro problema cruciale, che evidenzia la necessità di una disciplina specifica per i richiedenti LGBTI, è quello legato ad un aspetto particolare della credibilità.

Infatti, a parte la generale attendibilità della narrazione dell'esperienza del richiedente, quando la richiesta d'asilo è basata sull'orientamento sessuale o sull'identità di genere, il primo elemento che è verificato riguarda l'effettiva identità sessuale dello straniero. In altre parole, se

²⁷³ In una decisione dell'Immigration and Refugee Board canadese si legge: «Claimant's former husband and his agents would seek them [the claimant and her partner] out wherever they went because he would not tolerate the mother of his child living in a lesbian relationship anywhere» *Decision VAO-01624 & VAO-01625* (Immigration and Refugee Board of Canada, 8 marzo 2001) pag. 6.

²⁷⁴ Secondo quanto affermato nelle Linee Guida dell'UNHCR, «the applicant must also be able to access a minimum level of political, civil and socio-economic rights. Thus, he or she must be able to access State protection in a genuine and meaningful way. The existence of LGBT related Non Governmental Organizations does not in itself provide protection from persecution.» United Nations High Commissioner for Refugees, *UNHCR Guidance on Refugee Claims Relating to Sexual Orientation and Gender Identity*, Division of International Protection Services, Protection Policy and Legal Advice Section (Geneva: UNHCR, 2008) par. 34. Millbank ha in questo senso osservato che l'applicazione diffusa del test della discrezione ha in parte provocato il fraintendimento del concetto di ricollocazione interna dando per scontato, esplicitamente o implicitamente, che lo scopo della ricollocazione sia arrivare a una negazione della propria sessualità e non a un luogo davvero sicuro e dotato di protezione da parte dello Stato. J. Millbank, «From discretion to disbelief: Recent Trends in Refugee Determinations on the Basis of Sexual Orientation in Australia and the United Kingdom,» *International Journal of Human Rights* 13, n. 2/3 (2009): 3.

²⁷⁵ *HJ (Iran) and HT (Cameroon) v. Secretary of State for the Home Department*, [2010] UKSC 31; [2011] 1 AC 596 (UK Supreme Court, 7 luglio 2010). Vedi anche *SW (Jamaica) v. Secretary of State for the Home Department*, CG [2011] UKUT 00251 (UK Upper Tribunal, 24 giugno 2011).

possa ritenersi verosimile che il richiedente faccia parte, o sia percepito come parte, di un gruppo sociale formato da persone che condividono l'orientamento sessuale o l'identità di genere²⁷⁶.

Secondo quanto asserito dall'UNHCR nelle già citate Linee Guida, dovrebbe essere l'autoidentificazione a fungere da guida nell'individuazione dell'identità sessuale del richiedente. La ragione risiede nella circostanza che non tutti gli stranieri fuggiti dal proprio Paese sono in grado di allegare alla richiesta le prove del loro *status*, come ad esempio fotografie o documenti legati alle manifestazioni o attività di gruppi LGBTI. Anche perché, spesso, sono costretti a celare la propria identità per non incorrere in procedimenti giurisdizionali e sanzioni esemplari. Le autorità dovrebbero allora affidarsi esclusivamente alla testimonianza del richiedente, vagliandone la coerenza interna e, per quanto possibile, l'attendibilità attraverso riscontri esterni²⁷⁷.

Tuttavia, l'accertamento della sessualità è quello su cui maggiormente pesa il fattore del pregiudizio e dello stereotipo. Per le autorità che esaminano le richieste cercare di capire se il richiedente sia o meno un appartenente al gruppo LGBTI non solo è particolarmente problematico, ma spesso l'esame è erroneamente influenzato dalla presunzione dell'esistenza di una sorta di archetipo, di comportamento autentico degli appartenenti alle minoranze sessuali. Di norma, ci si aspetta che il gay assuma un atteggiamento femminile e che la lesbica abbia un aspetto fortemente maschile. Di contro, si tende a classificare automaticamente come eterosessuale chi sia stato sposato, abbia avuto figli o chi assuma un atteggiamento pienamente conforme ai ruoli di genere predominanti nella società.

Tali rappresentazioni del sentire comune altro non sono che gli stereotipi del modello occidentale che si scontrano nella pratica con l'inesistenza di un modello uniforme in base al quale le persone LGBTI riconoscono il proprio orientamento sessuale o identità di genere²⁷⁸. La molteplice variazione di modelli e di comportamenti si riscontra già tra gli appartenenti alle minoranze sessuali di uno stesso Paese, il quadro si complica se si prendono in considerazione le identità sessuali di persone provenienti da altri luoghi del mondo, rendendo particolarmente

²⁷⁶ In questo caso, il problema è più rilevante quando è sotto esame l'orientamento sessuale del richiedente, essendo effettivamente più raro che venga messa in discussione l'identità di genere per i transessuali o intersessuali. Al momento, si ha notizia di un solo caso verificatosi nel Regno Unito. Un richiedente proveniente dal Pakistan aveva presentato la domanda di protezione internazionale in qualità di lesbica, tuttavia successivamente ha presentato una nuova domanda in qualità di uomo transessuale. La richiesta è stata respinta dal ministero degli Interni a causa di un dubbio riguardante l'identità del trans. Nel febbraio del 2011, il ministero ha ammesso che gli uomini trans provenienti dal Pakistan sono un gruppo "a rischio" e gli ha garantito lo status di rifugiato. AB (Pakistan) (inedito, 2009) Tribunale amministrativo.

²⁷⁷ Nelle Linee Guida si legge: «Where the applicant is unable to provide evidence as to his or her sexual orientation and/or there is a lack of sufficiently specific country of origin information the decision-maker will have to rely on that person's testimony alone» United Nations High Commissioner for Refugees, *UNHCR Guidance on Refugee Claims Relating to Sexual Orientation and Gender Identity*, Division of International Protection Services, Protection Policy and Legal Advice Section (Geneva: UNHCR, 2008) par. 35. La coerenza risulta quindi l'aspetto da privilegiare: «if the applicant's account appears credible, he [or she] should unless there are good reasons to the contrary, be given the benefit of the doubt» United Nations High Commissioner for Refugees, «Handbook on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status.» (1992) par. 196. A queste indicazioni si è adattato anche lo United Kingdom Asylum and Immigration Tribunal, in una cui decisione si legge: «[T]here is the full, consistent detail and the plausible noting of small points, unlikely to be observed or recounted by a person who had not had the experiences described.» in *HS (Homosexuals: Minors, Risk on Return) Iran v. Secretary of State for the Home Department*, UKAIT 00120 (UK Asylum and Immigration Tribunal, 4 agosto 2005) par. 128.

²⁷⁸ Alcuni autori sostengono che, in assenza di una disciplina specifica e uniforme, l'esito della richiesta d'asilo di un richiedente LGBTI dipende più dai componenti dell'organo giudicante che non dalle dichiarazioni del richiedente stesso. Cfr. P. O'Dwyer, «A Well-Founded Fear of Having My Sexual Orientation Asylum Claim Heard in the Wrong Court,» *New York Law School Review* 52 (2007/2008): 185-212.

complessa l'opera di decodificazione degli atteggiamenti e, quindi, della credibilità²⁷⁹. Tale incertezza si riflette nei modi in cui viene affrontato il problema dell'attendibilità del richiedente nei diversi Stati ospiti. Non esiste, infatti, una prassi comune e i metodi di accertamento variano sensibilmente. In alcuni Stati, sono utilizzati esami medici²⁸⁰ (esami psichiatrici, reazioni fisiche a immagini pornografiche, per esempio come il cosiddetto test "fallometrico"²⁸¹), che spesso si collocano al limite dei trattamenti inumani e degradanti; in altri, vengono assunte dichiarazioni testimoniali e, in altri ancora, si fa ricorso a modelli e comportamenti che presuntivamente dovrebbero caratterizzare un componente della comunità LGBTI (tra cui mancanza di familiarità con la scena gay; matrimonio e genitorialità eterosessuale; scarsa conoscenza delle sanzioni penali; condotta troppo rischiosa)²⁸².

Affinché il rispetto dell'identità degli appartenenti alle minoranze sessuali possa essere pienamente garantito nel corso della procedura di esame della richiesta d'asilo, è necessario che venga definita una disciplina *ad hoc*, capace di ridurre i rischi sia di valutazione erronea²⁸³ delle

²⁷⁹ La NGO Human Rights First ha evidenziato con molta precisione i gaps di tutela che caratterizzerebbero i metodi di interrogazione adottati dalle autorità dei Paesi ospiti. Nel report si legge: «On occasion negative biases among service providers, adjudicators and UNHCR staff can impinge on the ability of LGBTI asylum seekers to access services as well as fair asylum proceedings. LGBTI asylum seekers in different parts of the world, including in the United States, the United Kingdom and elsewhere, are sometimes asked inappropriate questions by adjudicators. For example, in the U.K. and Australia, asylum adjudicators have characterized homosexual identity in highly stereotyped terms, such as "flaunting, displaying, advertising," as well as even "inviting" persecution." In Uganda, Turkey and Jordan, LGBTI refugees have also reported negative experiences with UNHCR staff in refugee status determination interviews. LGBTI refugees may also experience discrimination by other refugees on account of homophobic attitudes, which can lead to violence or limited access to safe shelter in settings such as detention, refugee camps and urban areas. Due to these multiple forms of discrimination, LGBTI refugees may be reluctant to reveal their sexual orientation or gender identity to national authorities or UN staff, especially if they are fleeing persecution from governments due to their sexual orientation or gender identity. Withholding of such information in asylum determination procedures can cause asylum adjudicators to question the credibility of LGBTI applicants, and has resulted in the rejection of asylum claims based on sexual orientation. As LGBTI refugees may not be comfortable speaking about their sexual orientation due to concerns about discrimination and potential isolation, their access to asylum may also be restricted in States that have asylum filing deadlines such as the United States.» Humann Rights Firts, «Persistent Needs and Gaps: the Protection of Lesbian, Gay, Bisexual, Transgender and Intersex (LGBTI) Refugees: An Overview of UNHCR's Response to LGBTI Refugees and Recommendations to Enhance Protection,» (New York, 2010) pag. 7

²⁸⁰ Esempi di esami eseguiti da psicologi, psichiatri e sessuologi per accertare l'orientamento sessuale sono stati riscontrati in 8 paesi: Austria, Bulgaria, Germania, Polonia, Repubblica Ceca, Romania, Slovacchia e Ungheria.

²⁸¹ Il problema del c.d. test fallo metrico è trattato in maniera completa in Agenzia europea per i diritti fondamentali, «Homophobia, Transphobia and Discrimination on Grounds of Sexual Orientation and Gender Identity, Comparative Legal Analysis,» (2010) pag. 58 e 59, nonché nel rapporto ORAM, «Testing Sexual Orientation: A Scientific and Legal Analysis of Plethysmography in Asylum and Refugee Status Proceedings,» (2010).

²⁸² Tra i molteplici esempi, tratti dal Report *Fleeing Homophobia* (cit. nota 64), si possono ricordare quello di un richiedente gay che a Cipro è stato interrogato sul suo servizio militare. Il fatto che non avesse cercato di evitare la leva, che nel suo Paese era obbligatoria, è stato valutato come contraddittorio con il suo comportamento gay. Ovvero, nel caso ungherese di una donna nigeriana, le autorità d'asilo hanno dichiarato improbabile che la richiedente utilizzasse "termini latini" (come "omosessuale") data l'educazione che aveva ricevuto. Le autorità hanno ipotizzato che avesse sentito o inventato la storia della sua omosessualità per ottenere lo status di rifugiata. L'esame medico aveva peraltro confermato la presenza di una "forte sessualità femminile". Ancora, in Spagna, un gay della Mauritania si è definito "maricon". Il tribunale ha deciso che si trattava di una parola raramente usata dagli omosessuali. Nei Paesi Bassi, un richiedente iracheno ha affermato che, sebbene avesse da cinque anni una relazione sessuale con un uomo, non era certo di essere davvero omosessuale, perché non aveva mai provato sentimenti verso un uomo. Le autorità gli hanno creduto, ma ha dichiarato che per quell'uomo le linee guida adottate per gli omosessuali iracheni non erano applicabili, perché lui non era omosessuale. Secondo la Commissione, infatti, nei paesi arabi gli uomini giovani spesso cercano soddisfazione sessuale rta di loro, perché è difficile poterlo fare con una donna. La decisione, comunque, è stata annullata in appello.

²⁸³ Un errore che viene commesso di frequente attiene, ad esempio, alle domande esplicite sul sesso. Molto spesso chi proviene da Paesi dal contesto socio culturale molto rigido può avere problemi a rispondere a quesiti del genere e, per questo motivo, le risposte vengono interpretate come evasive e quindi poco attendibili dalle autorità competenti. Dal questionario inviato alle autorità dei diversi Stati, per la stesura del Rapporto *Fleeing Homophobia*, è emerso che in Belgio si tende a porre domande come: "quand'è stata la prima volta che ha toccato dei genitali? Quand'è stata la prima volta che ha baciato con la lingua, che ha compiuto una fellatio, che ha avuto un coito?". L'inopportunità delle domande si riflette nel discutibile apporccio alle risposte. Infatti, si tende a considerare una relazione LGBTI rilevante solo quando si sostanzia in attività sessuali (orali o anali), oppure in generale a far coincidere l'inizio di una vera e propria relazione con il primo rapporto sessuale. In questo modo, è frustrato completamente il senso dell'identità LGBTI, come se questa dovesse essere ridotta all'aspetto sessuale e, quindi, ammettendo implicitamente che l'aspetto affettivo della relazione LGBTI è irrilevante. In Olanda, si è verificato un caso esemplare. Durante l'intervista con un richiedente iraniano, che stava raccontando di essere stato sorpreso nudo a letto con l'amico durante un rapporto sessuale, gli fu chiesto esattamente in quale posizione si trovassero. La domanda di asilo fu rigettata e il richiedente considerato non attendibile a causa della sua risposta "evasiva" alla domanda diretta. La decisione è stata, tuttavia, riformata dal Tribunale regionale, motivando che non fosse corretto verificare l'omosessualità del dichiarante sulla base della richiesta di ulteriori dettagli. Vedi *Haarlem*, 08/40650 (Rechtbank, 8 dicembre 2009).

richieste, che di violazione del diritto al rispetto della vita privata e del divieto ad essere sottoposti a trattamenti inumani e degradanti. A questo scopo, l'UNHCR ha cercato di individuare quelli che dovrebbero essere i punti salienti di detta disciplina.

Le dichiarazioni del richiedente dovrebbero essere lo strumento principale di valutazione, ma l'esame delle stesse dovrebbe essere condotto da intervistatori e interpreti preparati e informati rispetto alle specificità dell'argomento²⁸⁴. La preparazione degli intervistatori non sarebbe comunque sufficiente. Infatti, dovrebbe essere accertato al contempo che questi non assumano comportamenti omofobi²⁸⁵, che impedirebbero al richiedente di fidarsi della Commissione che giudicherà la richiesta²⁸⁶. Inoltre, le autorità non dovrebbero essere influenzate dal fatto che il richiedente non abbia avuto relazioni omosessuali significative nel Paese d'origine. Tale circostanza potrebbe, infatti, essere esclusivamente dettata dalla necessità di nascondere il proprio orientamento sessuale. A volte, poi, i soggetti cresciuti in un determinato contesto socio culturale tendono ad interiorizzare l'omofobia dell'ambiente circostante e assumono essi stessi un atteggiamento omofobo o, comunque, di profonda vergogna. Il richiedente, peraltro, a volte può non essere consapevole del fatto che il proprio orientamento sessuale o identità di genere lo legittimerebbe ad ottenere lo *status* di rifugiato. Per queste ragioni, non sempre lo straniero può apparire *prima facie* credibile alle autorità procedenti, potendo ben raggiungere determinate consapevolezze e un atteggiamento credibile solo in un momento successivo della procedura.

Strettamente correlato al problema della credibilità è quello della rivelazione successiva, c.d. *sur place*. Di norma, i richiedenti asilo dovrebbero immediatamente riferire in maniera chiara, precisa e coerente i motivi per cui temono una persecuzione, al fine di rafforzare la propria credibilità e incrementare le possibilità di ottenere un riscontro positivo dalle autorità competenti. Sollevare la questione dell'orientamento sessuale o dell'identità di genere in un secondo momento – durante la fase di ricorso o in una richiesta successiva – ne pregiudica proprio la credibilità, tanto che è molto elevata la percentuale di domande *sur place* respinte.

²⁸⁴ «Relevant ways to increase officials' awareness, include short targeted training sessions, mainstreaming of issues relating to sexual orientation and gender identity into the induction of new staff and training of existing staff, ensuring awareness of websites with expertise on LGBT issues, as well as the development of guidance relating to appropriate enquiries and interview techniques to use during the different stages of the asylum procedure» United Nations High Commissioner for Refugees, *UNHCR Guidance on Refugee Claims Relating to Sexual Orientation and Gender Identity*, Division of International Protection Services, Protection Policy and Legal Advice Section (Geneva: UNHCR, 2008) par. 37

²⁸⁵ Un esempio di questo tipo si rinviene nel comportamento dei componenti dell'Ufficio immigrazione romeno che nel condurre le interviste ponevano domande di merito su cosa il richiedente pensasse dell'omosessualità, se avesse qualche problema psicologico, se avesse consultato un medico e così via.

²⁸⁶ «Credibility may crucially depend on the approach to questioning and types of questions asked (such as open or closed questions). Putting questions in ways which applicants find offensive or otherwise disturbing may lead to answers which are suspicious to asylum authorities. People may relate to themselves in ways which are unfamiliar to the interviewer, or they may have difficulties in putting into words how they see themselves. They may be hesitant to disclose their sexual orientation or gender identity, or may be in the process of figuring out how they see themselves. If asylum interviewers give applicants a sufficient 'safe space' to tell their story, this is most likely to lead to statements which are useful in the context of refugee status determination. Of course, statements are not necessarily to be found credible (or to lead to recognition as a refugee). However, the way in which the interview may be conducted can interfere with status determination by introducing the possibility that the applicant's statements have been unduly influenced by the method of conducting the interview.» in *Fleeing Homophobia op. cit.* pag. 57. Pertanto, secondo l'UNHCR, «enquiries as to the applicant's realization and experience of sexual identity rather than a detailed questioning of sexual acts may more accurately assist in assessing the applicant's credibility.» in *Guidance on Refugee Claims Relating to Sexual Orientation and Gender Identity op. cit.* par. 36.

Le ragioni per le quali i richiedenti LGBTI non rivelano immediatamente il motivo del loro timore possono essere diverse. La rivelazione successiva può essere la conseguenza di fatti legati a quanto vissuto nel Paese d'origine, oppure da fatti legati a quanto accaduto nel corso del soggiorno nel Paese ospite²⁸⁷. Il primo caso si riferisce alle ipotesi sopra richiamate, ovvero all'ignoranza rispetto alla possibilità di ottenere lo *status* per tali ragioni o alla vergogna ad accettare la propria sessualità. La seconda opzione, invece, può verificarsi quando a presentare la richiesta siano dei bambini, che assumono la consapevolezza del proprio orientamento sessuale o della propria identità di genere solo negli anni successivi la presentazione della richiesta²⁸⁸. Lo stesso tipo di esito si può accertare nei casi di coloro i quali, all'arrivo nel Paese ospite, si trovino in una fase di *coming out* e, quindi, possono non avere ancora rivelato la propria identità all'esterno o a loro stessi, concludendo il processo di autoconsapevolezza solo in momento successivo²⁸⁹.

Le ragioni sostanziali che possono condurre al rigetto delle richieste derivanti dalla rivelazione successiva sono sostanzialmente due, ossia i casi in cui nei Paesi ospiti sono presenti sistemi di *res judicata* e il caso in cui le autorità ritengano la rivelazione *sur place* un elemento indicativo della mancanza di credibilità del richiedente.

Nei Paesi che presentano limiti rispetto alla forza di cosa giudicata della prima decisione, la possibilità di esaminare una seconda richiesta è ammessa solo qualora la stessa sia fondata su fatti e circostanze nuovi. Si è riscontrato che difficilmente, però, la presa di coscienza del proprio orientamento sessuale o identità di genere venga interpretata come fatto nuovo²⁹⁰. In questi casi, la seconda domanda non viene neanche valutata nel merito e rigettata come infondata. Se da

²⁸⁷ «This may be the case where the applicant has “come out” after arrival in the country of asylum, and/or where his or her LGBT status or views on sexual orientation have been publicly expressed, for instance by taking part in advocacy campaigns, demonstrations and other human rights activism on behalf of LGBT persons.⁶⁵ In such cases, particular credibility concerns may arise, and an in-depth examination of the circumstances and genuineness of the applicant’s sexual orientation will be necessary.» United Nations High Commissioner for Refugees, *UNHCR Guidance on Refugee Claims Relating to Sexual Orientation and Gender Identity*, Division of International Protection Services, Protection Policy and Legal Advice Section (Geneva: UNHCR, 2008) par. 40

²⁸⁸ Si può richiamare esemplificativamente il caso di un bambino somalo giunto in Olanda e nell'interesse del quale la madre aveva presentato domanda d'asilo. Otto anni dopo la prima richiesta, il ragazzo era divenuto consapevole del proprio orientamento e aveva deciso di presentare una nuova domanda diversamente giustificata. Questi aveva addotto quale motivazione della nuova richiesta il fatto che, se fosse tornato in Somalia, avrebbe dovuto affrontare una forte discriminazione. Le autorità hanno accettato la domanda, ritenendo che costituisca un fatto nuovo in grado di giustificare un riesame della prima richiesta. Vedi 200305027/1 (Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State, 3 ottobre 2003).

²⁸⁹ In questo senso, una Corte tedesca ha ritenuto che un richiedente iracheno avesse diritto al riconoscimento dello status di rifugiato, nonostante avesse dichiarato la propria omosessualità oltre tre anni dopo l'arrivo in Germania. Nel corso dell'intervista, infatti, il richiedente aveva espresso molto chiaramente il lungo travaglio interiore che lo aveva condotto a riconoscere la propria sessualità solo dopo così tanto tempo. Vedi 18 K 9030/03.A (Verwaltungsgericht Köln, 8 settembre 2006).

²⁹⁰ Molto rilevante è la prassi olandese: «In the Netherlands, the lower courts have acknowledged that ‘coming-out’ is a complex process that can take a long time, whereby various stages of awareness are distinguished (aware, but not fully, still searching, insecure and scared, not able to talk about it, still in the phase of acceptance, slumbering homosexuality, fearing the consequences, struggling etc.) and that people are sometimes not able to talk about their sexual orientation immediately upon arrival. The Dutch Council of State, however, applies a stricter criterion: someone who is (albeit slightly) aware of homosexual feelings should mention this immediately upon arrival, also when he or she has never expressed these feelings ever before. A Somali man always had been aware that he was different and only looked at men, but he expressed his sexual orientation for the first time some years after he came to the Netherlands. The Court of Assen ruled that because he only became fully aware of his homosexuality and acted accordingly after his first application, this was a new fact. In appeal the Council of State overruled this judgement: because he declared he had always been aware of his sexual orientation, he could and should have told about it at the time of his first application. The fact that he engaged in a homosexual relationship only after some years of staying in the Netherlands does not change this. This approach does not have regard to the fact that in this case late disclosure was due to the fact that he was only able to express his sexual identity for the first time in the Netherlands.» in Sabine Jansen e Thomas Spijkerboer, *Fleeing Homophobia Asylum claims related to sexual orientation and gender identity in the EU* (Amsterdam: COC NEDERLAND - VRIJE UNIVERSITEIT AMSTERDAM, 2011) pag. 66.

un certo punto di vista questi sistemi presentano dei vantaggi in termini di efficienza, nel caso di richiedenti LGBTI presentano notevoli limiti, poiché non tengono conto delle specifiche problematiche sottese alla consapevolezza che l'individuo ha o raggiunge rispetto alle questioni legate all'identità sessuale.

Pertanto, negli ordinamenti in cui è imposto che tutti i fatti ritenuti rilevanti per la richiesta siano dichiarati immediatamente, una richiesta basata su una rivelazione successiva dovrebbe essere respinta solo se motivata adeguatamente. Dovrebbe sostanzialmente essere possibile escludere che vi siano spiegazioni accettabili per giustificare la reticenza iniziale.

La seconda ipotesi di diniego alla richiesta di protezione internazionale è quella legata al venir meno della credibilità del richiedente. Se in alcuni casi la rivelazione successiva viene considerata una fase del processo di *coming out*, molte altre volte la richiesta *sur place* è motivo di diffidenza²⁹¹. Il richiedente viene sospettato di avere cercato di “migliorare” i requisiti per l'asilo. Anche in questo caso però tale prassi presenta notevoli inconvenienti rispetto alla specifica esperienza del migrante LGBTI. La capacità dei richiedenti di rilasciare immediatamente, ad esempio nel corso della prima intervista, dichiarazioni rispetto alla propria identità sessuale, può derivare dalle esperienze subite nel Paese d'origine o nella situazione di disagio creata da autorità non “sensibili”. Il richiedente potrebbe sentirsi limitato nel rivelare particolari della propria vita sessuale a soggetti sconosciuti, potendo essere abituati ad aspettarsi atteggiamenti ostili, se non addirittura violenti, o soffrire di omofobia e transfobia interiorizzate. Questi aspetti, così come nei sistemi basati sul principio della *res judicata*, dovrebbero essere tenuti in considerazione nella valutazione delle richieste d'asilo e dovrebbero poter fornire una giustificazione legittima alla *late disclosure*.

2.4 La “Direttiva Qualifiche”: limiti e prospettive

L'eco della nuova sensibilità internazionale verso i problemi dei richiedenti asilo LGBT ha influenzato anche il progetto di completamento di un sistema europeo comune di asilo. L'interesse verso il tema si avverte non solo in relazione al testo originario della c.d. Direttiva qualifiche²⁹², ma anche rispetto alle novità introdotte nel nuovo testo²⁹³ nel dicembre del 2011.

²⁹¹ Si veda ad esempio: la decisione della Commissione d'appello per i rifugiati danese (Flygtningenævnet, 1 giugno 2004); 's-Gravenhage, 09/5070 (Rechtbank, 24 giugno 2009); 5265/2005 (Audiencia Nacional, 28 novembre 2008); *Decisione inedita del 2009* (Commissione territoriale per il riconoscimento della protezione internazionale di Crotone). Per altri riferimenti giurisprudenziali sul tema della *late disclosure*, si veda: *Danian v. Secretary of State for the Home Department*, CO/30274/97 (UK IAT, 9 giugno 1998); *Ghasemian v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2003] FCJ No. 1591; 2003 FC 1266 (Federal Court of Canada, 30 ottobre 2003); *Refugee Appeal No. 75139* (New Zealand RSAA, 18 novembre 2004).

²⁹² *Direttiva del Consiglio recante norme minime sull'attribuzione, a cittadini di paesi terzi o apolidi, della qualifica di rifugiato o di persona*

Se obiettivo dell'Unione è di armonizzare le prassi degli Stati in tema di protezione internazionale, allora il riferimento al problema della tutela dell'orientamento sessuale e dell'identità di genere si è posto come passaggio obbligato. Infatti, sebbene tutti gli Stati membri abbiano ratificato la Convenzione del 1951, quando le richieste abbiano ad oggetto questioni riguardanti l'identità sessuale la prassi applicativa muta considerevolmente di Paese in Paese.

Il primo e forse più importante intervento della Direttiva è stato quello di operare un espresso richiamo all'orientamento sessuale nella definizione dei motivi di persecuzione. L'articolo 10 puntualizza che l'interpretazione del concetto di "particolare gruppo sociale" deve poter ricomprendere anche i gruppi che condividano l'orientamento sessuale, quando lo impongano le condizioni socio-politiche e culturali del Paese d'origine. La stessa norma, peraltro, codifica un altro aspetto ampiamente riconosciuto dalla prassi internazionale, ovvero quello dell'attribuzione del motivo di persecuzione. In altri termini, rileva ai fini del riconoscimento dello *status* di rifugiato anche il fatto che lo straniero sia vittima di violenza omofoba o transofoba perché percepito come appartenente a una determinata minoranza sessuale nonostante non ne faccia parte.

La norma, però, non opera nessun riferimento all'identità di genere quale aspetto che possa classificare il gruppo soggetto a persecuzione. Nonostante vi sia un riferimento alle "considerazioni di genere", la sola interpretazione estensiva dell'aspetto semantico non è sufficiente a rendere evidente la lacuna dello strumento normativo. In un contesto in cui vi sono forti discordanze nelle prassi applicative dei Paesi membri, alcuni dei quali caratterizzati da atteggiamenti omofobi e transofobi delle autorità competenti, escludere espressamente l'identità di genere è stata una scelta infelice. Tuttavia, il limite della norma si è disvelato tanto rapidamente da permettere di affrontare il problema già in sede di prima Proposta di revisione della Direttiva²⁹⁴. La Commissione si è resa ben presto conto, con l'ausilio delle parti interessate²⁹⁵, di quali fossero i limiti della Direttiva, ovvero la vaghezza e l'ambiguità delle norme minime adottate. Infatti, l'articolo 10 – così formulato – non garantiva né la conformità all'evoluzione delle norme in materia di diritti fondamentali né un livello sufficiente di armonizzazione, pregiudicando così la qualità del processo decisionale e la coerenza della giurisprudenza della Corte di Giustizia e della Corte EDU²⁹⁶. Pertanto, le norme della nuova

altrimenti bisognosa di protezione internazionale, nonché norme minime sul contenuto della protezione riconosciuta, Direttiva 2004/83/CE (Consiglio, 29 aprile 2004).

²⁹³ *Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio recante norme sull'attribuzione, a cittadini di paesi terzi o apolidi, della qualifica di beneficiario di protezione internazionale, su uno status uniforme per i rifugiati o per le persone aventi titolo a beneficiare della protezione sussidiaria, nonché sul contenuto della protezione riconosciuta*, Direttiva 2011/95/UE (Parlamento europeo e Consiglio, 13 dicembre 2011).

²⁹⁴ Commissione delle Comunità Europee, «Proposta di Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio recante procedure comuni ai fini del riconoscimento e della revoca dello status di protezione internazionale», COM(2009) 551 definitivo 2009/0164 (COD) C7-0250/09 (Bruxelles, 2009).

²⁹⁵ Stati membri, ONG, l'UNCHR, giudici competenti in materia di diritto dei rifugiati ed esponenti del mondo accademico.

²⁹⁶ Nella succitata proposta di direttiva si legge: «Data la vaghezza e l'ambiguità di molte delle disposizioni della direttiva, è difficile per le istanze decisionali prendere decisioni solide in tempi brevi, mentre la possibilità di interpretare in modo diverso uno stesso concetto favorisce i ricorsi e le domande reiterate e comporta un tasso elevato di decisioni di accoglimento di ricorsi avverso decisioni negative. La proposta riduce l'incertezza del diritto e i margini di errore amministrativo chiarendo i concetti giuridici e quindi semplificandone l'applicazione, e con ciò rafforza le capacità delle autorità di trattare le domande infondate e strumentali e, più in generale, di trattare le domande in tempi rapidi, prendendo nel contempo decisioni

Direttiva qualifiche (non più minime) impongono che, per la determinazione dell'appartenenza a un determinato gruppo sociale o per l'individuazione delle caratteristiche proprie di tale gruppo, è necessario valutare anche l'identità di genere (art. 10 par. 1 lett. d).

Se questa è sicuramente la novità più importante della nuova disciplina, vi sono comunque altri aspetti che dimostrano come l'influenza delle Linee Guida dell'UNHCR abbia sortito risultati non indifferenti. La vecchia e la nuova Direttiva hanno contribuito ad arricchire i criteri che, nella prassi, dovranno guidare le autorità nella valutazione delle richieste di protezione. Quanto all'attività persecutoria, per esempio, l'articolo 9 della Direttiva del 2004 include chiaramente i procedimenti giudiziari o le punizioni sproporzionate e discriminatorie. In questo modo la norma permetterebbe di assicurare il riconoscimento della protezione nei casi in cui nel Paese d'origine vi fossero norme che sanzionano penalmente i rapporti LGBTI. Questo tipo di criminalizzazione, strutturandosi come ontologicamente discriminatoria, rientrerebbe a pieno titolo tra le attività di persecuzione. Così, la Direttiva ha recepito le istanze delle parti sociali ed si è posta come primo strumento giuridico che caratterizza espressamente il valore di queste norme rispetto alle richieste di asilo.

Tra i fattori rilevanti per il riconoscimento dello *status* di rifugiato o di protezione sussidiaria, l'articolo 6 della Direttiva del 2004 riconosceva espressamente i soggetti non statuali come possibili artefici della persecuzione. Accordandosi agli standard della prassi internazionale, la Direttiva poneva come condizione necessaria che le autorità interne non fossero in grado o non potessero fornire protezione contro gli atti persecutori o contro i danni gravi. Nella versione più recente, all'articolo 7 è specificato però che qualora le autorità ritengano che lo Stato di destinazione possa offrire protezione dovranno contestualmente accertare che la protezione sia effettiva e di natura non temporanea²⁹⁷.

solide che non siano facilmente riformabili in sede di ricorso, in modo da evitare lunghe controversie. Ciò consentirà inoltre alle persone che necessitano effettivamente di protezione internazionale di accedere in tempi più brevi ai diritti riconosciuti dalla direttiva e nel contempo sosterrà gli sforzi degli Stati membri per allontanare prontamente dal territorio i richiedenti asilo respinti e migliorerà la credibilità dell'intero processo.» pag. 4. Su questo aspetto si è pronunciato anche Comitato economico e sociale europeo, che nel proprio parere sulla proposta di Direttiva si esprime in questi termini: «Il CESE valuta positivamente la proposta di rifusione della direttiva, in quanto il contenuto di tale proposta tiene conto delle raccomandazioni già formulate al riguardo dal Comitato, soprattutto per quanto concerne il trattamento dei richiedenti protezione internazionale e il chiarimento dello status delle persone che possono beneficiare di tale protezione. (...) Il CESE valuta positivamente, e accoglie quindi con favore, l'inclusione del criterio di genere per la definizione dei gruppi sociali che si trovano potenzialmente in situazione di rischio. È al tempo stesso necessario che nell'interpretazione della convenzione di Ginevra si utilizzi una prospettiva trasversale che permetta di comprendere in modo migliore in quali situazioni le donne sono soggette a un rischio specifico. Analogamente, richiama l'attenzione sull'orientamento sessuale come causa delle persecuzioni. In certe società la sicurezza e il benessere individuale sono legate al sesso della persona. Il CESE incoraggia il coinvolgimento, nelle consultazioni sulla politica in materia di asilo, delle organizzazioni e delle istituzioni competenti in questo campo perché esse offrono un quadro più completo dei rischi associati al genere. Il Comitato raccomanda del pari che nell'attività dell'Ufficio europeo di sostegno per l'asilo la problematica di genere venga riconosciuta attraverso la creazione di strutture specializzate.» Comitato economico e sociale europeo, «Parere del Comitato economico e sociale europeo in merito alla "Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio recante norme minime sull'attribuzione, a cittadini di paesi terzi o apolidi, della qualifica di beneficiario di protezione internazionale, nonché norme minime sul contenuto della protezione riconosciuta,» COM(2009) 551 definitivo — 2009/0164 (COD) 2011/C 18/14 (Bruxelles, 2009) par. 3.1 e 4.5

²⁹⁷ La Commissione ha precisato che: «che la protezione deve essere effettiva e duratura, e che i soggetti non statuali che offrono protezione devono avere la volontà e la capacità di far rispettare lo stato di diritto. La nozione di "volontà di proteggere" rispecchia la condizione già fissata all'articolo 7, paragrafo 2, della direttiva che recita "se il richiedente ha accesso alla protezione". Il mero fatto che un soggetto sia in grado di fornire protezione non è sufficiente; deve anche avere l'intenzione di proteggere la persona interessata. Al contrario, la semplice "volontà di proteggere" non è sufficiente se manca la "capacità di proteggere". Non solo, anche i soggetti che hanno la volontà di fornire protezione e che in linea di principio sono in grado di farlo, ma che in realtà non la forniscono o la forniscono solo in via transitoria o temporanea, esulano dal concetto.» Proposta, *op. cit.* pag.

Un altro aspetto rilevante è quello legato all'assolvimento dell'onere della prova. Soprattutto in considerazione del fatto che la maggior parte delle richieste basate sull'orientamento sessuale vengono rigettate per ragioni legate all'aspetto probatorio. In particolare, rispetto agli standard sulla credibilità, l'articolo 4 della Direttiva 2004 ha imposto che le domande di asilo vengano esaminate facendo particolare attenzione ai problemi che i richiedenti possono incontrare nel produrre documentazione adeguata. Inoltre, all'articolo 13 si noti come sia stato adottato il criterio olistico suggerito dall'UNHCR, assumendo che le richieste debbano essere esaminate da intervistatori "sensibili". Si richiede, infatti, che siano in grado di tenere nella giusta considerazione le circostanze personali del richiedente, compresa la cultura di appartenenza e l'eventuale particolare vulnerabilità²⁹⁸. Proprio in relazione a questo aspetto l'attuale proposta di modifica della "Direttiva Procedure" potrebbe garantire una consistente innovazione nella disciplina. La Commissione, infatti, ha avanzato la proposta d'inclusione espressa dell'orientamento sessuale e dell'identità di genere nella definizione di richiedenti che necessitano di particolari garanzie procedurali²⁹⁹.

Nell'aspetto probatorio in senso lato, rientra anche il problema delle COI, la cui valutazione avviene in maniera incoerente tra i diversi Stati membri. Tale difficoltà coinvolge, oltre ai criteri valutativi, anche il contenuto delle informazioni stesse. Infatti, non solo le COI su uno stesso Paese possono presentare risultati differenti da Stato membro a Stato membro, ma addirittura possono essere completamente assenti. In quest'ultimo caso, era rimesso alla discrezionalità dello Stato la scelta circa la possibilità di fare ricorso alle COI di altri Stati, senza che vi fosse alcun criterio da rispettare nella decisione. Pertanto, ogni Paese membri poteva ricorrere in situazioni omogenee riguardanti uno stesso Stato a rapporti provenienti da Stati (anche terzi) a discapito della coerenza delle valutazioni delle domande. Esempio è la consistente contraddittorietà che caratterizza le decisioni dei richiedenti omosessuali provenienti dall'Iran. Anche su questo punto la Direttiva del 2004 e la Direttiva procedure erano correttamente intervenute. La prima prevedendo, all'articolo 4, che la valutazione delle richieste avrebbe dovuto riguardare "tutti i fatti pertinenti che riguardano il Paese d'origine al momento dell'adozione della decisione in merito alla domanda, comprese le disposizioni legislative e regolamentari e le relative modalità di applicazione"; la seconda aggiungendo all'articolo 8 che, al fine di poter condurre un esame accurato, "gli Stati membri

7. Vedi anche Consiglio dell'Unione Europea, «Nota della Presidenza al Comitato dei rappresentanti permanenti,» 2009/0164 (COD), ASILE 56, CODEC 1133 (Bruxelles, 2011).

²⁹⁸ Tuttavia, c'è chi ha ritenuto che le sostanziali e auspiccate innovazioni della Direttiva Qualifiche abbiano anche avuto un effetto negativo sulle prassi degli Stati: «Until the transposition of the Qualification Directive, LGB applications were usually rejected on substantive grounds. However, after the transposition of the Qualification Directive the restrictive positions towards persecution by non-State actors, the threshold of persecution and the failure to seek State protection had to be abandoned and thus the credibility assessment has become a key issue in the LGB claims. In other words, an expansion of the scope of protection for LGBTI claimants was accompanied by an even greater emphasis on credibility issues.» in Sabine Jansen e Thomas Spijkerboer, *Fleeing Homophobia Asylum claims related to sexual orientation and gender identity in the EU* (Amsterdam: COC NEDERLAND - VRIJE UNIVERSITEIT AMSTERDAM, 2011) pag. 47. In questo senso, però, si potrebbe ritenere che proprio queste controindicazioni abbiano spinto la Commissione a procedere alla revisione della Direttiva stessa.

²⁹⁹ Commissione Europea, «Proposta modificata di Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio recante procedure comuni ai fini del riconoscimento e della revoca dello status di protezione internazionale,» COM(2011) 319 definitivo 2009/0165 (COD) (Bruxelles, 2011).

dispongono che pervengano da varie fonti, quali l'Alto Commissariato delle Nazioni Unite per i rifugiati (UNHCR), informazioni precise e aggiornate, circa la situazione generale esistente nel paese di origine dei richiedenti asilo". Evidentemente, però, la Commissione – di fronte al grandissimo numero di casi rigettati proprio sul problema della credibilità – deve aver ritenuto insufficienti anche queste indicazioni. Infatti, nella nuova Direttiva Qualifiche viene aggiunto, all'articolo 8, l'obbligo per gli Stati di disporre di COI precise e aggiornate, provenienti da fonti pertinenti, quali l'UNHCR e l'Ufficio europeo di sostegno per l'asilo.

Se questi aspetti sono ampiamente positivi, qualche limite è comunque possibile evidenziarlo. Ci si aspettava, infatti, che la nuova direttiva avrebbe, da un lato, ampliato la nozione di "familiare" più di quanto non abbia fatto e, dall'altro, che venisse chiarito il concetto di "danno grave" che legittima la richiesta di protezione sussidiaria. Entrambi questi aspetti avrebbero potuto incidere sensibilmente sulle prospettive di protezione degli stranieri LGBTI.

Nel primo caso, si sarebbe potuta intravedere la possibilità di estendere la disciplina del ricongiungimento familiare o dei limiti alle espulsioni anche alle forme "alternative" di nucleo familiare. Quanto al secondo aspetto, che ha creato non pochi problemi di applicazione³⁰⁰, se ne registra innanzitutto la particolare rilevanza nei casi di domande presentate da stranieri LGBT. Infatti, data la enorme varietà di atti discriminatori, questi non sempre possono essere considerati come atti persecutori veri e propri ed ottenere la protezione sussidiaria diventa l'unica possibilità praticabile. Probabilmente, uno sfrozo di codificazione anche in questo senso avrebbe permesso di ridurre ulteriormente i margini di discrezionalità nella valutazione delle richieste di protezione.

3. I limiti all'espulsione: la protezione sussidiaria nella giurisprudenza della Corte EDU e nelle decisioni della Commissione ONU contro la Tortura

Corollario del principio generale della sovranità territoriale è che lo Stato ha il diritto di espellere dal proprio territorio gli stranieri. Tuttavia, anche questo aspetto della gestione dei flussi migratori è stato lentamente eroso dall'influenza delle norme di diritto internazionale a tutela dei diritti fondamentali. La discrezionalità dello Stato nel disporre l'allontanamento dal proprio territorio è fortemente ristretta dai vincoli imposti dal diritto pattizio e subisce notevoli deroghe

³⁰⁰ Per evitare che vi fossero applicazioni divergenti nei diversi Stati membri in casi simili, il legislatore europeo avrebbe dovuto chiarire tale concetto. La Corte di Giustizia si è espressa recentemente su questo aspetto che mina uno degli obiettivi della Direttiva, ovvero quello di creare un Sistema europeo comune di asilo. Vedi il caso *Elgafaji v. Staatsecretaris van Justitie*, C-46507 (Corte di Giustizia dell'Unione Europea).

anche quando le ipotesi di violazione dei diritti fondamentali si prospettano nei confronti dello straniero appartenente ad una minoranza sessuale³⁰¹.

Com'è noto, tali obblighi di carattere negativo possono derivare da due differenti circostanze. Sullo Stato grava un divieto di espulsione sia quando il rientro nel Paese di origine mette a rischio i diritti fondamentali dell'individuo sia quando l'allontanamento stesso costituisce una violazione di diritti riconosciuti ed esercitati dallo straniero nel Paese ospite³⁰².

Quanto alla prima ipotesi, il principio del *non refoulement*³⁰³ non ha goduto di una feconda applicazione da parte degli organi giurisdizionali e paragiurisdizionali di stampo sovranazionale in relazione ai casi riguardanti individui LGBTI. Principi ben consolidati nella giurisprudenza delle Corti sovranazionali stentano a essere applicati quando sia necessario limitare la sovranità degli Stati a tutela degli stranieri appartenenti a una minoranza sessuale. In controtendenza rispetto alla prassi delle autorità nazionali, è difficile individuare decisioni che siano state pronunciate in favore di espellendi LGBTI.

³⁰¹ In riferimento alle minoranze sessuali, questo principio è chiaramente espresso nei Yogyakarta Principles all'articolo 23. In base al quale: «A State may not remove, expel or extradite a person to any State where that person may face a well-founded fear of torture, persecution, or any other form of cruel, inhuman or degrading treatment or punishment, 146 on the basis of sexual orientation or gender identity». Nello stesso senso si è espresso Theo van Boven (Special Rapporteur of the Commission on Human Rights on torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment): «The Special Rapporteur also wishes to draw attention to factors and circumstances that stem from conditions that may prevail in a country and touch at the same time upon the vulnerability of persons whose removal to such a country is at stake. Reference is made here to persons belonging to any identifiable group or collectivity on political, racial, national, ethnic, cultural, religious, gender or other grounds, such as sexual orientation, and who for that reason are targeted by the authorities or, with the connivance of the authorities, risk being subjected to persecution or systematic discrimination amounting to torture or other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment. These factors and circumstances also have to be taken into account in determining the non-refoulement issue.» in U.N. General Assembly, «Torture and other cruel and inhuman or degrading treatment or punishment: Note by the Secretary-General.» U.N. Doc. A/59/324 (2004) par. 39.

³⁰² M.N. Shaw, *International Law*, Sixth Edition (Cambridge: Cambridge University Press, 2008) pag. 327-329. Cfr. Maurice Kamto UN Special Rapporteur of the International Law Commission, «Third report on the expulsion of aliens,» UN Doc. A/CN.4/581 (2007) par. 2 e 7; *Boffolo case*, UNRIAA, vol. X (Italian-Venezuelan Mixed Claims Commission, 1903) pag. 531; *Paquet case*, UNRIAA, vol. IX (Belgian- Venezuelan Mixed Claims Commission, 1903) pag. 325; *Moustaquim v. Belgium*, 12313/86 (ECtHR, 18 febbraio 1991) par. 43; *Vilvarajah and Others v. United Kingdom*, 13163/87-13164/87-13165/87-13447/87-13448/87 (ECtHR, 30 ottobre 1991) par. 102; *Chahal v. the United Kingdom*, 22414/93 (ECtHR, 15 novembre 1996) par. 73; *Ahmed v. Austria*, 71/1995/577/663 (ECtHR, 17 dicembre 1996) par. 38; *Boughanemi v. France*, 16/1995/522/608 (ECtHR, 24 aprile 1996) par. 41; *Bouchelkia v. France*, 112/1995/618/708 (ECtHR, 29 gennaio 1997) par. 48; *H. L. R. v. France*, 24573/94 (ECtHR GC, 29 aprile 1997) par. 33; *Abdulaziz, Cabales and Balkandali v. the United Kingdom*, 15/1983/71/107-109 (ECtHR Plenary, 24 aprile 1985) par. 67; *Union Inter-Africaine des Droits de l'Homme (UIADH) and Others v. Angola*, 159/96 (ACommHPR, 11 novembre 1997).

³⁰³ Con il termine *non-refoulement* si vuole fare genericamente riferimento al principio consolidato nel contesto delle norme di diritto internazionale a tutela dei diritti fondamentali dell'individuo e non in senso stretto al divieto di espulsione nei confronti di soggetti che godono dello status di rifugiato o che comunque ne intendono fare richiesta a norma dell'articolo 33.1 della Convenzione del 1951. Nonostante soltanto la Convenzione ONU contro la tortura ed altre pene o trattamenti crudeli, disumani o degradanti faccia espresso riferimento a questo principio, è ormai pacifico che indipendentemente dal fatto che un soggetto presenti i requisiti richiesti dalla Convenzione per ottenere lo status di rifugiato, gli Stati – in virtù del loro obbligo di proteggere il rispetto di determinati diritti incompressibili – non possano esasperare uno straniero sottoposto alla loro giurisdizione, quando lo stesso corre un serio rischio nel paese di destinazione. Cfr. CCPR, «General Comment No. 31, Nature of the General Legal Obligations Imposed on State Parties to the Covenant,» UN Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.13 (2004) par. 12. *C. v. Australia*, 900/1999 (Human Rights Committee, 13 novembre 2002) sull'articolo 7 del Patto sui Diritti Civili e Politici e, quanto alla giurisprudenza della Corte EDU, tra le decisioni più recenti si possono richiamare *Na v. United Kingdom*, 25904/07 (ECtHR, 17 luglio 2008) par. 109 e 113; *Nyanzi v. United Kingdom*, 21878/06 (ECtHR, 8 aprile 2008) par. 51; *Cruz Varas and Others v. Sweden*, 15576/89 (ECtHR Plenary, 20 marzo 1991) par. 69, *D v. Turkey*, 24245/03 (ECtHR, 22 giugno 2006). Fino ad oggi, il principio del *non-refoulement* è stato applicato da Corti e Tribunali in differenti ipotesi. La Commissione prima e la Corte EDU poi, hanno ritenuto che il principio in questione copre il rischio di violazioni di diversi diritti che includono, ma non si limitano a, il diritto alla vita e il divieto di tortura o di trattamenti o pene inumani e degradanti (vedi *Soering v. United Kingdom*, 14038/88 (ECtHR, 7 luglio 1989) par. 12, 85-91; *Bader and Kanbor v. Sweden*, 13284/04 (ECtHR, 8 novembre 2005) par. 48), nonché i valori fondamentali di una società democratica (*Saadi v. Italy*, 37201/06 (ECtHR GC, 28 febbraio 2008) par. 127; *Chahal v. the United Kingdom*, 22414/93 (ECtHR, 15 novembre 1996) par. 43) tra cui rientrano aspetti fondamentali del diritto ad un equo processo (*Al-Moayad v. Germany*, 35865/03 Admissibility Decision (ECtHR, 20 febbraio 2007) par. 100-102) e alla libertà e alla sicurezza (*Z and T v. United Kingdom*, 27034/05 Admissibility Decision (ECtHR, 28 febbraio 2006) in generale la parte in diritto).

3.1 La giurisprudenza della Corte EDU

Paradigmatico è il caso della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo. Fatta eccezione per la previsione di un divieto generale di espulsioni collettive e di specifiche garanzie procedurali³⁰⁴, i limiti imposti dalla Convenzione al diritto sovrano degli Stati di espellere cittadini stranieri sono ricavati in via interpretativa da specifici diritti sostanziali. Tuttavia, la granitica giurisprudenza della Corte che deriva dal rischio di violazione diritti assoluti³⁰⁵, come l'articolo 3 e l'articolo 2 della Convenzione, un divieto inderogabile di espulsione dello straniero non ha, ad oggi, trovato applicazione in relazione al problema in oggetto. Eppure, i giudici di Strasburgo sono stati precursori nel censurare la violazione del diritto al rispetto della vita privata da parte di quegli Stati membri che mettevano in pericolo il godimento di questi e altri diritti in ragione della sola condotta omosessuale³⁰⁶.

Dagli anni Novanta³⁰⁷ in poi, la Corte si è occupata di sei casi³⁰⁸ riguardanti l'espulsione di stranieri LGBTI, di cui uno pendente. L'esame di queste decisioni è fondamentale per comprendere se, ed eventualmente in che modo, la giurisprudenza della Corte ha subito l'influenza del mutato clima internazionale, recependo i nuovi impulsi delle NGO a tutela degli individui LGBTI e le direttive formulate dall'UNHCR e da altri organi delle OI.

Il primo caso, *ZB v. United Kingdom*³⁰⁹ riguarda il ricorso di un cittadino cipriota omosessuale rivolto ad ottenere la declaratoria di l'illegittimità del provvedimento di espulsione verso Cipro Nord, dove l'omosessualità maschile è ancor oggi oggetto di repressione penale. A carico del ricorrente era stato emesso un ordine di espulsione a causa della decorrenza dei termini di validità del permesso di soggiorno temporaneo per studenti. Questi, pertanto, aveva inoltrato richiesta all'*Home Secretary* per ottenere il permesso di restare nel Paese, fondando la propria istanza in ragione del proprio orientamento sessuale, dichiarando di avere una relazione stabile con un cittadino britannico, con cui conviveva e insieme al quale gestiva un'attività lavorativa. Il ricorrente aveva allegato al ricorso le norme del codice penale cipriota e le relative pene previste

³⁰⁴ Imposti rispettivamente dall'articolo 4 del Protocollo aggiuntivo n. 4 e dall'articolo 1 del Protocollo aggiuntivo n. 7.

³⁰⁵ *Ex plurimis*: «it is well established in the case-law of the Court that expulsion by a Contracting State may give rise to an issue under Article 3 (art. 3), and hence engage the responsibility of that State under the Convention, where substantial grounds have been shown for believing that the person in question, if expelled, would face a real risk of being subjected to treatment contrary to Article 3 (art. 3) in the receiving country. In these circumstances, Article 3 (art. 3) implies the obligation not to expel the person in question to that country» *Chahal v. the United Kingdom*, 22414/93 (European Court of Human Rights, 15 novembre 1996) par. 78.

³⁰⁶ Cfr. *Dudgeon v. United Kingdom*, n. 7525/76 (European Court of Human Rights, 22 ottobre 1981), *Norris v. Ireland*, 10581/83 (ECtHR, 22 aprile 1993) e *Modinos v. Cyprus*, 1507/89 (ECtHR).

³⁰⁷ Le decisioni più risalenti riguardano casi di tutela dei nuclei familiari tra coppie dello stesso sesso e, per questo, rientrano nella seconda categoria di limiti alle espulsioni che saranno oggetto del paragrafo successivo.

³⁰⁸ *D.B.N. v. United Kingdom*, 26550/10 (ECtHR, 31 maggio 2011); *F. v. United Kingdom*, 17341/03 (ECtHR, 22 giugno 2004); *I.I.N. c. the Netherlands*, 2035/04 (ECtHR, 20 dicembre 2004); *Z.B. v. United Kingdom*, 16106/90 (ECtHR, 10 febbraio 1990); *R.A. v. France*, 49718/09 (ECtHR, 8 febbraio 2011) e *K.N. v. France*, 47129/09 (ECtHR) pendente.

³⁰⁹ *Z.B. v. United Kingdom*, 16106/90 (ECtHR, 10 febbraio 1990).

per il reato di condotta omosessuale e aveva riferito circa le difficoltà nel vivere serenamente la propria omosessualità in quel contesto sociale.

Il *Secretary of State* aveva informato il ricorrente che non avrebbe revocato l'ordine di espulsione, giacché riteneva non vi fosse uno stato di persecuzione nei confronti degli individui omosessuali a Cipro, o meglio, che l'arresto per la consumazione di un reato non potesse integrare gli estremi di una forma di persecuzione. Nonostante il ricorrente avesse impugnato la decisione, l'appello era stato rigettato in virtù dell'insussistenza di un concreto e attuale rischio di persecuzione. L'unico rischio concreto si rifletteva nella celebrazione di un processo penale. Tuttavia, tale rischio poteva ben essere evitato mediante un disciplinato autocontrollo e, inoltre, non era neanche statisticamente rilevante. Infatti, dal 1982 soltanto quattro persone erano state processate e condannate per condotte omosessuali e mai per un periodo di detenzione superiore nel massimo a sei mesi.

A fronte dell'ennesimo diniego, il ricorrente –sulla scorta dei *leading cases* quali Dudgeon e Norris – si era rivolto alla Commissione lamentando la violazione del proprio diritto al rispetto della vita privata³¹⁰. L'espulsione verso Cipro avrebbe realizzato un'interferenza con la propria vita privata talmente invasiva da non poter essere giustificata alla luce dei criteri di cui al secondo comma dell'articolo 8 della Convenzione.

La Commissione ha però ridimensionato la portata della giurisprudenza richiamata dal ricorrente. Rilevando la stretta correlazione tra le politiche sull'immigrazione e il mantenimento dell'ordine pubblico, ha riaffermato la garanzia che la Convenzione assicura ad ogni Stato membro di un ampio margine di discrezionalità nel controllare i flussi migratori. Una discrezionalità che incontra quale unico limite il concreto ed attuale rischio di violazione di diritti assoluti e incompressibili nel Paese di destinazione.

Alla luce di tale inquadramento generale e considerato il tempo trascorso nel Regno Unito senza permesso, la Commissione ha posto l'accento sul fatto che il rischio eventuale di un processo per atti omosessuali non implicasse di per sé un'alta probabilità di tale evento, anzi le prove allegate nel procedimento non indicavano che gli omosessuali nella parte Nord di Cipro fossero soggetti a comportamenti persecutori da parte delle autorità. La Commissione ha ritenuto che anche nel caso in cui l'ordine di espulsione avesse costituito un'interferenza con il rispetto alla vita privata del ricorrente, tale espulsione sarebbe stata comunque una misura legittima di controllo

³¹⁰ Più precisamente, il ricorrente aveva reclamato che l'attività amministrativa ritenuta illegittima avrebbe costituito una duplice interferenza nel godimento della propria vita privata, giacché realizzava la separazione forzata dal compagno e il ritorno presso una giurisdizione dove sarebbe stato penalmente perseguibile per attività omosessuali. Quanto al primo aspetto, ovvero circa gli effetti del rimpatrio forzato sulla relazione del ricorrente, questi riteneva si trattasse di una violazione dell'articolo 8 con specifico riguardo al rispetto della vita familiare. Il rimpatrio avrebbe necessariamente causato la dissoluzione di questo rapporto, poiché sarebbe stato impossibile che continuasse a Cipro, dove si sarebbe configurata come una condotta penalmente rilevante. Quanto alla giurisprudenza della Corte sulla tutela della vita familiare si rinvia al prossimo paragrafo.

dell'immigrazione, ai sensi del comma secondo dell'articolo 8 della Convenzione. L'atto governativo sarebbe, infatti, stato emanato in conformità alle prescrizioni normative di settore (l'*Immigration Act* del 1971) e giustificato perché necessario per le esigenze di una società democratica e per il mantenimento dell'ordine pubblico. La Commissione ha, dunque, affermato che, nonostante il rischio di incorrere in ostilità e ostracismo sociale per via della propria omosessualità, tali considerazioni non controbilanciassero le valide argomentazioni connesse con la corretta implementazione e applicazione di controlli sull'immigrazione da parte dello Stato convenuto.

Nel caso di specie, l'esito negativo del giudizio innanzi alla Commissione non appare criticabile. Infatti, la Commissione si è limitata ad applicare pedissequamente i principi elaborati dalla propria giurisprudenza e da quella di altri organi internazionali, che non hanno fin ora esteso l'applicazione del principio del *non-refoulement* ai casi di violazioni del diritto al rispetto della vita privata. Più che altro, un errore di opportunità nell'argomentazione giuridica può essere imputato al ricorrente. Questi, ritenendo che le argomentazioni della giurisprudenza *Dudgeon* potessero essere estese analogicamente al caso in questione, ha erroneamente derivato che anche la violazione del diritto alla *privacy* potesse limitare il diritto dello Stato sovrano di espellere gli stranieri dal proprio territorio.

Gli altri ricorsi sottoposti all'attenzione della Corte non presentano, di contro, lo stesso vizio. Nel 2004, la Corte ha respinto – dichirandoli manifestamente infondati – due ricorsi di cittadini iraniani che si opponevano al rimpatrio verso il Paese d'origine, dove sarebbero stati perseguitati a causa del proprio orientamento sessuale, in violazione degli articoli 2 e 3 della Convenzione³¹¹. Trattandosi di argomentazioni pressochè identiche possiamo in questa sede limitare l'esame a uno soltanto dei due casi.

In *I.I.N. v. the Netherlands*, il cittadino iraniano coinvolto aveva presentato richiesta di riconoscimento dello status di rifugiato, per essere stato arrestato e aggredito diverse volte nel Paese d'origine siccome omosessuale. Per ben due volte, l'arresto sarebbe stato disposto a seguito della partecipazione a una manifestazione per i diritti LGBT, mentre in un'altra occasione sarebbe stato fermato giacché sorpreso a baciare un uomo in un vicolo. In quest'ultima circostanza, stando a quanto dichiarato, gli agenti di polizia lo avrebbero costretto a firmare una confessione e avrebbero abusato di lui. Dopo aver ritrovato il corpo di un amico in una discarica con una scritta sul petto che recitava “la libertà di espressione ha le sue conseguenze”, sarebbe fuggito dall'Iran.

³¹¹ *I.I.N. c. the Netherlands*, 2035/04 (ECtHR, 20 dicembre 2004) e *F. v. United Kingdom*, 17341/03 (ECtHR, 22 giugno 2004). Le presunte violazioni sollevate dai ricorrenti non sono del tutto identiche. Nel primo caso, infatti, il ricorrente ha asserito la violazione dell'articolo 3, mentre nel secondo caso i diritti violati sarebbero stati quelli garantiti dagli articoli 2, 3, 5, 6 e 8. Riteniamo di poter limitare l'esame al primo caso per diversi motivi. Quanto all'articolo 8 la Corte si è limitata a riproporre le argomentazioni del caso *Z.B. v. United Kingdom*, mentre l'esame delle potenziali violazioni degli articoli 5 e 6 è stato ritenuto assorbito dalla doglianza legata all'articolo 3. Le ragioni per cui non è stata ritenuta la doglianza ex articolo 2, poi, sono esattamente le stesse legate all'articolo 3, ovvero il non aver soddisfatto l'onere della prova.

La richiesta di asilo – così motivata – era stata respinta in prima istanza dal *Staatssecretaris van Justitie* e poi, in sede di impugnazione, dalla *Regional Court of The Hague* in ragione dell’asserita mancanza di attendibilità e credibilità del ricorrente che non era stato in grado di fornire alcun documento che attestasse l’identità, il viaggio effettuato o i fatti allegati. Peraltro, anche la possibilità di riconoscere una protezione sussidiaria, ex articolo 29 dell’*Aliens Act*, gli era stata negata. La *Regional Court*, infatti, aveva ritenuto – sulla base delle COI – che il ritorno nel Paese d’origine non lo avrebbe esposto al rischio reale di condanna alla pena capitale, di tortura o di trattamenti inumani e degradanti. Infatti, secondo i report ufficiali del Ministero degli Esteri olandese, sebbene il codice penale iraniano punisse in astratto molto severamente gli atti omosessuali, non vi erano evidenze di azioni penali esercitate unicamente sulla base delle c.d. *sodomy laws*. Ciò non solo perché l’onere della prova, al fine di comminare la pena capitale, sarebbe stato estremamente gravoso da assolvere, ma anche perché in realtà non vi sarebbe stato un clima socialmente ostile verso le pratiche omosessuali fintantoché praticate in privato. Al fine di suffragare le conclusioni delle COI olandesi, la Corte dell’Aja ha richiamato altri documenti nazionali e internazionali che avrebbero comprovato tale stato di fatto³¹².

Il ricorrente, vedendo confermata dall’*Afdeling Bestuursrechtspraak* la decisione della Corte dell’Aja, si era allora rivolto alla Corte EDU, sollevando in primo luogo l’obiezione di *undereporting*. In altri termini, a fronte della ritenuta assenza di prove della persecuzione attiva in Iran, aveva evidenziato come in certi Paesi le violenze omofobiche e transfobiche possono non essere denunciate e che le autorità hanno interesse a non pubblicizzare le condanne nei confronti dei soggetti appartenenti a questi gruppi. Infine, aveva dichiarato che se costretto a ritornare in Iran avrebbe dovuto rinunciare alla propria identità, in evidente violazione dei propri diritti fondamentali. Il ricorso non ha tuttavia superato il vaglio sulla ricevibilità, poiché ritenuto manifestamente infondato ex articolo 35 par. 3 e 4 della Convenzione.

La Corte, dopo aver richiamato la disciplina generale in tema di flussi migratori ricavabile dalla propria giurisprudenza³¹³, ha ritenuto che nel caso di specie non fosse provato il fondato

³¹² Tra questo lo *UNHCR Background Paper in Refugees and Asylum Seekers from the Islamic Republic of Iran* del 2001, lo *Special Report del Danish Immigration Service* del 2002, il report del *Canadian Immigration and Refugee Board on the treatment of homosexual in Iran* del 2003, la decisione della *United Nations Committee Against Torture “K.S.Y. v. The Netherlands”* del 2003 e, in particolare, il *Country Information and Policy Unit Assessment (Immigration and Nationality Directorate of the Home Office of the United Kingdom)* sull’Iran del 2003. Questo uno dei passi del report citati nella decisione, che fanno riferimento all’onere della prova che la pubblica accusa dovrebbe assolvere e alla tolleranza della comunità iraniana verso le minoranze sessuali: «6.167. Although homosexuality is never spoken about and thus a hidden issue, in practice it is not difficult to encounter homosexuals in Iran. There are special parks in Tehran, known as homosexual meeting places. There are also a large number of transvestites walking around in North Tehran. Furthermore, sex changes are permitted in Iran and operations are frequently and openly carried out. A different sexual orientation may, however, create problems. Still, homosexuality is practised every day, and as long as this happens behind closed doors within your own four walls, and as long as people do not intend to proselytise “transvestitism” or homosexuality, they will most likely remain unharmed. 6.168. Technically, homosexual behaviour is sharply condemned by Islam, and the Islamic code of law (Sharia law) adopted by Iran. Sodomy is punishable by death if both parties are considered to be adults of sound mind and free will. It must be proven by either four confessions from the accused, the testimony of four righteous men who witnessed the act or through the knowledge of a Sharia judge “derived through customary methods”. If the accused repents before the witnesses testify, the penalty will be quashed”»

³¹³ In particolare, la Corte ha, in primo luogo, reiterato il principio secondo cui il potere di regolare l’ingresso e il soggiorno degli stranieri costituisce una prerogativa sovrana dello Stato, ricordando che il diritto alla protezione internazionale non è autonomamente riconosciuto né dalla

timore, ovvero il rischio concreto e non solo ipotetico di essere sottoposto a tortura o a trattamenti inumani e degradanti. I giudici hanno sostanzialmente ritenuto fondata e completa l'istruttoria operata dallo Stato convenuto, sia sotto l'aspetto dell'irrelevanza degli atti omosessuali consensuali svolti in privato che della credibilità del ricorrente. Con riferimento alle informazioni sull'Iran, la Corte ha ritenuto condivisibile la conclusione che non vi fosse il riscontro probatorio di una persecuzione attiva ai danni degli omosessuali. Quanto, invece, all'attendibilità, ha ritenuto che il ricorrente non avesse supportato adeguatamente la richiesta di protezione, non essendo stato in grado di dar prova né degli arresti né degli altri fatti esposti.

Dal punto di vista dell'evoluzione giurisprudenziale, la decisione si atteggia come l'ennesima pronuncia a sostegno di un orientamento ormai tendenzialmente stabile. La Corte si spinge a limitare il diritto degli Stati membri di espellere uno straniero solo quando sussista il concreto e comprovato pericolo che questi possa essere sottoposto a tortura o trattamenti inumani e degradanti³¹⁴. Pur tuttavia, applicato al problema della protezione internazionale dei migranti LGBTI, l'iter argomentativo della Corte appare non soltanto insoddisfacente, ma assolutamente lontano dalle direttive dell'UNHCR³¹⁵.

Il primo punto di rottura si individua nel non aver riconosciuto il carattere persecutorio delle norme che sanzionano gli atti sessuali tra adulti consenzienti dello stesso sesso³¹⁶. In questo modo, disconoscendo almeno parzialmente l'esito della propria giurisprudenza che ha classificato come discriminatorie *ex se* le norme in questione. In ogni caso, la Corte avrebbe dovuto censurare la tesi dello Stato convenuto secondo cui l'esistenza delle *sodomy laws* non avrebbe rappresentato un effettivo rischio di persecuzione, in quanto non effettivamente applicate dalle autorità iraniane. Va

Convenzione né dai suoi Protocolli. In linea, quindi, con la disciplina generale elaborata dalla Corte in tema di migranti, i limiti alle espulsioni sono rinvenibili in via interpretativa soltanto quando il provvedimento possa provocare la violazione di uno dei diritti assoluti sanciti dalla Convenzione, ovvero nel caso di "violazioni potenziali" dei diritti incompressibili come gli articoli 2 e 3 della Convenzione. L'articolo 3, in particolare, è stato pacificamente interpretato in modo da poterne derivare la responsabilità dello Stato che rimpatri uno straniero in presenza di fondati e seri motivi che questi, giunto nel Paese di destinazione, possa essere sottoposto a trattamenti inumani e degradanti (Chahal c. Regno Unito n. 22414/93) e, più in generale, quando tale Paese non offra garanzie di "adeguata protezione" da detti trattamenti. In presenza di dette circostanze, l'articolo 3 impone un obbligo in capo allo Stato membro di non dare corso all'ordine di espulsione. La conseguenza di tali premesse è che, quando sia in pericolo uno dei valori fondamentali delle società democratiche, l'esame di una richiesta di protezione internazionale debba essere condotto in maniera molto rigorosa, non solo attraverso la documentazione prodotta dalle parti, ma – se necessario – anche attraverso documenti assunti motu proprio dalla Corte (Jabari c. Turchia n. 40035/98; H.L.R. c. Francia 29 aprile 1997; Ülku Ekinci c. Turchia n. 27602/95).

³¹⁴ *Vilvarajah and Others v. The United Kingdom*, 13163/87; 13164/87; 13165/87 (ECtHR, 26 settembre 1991).

³¹⁵ Se è vero che le Linee Guida risalgono al 2008 e, quindi, sono successive rispetto alle decisioni in oggetto, d'altro canto le stesse rappresentano la definizione omogenea e ordinata di principi già precedentemente elaborati rispetto al campo dei flussi migratori legati alla discriminazione di genere o, comunque, in altro modo sanciti da dichiarazioni di organi delle Nazioni Unite o di altre Organizzazioni Internazionali, così come NGO e istanze giurisdizionali interne.

³¹⁶ Il carattere persecutorio *ex se* delle *sodomy laws* è stato affermato, tra i tanti, dall'Alto Commissariato delle Nazioni Unite per i Rifugiati nelle UNHCR Guidelines on Gender-Related Persecution, nonché dalla Corte Costituzionale del Sud Africa nella decisione *National Coalition for Gay and Lesbian Equality and Another v. Minister of Justice and Others*. Vi è da aggiungere che in Iran, tra le sanzioni previste per la condotta omosessuale vi è la pena capitale. Tale circostanza avrebbe comunque dovuto condurre la Corte ad accuarsi almeno di questo aspetto, soprattutto in ragione dei principi elaborati nelle proprie decisioni. La Corte ha individuato violazioni dell'articolo 3 in casi in cui l'espulsione veniva ordinata nei confronti di soggetti condannati alla pena di morte, soprattutto se poi costretti a passare un periodo di tempo nel c.d. "braccio della morte"; ad esempio in, *Al-Sadoon and Mufti v. United Kingdom* par. 137. Inoltre, ha ritenuto che questo tipo di espulsioni potessero costituire illegittime violazioni dell'articolo 2, giacché «in circumstances where there are substantial grounds to believe that the person in question, if extradited, would face a real risk of being liable to capital punishment in the receiving country, Article 2 implies an obligation not to extradite the individual». In altri termini, la Corte ha ritenuto che «if an extraditing State knowingly puts the person concerned at such high risk of losing his life as for the outcome to be near certainty, such an extradition may be regarded as "intentional deprivation of life", prohibited by Article 2 of the Convention» in *Kaboulov v. Ukraine*, 41015/04 (ECtHR, 19 novembre 2009) par. 99.

tenuto presente che l'esistenza di sanzioni penali non fa che accentuare la stigmatizzazione delle persone LGBTI nei relativi Paesi. Pertanto, anche in assenza di attuazione, le disposizioni penali causano un clima di omofobia generalizzato e spesso violento, che in altre circostanze la Corte ha considerato sufficiente per imporre agli Stati membri divieti di espulsione³¹⁷. Inoltre, la Corte non ha considerato che, esistendo sempre in astratto la possibilità di un procedimento giudiziario, le persone LGBTI sono spesso minacciate dagli agenti di polizia e sottoposte anche a detenzioni ed esecuzioni extragiudiziali³¹⁸.

Un altro aspetto critico della decisione riguarda, poi, la valutazione dell'onere probatorio³¹⁹, laddove non si tiene conto delle specificità dell'esperienza del migrante LGBTI. La decisione in commento affronta due degli aspetti più critici della valutazioni delle domande di asilo presentate da migranti LGBTI: quello della credibilità del richiedente e delle informazioni sul Paese d'origine. Come affermato in precedenza, la credibilità è diventata una questione di primo piano in molti procedimenti per il riconoscimento dello *status* di rifugiato. Nella più gran parte dei casi, infatti, le affermazioni dei richiedenti costituiscono la principale, se non l'unica, fonte di prova della persecuzione subita o che si teme si possa subire. La Corte, prima di dichiarare l'inattendibilità del richiedente, avrebbe dovuto tenere in considerazione che nei Paesi in cui la condotta omosessuale è criminalizzata il richiedente è costretto a vivere la propria sessualità in clandestinità e, per questo, è più difficile allegare le prove della propria esperienza pregressa. Peraltro, non bisogna dimenticare che, nei più accorti regimi, possono essere le stesse autorità statali a occultare le evidenze di tali discriminazioni.

Le Informazioni sul Paese d'Origine, poi, sono fondamentali per permettere alle autorità di valutare il presunto timore di persecuzioni. Anche in questo caso, la Corte si è discostata dalle direttive dell'UNHCR. L'inesistenza o l'esiguità di informazioni sulle violazioni dei diritti delle persone LGBTI non potevano essere considerate prova che in quel Paese non si verificassero tali violazioni. La maggior parte dei report citati dalla Corte sono stati elaborati da rappresentanze diplomatiche, laddove è pacifico che le informazioni da valutare in sede istruttoria debbano essere completate con i report predisposti dalle organizzazioni che si battono per i diritti umani, tra cui

³¹⁷ La Corte ha, in altre, circostanze affermato come la deviazione rispetto alle imperanti norme sociali possa generare un clima violento e rischioso per il richiedente; cfr. con l'applicazione che è stata fatta dell'articolo 9 della Convenzione in una fattispecie riguardante dei cristiani provenienti dal Pakistan *Z. and T. v. United Kingdom*, 27034/05 (ECtHR, 28 febbraio 2006).

³¹⁸ Cfr. UNHCR, *Guidelines on International Protection No. 1: Gender-Related Persecution Within the Context of Article 1A(2) of the 1951 Convention and/or its 1967 Protocol relating to the Status of Refugees*, paragrafo 17, HCR/GIP/02/01, 7 May 2002, e la decisione della Commissione Francese per i Rifugiati *Décision M. OI, No. 543182*, 31 May 2006 (Commission des Recours des Réfugiés (CRR), France).

³¹⁹ In generale, la Corte si era peraltro già espressa sulle difficoltà incontrate dai richiedenti protezione internazionale nel reperire prove, assumendo quindi la necessità di un controllo stringente sui fatti in causa, se necessario ulteriore rispetto all'istruttoria operata dallo Stato, cfr. *Bahaddar v. the Netherlands*, 25894/94 (ECtHR, 19 febbraio 1998) par. 45. In altre decisioni si legge: «consideration must be given to its source, in particular its independence, reliability and objectivity. In respect of reports, the authority and reputation of the author, the seriousness of the investigations by means of which they were compiled, the consistency of their conclusions and their corroboration by other sources are all relevant considerations. [...] [C]onsideration must [also] be given to the presence and reporting capacities of the author of the material in the country in question» in *N.A. c. UK* par. 120-121.

anche organizzazioni LGBTI. Peraltro, la Corte in altri casi ha elaborato i limiti probatori da associare alle informazioni di fonte governativa, nonché dei criteri per valutare in sede giudiziaria le informazioni provenienti da fonti diverse da quelle diplomatiche³²⁰.

Le critiche rivolte alle decisioni in oggetto incontrano però il limite fondamentale dell'aspetto cronologico. Sebbene alcune autorità nazionali e alcune NGO avessero già dai primi anni Novanta denunciato la situazione fortemente a rischio per gli omosessuali in Iran, solo di recente le agenzie dell'ONU e le rappresentanze diplomatiche³²¹ hanno registrato ufficialmente la preoccupazione per lo stato dei diritti fondamentali degli appartenenti iraniani alla comunità LGBTI. Peraltro, i documenti ufficiali dell'UNHCR rispetto ai criteri da seguire nella valutazione delle peculiarità che derivano dalle esperienze dei migranti LGBT sono tutte successive.

Per questo motivo, l'ultima decisione della Corte – che risale al 2011 – è particolarmente interessante. In linea teorica, viste le recenti evoluzioni della prassi internazionale, nell'ipotesi in cui uno straniero omosessuale dovesse essere esposto al rischio di trattamenti inumani e degradanti da parte delle autorità del Paese di origine a causa del proprio orientamento sessuale, la Corte potrebbe dichiarare illegittimo il provvedimento di espulsione. La Corte dovrebbe, infatti, valutare autonomamente la situazione del Paese di destinazione, al fine di accertarsi che lo Stato convenuto non contribuisca in una qualche misura alla violazione dei diritti incompressibili garantiti dalla Convenzione.

A dispetto di quanto esposto, il caso in questione avrebbe potuto rappresentare lo spunto perfetto per un *revirement* giurisprudenziale. Infatti, la ricorrente, una donna dello Zimbabwe, aveva presentato ricorso contro le autorità britanniche che le avevano negato la protezione internazionale. Nello Zimbabwe l'omosessualità maschile è espressamente criminalizzata e quella femminile non è tollerata. Da anni, ormai, il Presidente Mugabe persegue una politica di lotta alle “perversioni sessuali”, che ha contribuito a creare un clima sociale fortemente omofobo. La ricorrente aveva affermato che, in quanto lesbica “butch”³²² era assimilata ad una opponente politica del regime e per questo discriminata non solo dalla famiglia, ma dall'intera comunità. La donna e la sua partner, infatti, erano state vittime di uno stupro di gruppo “punitivo”. A causa di ciò, entrambe erano rimaste in cinta e ne avevano risentito psicologicamente, tanto che la compagna si

³²⁰ *Na v. United Kingdom*, 25904/07 (ECtHR, 17 luglio 2008).

³²¹ European Parliament, *Resolution of 13 March 2008 on the Case of the Iranian Citizen Sayyed Mehdi Kazemi*, PA_TA-PROV(2008)0107, 13 March 2008.; *Regeringsbeslut 11:6*, Document No. 1926, 28 May 1998 (Swedish Government, Foreign Ministry Regeringen, Utrikesdepartementet); *Refugee Appeal No. 75576*, 21 December 2006 (New Zealand RSAA), para. 78; *HS (Homosexuals: Minors, Risk on Return) Iran v. Secretary of State for the Home Department* [2005] UKAIT 00120, 4 August 2005 (UK Asylum and Immigration Tribunal (AIT)); *Decision No. MA6-01580*, 12 January 2007 (Immigration and Refugee Board (IRB) of Canada); Human Rights Watch. *IRAN. We are a Buried Generation. Discrimination and Violence Against Sexual Minorities in Iran*, 2010.

³²² Con questo termine vengono indicate le donne omosessuali che si presentano con un aspetto prettamente maschile, indossando prevalentemente abiti associati culturalmente al genere maschile.

tolse la vita poco tempo dopo. Gli attacchi da parte della famiglia e della comunità erano continuati incessanti e la ricorrente era stata nuovamente aggredita e percossa.

Il *Secretary of State*, nonostante avesse ritenuto credibile il racconto e verosimile il clima discriminatorio in ragione dell'orientamento sessuale nel Paese d'origine, ritenne di negare la protezione. La motivazione si reggeva sul rilievo che le violenze subite fossero state perpetrate dalla famiglia e da attori privati e non, apparentemente, dalle autorità di governo. Pertanto, avrebbe potuto evitare tali problemi spostandosi all'interno del territorio dello Zimbabwe, verso luoghi dal clima più tollerante. In virtù delle stesse motivazioni, l'*Immigration Tribunal* e la *High Court* avevano successivamente rigettato le rispettive impugnazioni.

La Corte non è però entrata nel merito della questione, arrestando la propria analisi di fronte all'assenza delle condizioni di procedibilità ex articolo 37 della Convenzione. La ricorrente, anche secondo quanto confermato dal proprio legale, aveva lasciato volontariamente il Paese. In considerazione della assoluta irreperibilità della ricorrente, la Corte ne ha derivato la mancanza di un qualsivoglia interesse nel seguire l'evolversi del procedimento. Pertanto, assunto che non vi fossero speciali circostanze per continuare l'esame del ricorso ex art. 37 paragrafo 1 u.c., la Corte ha cancellato la causa dal ruolo.

L'incontestabile irricevibilità del ricorso in oggetto ha costituito un altrettanto insormontabile limite ad un'inversione di tendenza nella giurisprudenza della Corte. Per la prima volta, infatti, i giudici di Strasburgo avrebbero potuto pronunciarsi in favore della tutela di una richiedente protezione internazionale, perseguitato sulla base del proprio orientamento sessuale.

Questo caso presentava, infatti, tutte le caratteristiche che avrebbero, verosimilmente, potuto condurre la Corte alla declaratoria di illegittimità dell'ordine di espulsione delle autorità britanniche. Milita a favore di questa prognosi favorevole sull'esito del ricorso l'esame della giurisprudenza di Strasburgo rispetto alle violazioni potenziali dell'articolo 3 compiute da attori non statali. Quanto, invece, alla presunta violazione del diritto alla vita, la prassi della Corte non è altrettanto conducente. Infatti, se da un lato la Corte afferma che l'espulsione verso un Paese che non garantisce il diritto alla vita lede l'articolo 2 della Convenzione, dall'altro tale affermazione perde parte della sua imperatività quando la minaccia alla vita del ricorrente giunga da soggetti terzi e non dalle autorità governative. Infatti, seppure teoricamente sullo Stato membro gravi l'obbligo positivo di accertarsi che il Paese di origine offra protezione adeguata alla vita dello straniero, anche quando i pericoli provengano da terzi³²³, tale obbligazione positiva non è assoluta e

³²³ *L.C.B. v. United Kingdom*, 23413/94 (ECtHR, 28 novembre 1995).

incondizionata. Anzi, spesso, la Corte ha abdicato alla propria possibilità di ingerenza nelle scelte governative, ritenendo che lo Stato avesse compiuto tutti gli sforzi possibili³²⁴.

L'analisi della censura legata al divieto di tortura e trattamenti inumani e degradanti avrebbe reso difficile alla Corte non censurare il comportamento delle autorità britanniche. L'articolo 3, invero, prevede pacificamente la responsabilità dello Stato che espelle uno straniero anche in presenza di fondati e seri motivi di ritenere che questi, giunto nel Paese di destinazione, possa essere sottoposto a trattamenti inumani e degradanti³²⁵ e, più in generale, quando tale Paese non offra garanzie di "adeguata protezione" da detti trattamenti. In linea con gli sviluppi del diritto dell'Unione – laddove la persecuzione da parte di soggetti non statuali³²⁶ è stata riconosciuta rilevante per la richiesta d'asilo nell'Articolo 6 della Direttiva Qualifiche – la nozione di "adeguata protezione" è stata interpretata estensivamente, tanto da ricomprendervi un dovere di protezione da aggressioni che possano provenire da individui privati. In questi casi, la Corte richiede la sussistenza di due condizioni: la prova di un reale rischio per l'espulso e la prova dell'incapacità delle autorità del Paese di destinazione di assicurare una protezione adeguata, che deve essere effettiva e di natura non temporanea.

La fattispecie concreta sembrava presentare i requisiti idonei a giustificare l'intervento della Corte. Quanto alla sussistenza del rischio, peraltro mai contestata neppure dallo Stato convenuto, sarebbe stata agevolmente provata dai giudici di Strasburgo attraverso l'analisi delle sistematiche aggressioni di cui la donna era stata ripetutamente vittima e che non derivavano da una generica situazione di violenza diffusa del Paese d'origine.

Anche la circostanza che il regime di Mugabe non potesse o volesse fornire protezione contro persecuzioni o danni gravi derivanti da privati, sarebbe stata facilmente dimostrabile. Pur non volendo attribuire eccessiva rilevanza alla politica di discriminazione attiva perseguita dal regime nei confronti delle minoranze sessuali, sarebbe stato comunque impossibile non rilevare che l'omosessualità maschile è una condotta penalmente rilevante. Infatti, l'UNHCR ritiene che le sanzioni penali per attività omosessuale, oltre a stimolare l'intolleranza sociale, impediscano l'accesso delle persone omosessuali alla protezione dello Stato. La domanda di un richiedente dovrebbe, quindi, essere fondata se lo Stato d'origine condoni o tolleri azioni discriminatorie o quando non sia in grado di proteggerlo in maniera effettiva.

In conclusione, è probabile che, se la Corte avesse esaminato il merito della vicenda, avrebbe potuto impedire che si verificasse almeno una potenziale violazione dell'articolo 3. Una decisione

³²⁴ *H. L. R. v. France*, 24573/94 (ECtHR GC, 29 aprile 1997) e

³²⁵ *Chahal v. the United Kingdom*, 22414/93 (ECtHR, 15 novembre 1996).

³²⁶ Cfr. J.D. Wilets, «Conceptualizing Private Violence against Sexual Minorities as Gendered Violence: an International and Comparative Law Perspective,» *Albany Law Review* 60 (2008): 989-1049.

che sarebbe stata sorretta da tutte le condizioni normalmente richieste: l'attendibilità della ricorrente, il rischio effettivo di subire trattamenti inumani e degradanti e l'incapacità o la mancanza di volontà delle autorità di offrire un'adeguata protezione.

Con la decisione in commento, la Corte ha perso l'occasione di pronunciarsi compiutamente sulla legittimità di un ordine di espulsione disposto nei confronti di un richiedente asilo che rischi, una volta rimpatriato nel proprio Paese di origine, di essere perseguitato in ragione del proprio orientamento sessuale. Il problema della responsabilità degli Stati membri che negano la tutela ai richiedenti omosessuali è rimasto, così, privo di risposta e incardinato nella disciplina generale delineata dalla Corte in tema di migranti. Rimane, comunque, viva la possibilità di una pronuncia favorevole per l'unico caso attualmente pendente e riguardante un cittadino iraniano omosessuale che ha proposto ricorso contro le autorità francesi.

3.2 La prassi della Commissione ONU contro la Tortura

Un discorso analogo a quello condotto per la Corte EDU può essere riproposto per la prassi della CAT. Nonostante, infatti, la Convenzione contro la Tortura sia l'unico testo in cui si fa espresso riferimento al principio del *non-refoulement*, fino al 2011 nessuna violazione dell'articolo 3 era mai stata riscontrata nei casi di richiedenti LGBTI.

Anche in questo caso il numero dei provvedimenti è esiguo. Le prime due decisioni – risalenti al 2003 – sembrano sotto certi aspetti condividere l'atteggiamento prudente della Corte EDU, mentre l'ultima decisione del 2011 sembra aver accolto *in toto* le direttive dell'UNHCR, costituendo un precedente di assoluta rilevanza anche per altri organi giurisdizionali e paragiurisdizionali di carattere sovranazionale.

Nel primo caso in oggetto³²⁷, la Commissione ha esaminato il ricorso di un cittadino iraniano la cui richiesta di asilo era stata respinta dalle autorità olandesi. Il ricorrente aveva cercato di dimostrare che se fosse stato espulso avrebbe corso il rischio di essere sottoposto a tortura o trattamenti inumani e degradanti a causa della propria omosessualità³²⁸. Al fine di dimostrare attualità e concretezza del rischio che avrebbe corso, aveva dichiarato che, a seguito di una

³²⁷ *K.S.Y. v. The Netherlands*, CA T/C/30/D/190/2001 (UN Committee Against Torture (CAT), 26 maggio 2003). Si eviterà l'esame della seconda decisione perché presenta profili meno interessanti. Infatti, in questo caso il ricorrente, un cittadino costaricano bisessuale, asseriva di non potere essere espulso verso il Paese d'origine a fronte del rischio di subire trattamenti inumani e degradanti da parte di gruppi organizzati, ma non statuali, rispetto alle quali aggressioni il governo non si era già in passato attivato per proteggerlo. In realtà, però, i fatti risalivano a molti anni prima e nel frattempo la situazione politica nel Paese era profondamente mutata. Vedi *E.J.V.M. v. Sweden*, CA T/C/31/D/213/2002 (UN Committee Against Torture (CAT), 28 novembre 2003).

³²⁸ Il ricorrente aveva anche avanzato come possibile causa di rischi all'integrità fisica e psichica al rientro in Iran l'attivismo politico del fratello, in ragione del quale sarebbe stato più volte fermato e interrogato dalla polizia. La Commissione ha dismissed l'argomentazione ricordando che il rischio deve riguardare aspetti legati al futuro e non al passato. In considerazione del fatto che l'attivismo politico del fratello si era svolto in Iran molto tempo prima e lo stesso fratello non viveva più in quel paese, il motivo di ricorso è stato ritenuto infondato.

denuncia dei vicini che lo avevano visto con il compagno, era stato arrestato e torturato. Alle dichiarazioni aveva accompagnato una serie di rapporti medici che provavano lo stato di stress post traumatico, nonché alcuni report sulla situazione degli omosessuali in Iran³²⁹. Aveva, inoltre, affermato che durante la detenzione aveva ricevuto un messaggio con cui gli veniva comunicata la condanna a morte. Riuscito ad evadere, era poi fuggito verso l'Olanda dove aveva fatto richiesta di asilo. La domanda era stata definitivamente rigettata e il richiedente dichiarato “*undesiderable person*”, in ragione di una condanna a sei anni di detenzione per un delitto passionale.

Lo Stato convenuto, nelle osservazioni presentate alla Commissione, aveva evidenziato come il ricorrente non fosse riuscito a provare la serietà e la fondatezza del pericolo corso. Non solo le dichiarazioni rese si qualificavano per mancanza di credibilità, ma peraltro dalle indicazioni dei report si evinceva che sebbene criminalizzata l'attività omosessuale in Iran non fosse attivamente perseguita. L'assenza di qualsiasi documento che testimoniava la condanna a morte³³⁰ e l'implausibilità di una fuga all'estero di un evaso erano, quindi, i punti centrali dell'inattendibilità del ricorrente.

La Commissione nel valutare se il rischio corso fosse personale, attuale e altamente probabile, ha applicato i principi generali elaborati attraverso l'interpretazione della Convenzione³³¹, senza però valutare la specificità dei problemi che presenta l'esperienza dell'omosessuale. Invero, la Commissione, accolte le osservazioni dello Stato convenuto sulla credibilità del richiedente e sulla situazione degli individui LGBT in Iran, senza svolgere ulteriori istruttorie, ha affermato che l'espulsione non avrebbe costituito una violazione dell'articolo 3 della Convenzione.

Così come osservato per alcune decisioni della Corte EDU, la Commissione non si è discostata dalle proprie prassi, valutando la credibilità in relazione alle prove prodotte e alla

329 Nella decisione si legge: «The complainant, referring to a report of Amnesty International of 30 July 1997, notes that homosexual activities are a criminal offence under the Iranian Penal Code. He points out that the mere declaration of four witnesses may lead to punishment as well as the opinion of a judge based on his own knowledge. The report further says that a person suspected of "committing" homosexual activities risks arrest, torture (lashes) or ill-treatment. As to sources that confirm the existence of acts of torture in Iran, the complainant refers to the report of the United Nations Special Representative of the Commission on Human Rights on Iran of 21 September 1999, according to which "[p]ress accounts suggest that corporal punishment is prevalent. In January 1999, an Iranian newspaper reported that two 15-year-old boys had been sentenced to a flogging for 'offending public democracy' by dressing up as girls and wearing make-up. They explained to the Court that they did this to 'extract money from rich young men'. In June an Iranian newspaper reported that a young man in Mashad had been given 20 lashes for 'wounding public moral sentiments' by plucking his eyebrows and wearing eyeshadow. In March an Iranian newspaper reported that six persons had been sentenced in Mashad to 18 months in jail and 228 lashes for goading passers-by to dance in the street'» par. 3.5 e 3.6

330 Peraltro, proprio su quest'aspetto la Human Rights Committee ha ricordato che: «it is not necessary to prove, as suggested by the State Party, that the author “will” be sentenced to death [...] but that there is a “real risk” that the death penalty will be imposed on her. It does not accept the State Party’s apparent assumption that a person would have to be sentenced to death to prove a “real risk” of a violation of the right to life.» *Kwok Yin Fong v. Australia*, 1442/2005 (CCPR, 29 novembre 2009) par.9.6. Ha specificato poi, soprattutto rispetto ai casi che non riguardano l'estradizione: «a real risk is to be deducted from the intent of the country to which the person concerned is to be deported, as well as from the pattern of conduct shown by the country in similar cases.» *G. T. v. Australia*, 706/1996 (CCPR, 4 dicembre 1997) par. 8.4

331 La Commissione ha più volte ribadito che, affinché il rischio possa considerarsi “personale”, non è sufficiente dimostrare la generica situazione di sottotutela dei diritti fondamentali nel paese di destinazione, salvo casi eccezionali. Del resto, non è neanche necessario dimostrare che il pericolo sia diretto personalmente e specificamente al richiedente. Infatti, è possibile dimostrare che in individui nelle medesime situazioni hanno subito torture o trattamenti inumani, ma anche in questo caso non è sufficiente allegare la mera appartenenza ad un gruppo discriminato. Vedi, ad esempio, *C. T. and K. M. v. Sweden*, 279/2005 (CAT, 22 gennaio 2007). Ovviamente, le prove di violazioni subite prima della fuga dal Paese d'origine rendono maggiormente stringente la necessità di valutare il rischio, anche se l'attualità del pericolo deve comunque essere dimostrata. La Commissione ha, infatti, affermato che: «even if were assumed that the complainant was tortured by the Punjabi police, it does not automatically follow that, thirteen years after the alleged events occurred, he would still be at risk of being subjected to torture if returned to India» in *B.S.S. v. Canada*, 183/2001 (CAT, 17 maggio 2004) par 11.4.

coerenza del racconto, così come nella valutazione delle COI. Tuttavia, come già ampiamente ricordato, è proprio la mancanza di attenzione verso le complicazioni che genera l'appartenenza ad una minoranza sessuale a creare esiti insidiosi. È sufficiente ricordare quale sia la difficoltà di provare gli avvenimenti passati, sia per aver dovuto celare la propria sessualità sia per il tentativo dei governi di non rendere note tali violazioni³³².

L'impianto logico argomentativo a sostegno dell'inesistenza di un vero rischio si è basato proprio sull'insufficienza delle prove, senza però che si affrontasse il problema dell'impossibilità di produrle. La Commissione ha dato tanto peso all'assenza di una persecuzione attiva – così come delineata dallo Stato convenuto – da ritenere che la sola presenza delle *sodomy laws* non fosse sufficiente per creare consistenti difficoltà al richiedente.

Anche in questo caso, il problema della credibilità torna ad essere cruciale. Se l'attenzione non viene trasferita sulle conseguenze delle norme che criminalizzano l'omosessualità, la configurabilità del concreto rischio in situazioni analoghe si trasforma in una *probatio diabolica*. Non assumere come premessa che un governo apertamente omofobo ha tutto l'interesse ad impedire il fuoruscire di informazioni autoincriminanti rispetto ai valori propugnati dalla comunità internazionale e a rendere invisibile all'esterno la propria politica, rende impossibile ipotizzare e richiedere uno standard della prova diverso per queste situazioni. In accordo alla prassi della Commissione, l'ostracismo sociale e la persecuzione e condanna soltanto potenziali da parte delle autorità non sono elementi validi a caratterizzare come “probabile e personale” il rischio corso. Di conseguenza, fintantoché non si dota di autonoma rilevanza la presenza delle *sodomy laws*, il problema della credibilità dei migranti LGBT rimane pressoché insormontabile, anche di fronte alla Commissione contro la Tortura.

Eppure, con la decisione *Mondal v. Sweden* la Commissione sembra aver acquisito le direttive dell'UNHCR e conferito autonoma rilevanza alle problematiche sollevate dall'appartenenza alle minoranze sessuali³³³. Il caso riguarda un cittadino bengalese, appartenente alla minoranza hindu, fuggito dal proprio Paese d'origine dopo essere stato arrestato e torturato per il suo attivismo politico, nonché condannato a morte per la sua omosessualità da una fatwa dell'Imam del proprio paese. Le autorità svedesi avevano rigettato la richiesta di asilo, ritenendo che il richiedente non

³³² Si riportano alcuni passi del reporto di Human Rights Watch sulle difficoltà di reperire informazioni sulle violazioni dei diritti delle minoranze sessuali: «In Iran, any attempt to openly gather, organize, or disseminate information contrary to the government's mainstream views regarding gender identity and sexual orientation may be viewed as political propaganda and a threat to national security (...) It is not surprising, therefore, that rights groups in Iran and LGBT Iranians themselves tend not to address rights deprivations affecting sexual minorities (...) Yet government authorities still have shown a willingness to use harsh tactics to silence those who seek to publicize discrimination and violence against Iran's sexual minorities in the country. In addition to local police units, rights defenders and others who wish to organize, educate, or draw attention to the situation of sexual minorities in Iran run the risk of being targeted by intelligence officers from the Ministry of Intelligence or the Revolutionary Guards, charged under the country's harsh national security laws, and prosecuted for political crimes in Iran's revolutionary courts. The dangers may be even greater for rights defenders who self-identify as members of Iran's LGBT community.» Human Rights Watch, “*We Are a Buried Generation*” *Discrimination and Violence against Sexual Minorities in Iran* (New York: Human Rights Watch, 2010) pag. 87-88.

³³³ *Mondal v. Sweden*, CAT/C/46/D/338/2008 (Committee against Torture (CAT), 7 luglio 2011).

avesse soddisfatto l'onere della prova. Questi non era stato in grado di produrre prove dei precedenti arresti o dell'esistenza di una persecuzione attiva nei confronti degli omosessuali. Dall'istruttoria condotta dalle autorità competenti era emerso, infatti, che sebbene l'omosessualità in Bangladesh fosse sanzionata anche con la pena dell'ergastolo, tali norme non venissero applicate.

Nel giudizio di fronte la Commissione, poi, lo Stato convenuto aveva evidenziato come l'espulsione non comportasse un rischio serio e attuale di tortura o trattamenti inumani. Infatti, l'unico rischio effettivamente riconosciuto era quello di essere arrestato all'esito di un processo penale. Un rischio che, come sottolineato dalla difesa dello Stato, non rientra automaticamente nell'ambito di applicazione dell'articolo 1 della Convenzione, salvo che non si dimostri che dall'arresto derivi un ulteriore rischio di tortura o trattamenti inumani. In questa prospettiva, il rischio corso dal ricorrente non avrebbe potuto essere ricondotto nell'alveo di tutela della Convenzione, in considerazione del fatto che la Costituzione bengalese prevede una norma equivalente all'articolo 1, che vieta e punisce la tortura. Infine, lo Stato ha sollevato l'eccezione della riallocazione. Considerando che per anni il ricorrente aveva vissuto con un uomo senza rilevanti conseguenze, l'unico problema conseguente alla propria identità sessuale sarebbe stato lo stigma sociale, che avrebbe ben potuto evitare spostandosi in altre zone del Paese. La stessa eccezione è stata sollevata per la fatwa, cui si è riconosciuto solo valore locale.

La Commissione – che nel caso precedente aveva sostanzialmente fatto proprie lo stesso tipo di argomentazioni addotte dallo Stato convenuto – ha messo in luce gli aspetti più problematici della fattispecie, risolvendoli innovativamente in senso opposto e secondo le direttive dell'UNHCR. Due sono i punti centrali della decisione, quello legato all'onere della prova e quello del valore delle *sodomy laws*. La Commissione ha sostanzialmente ammesso che la semplice esistenza di queste norme, anche in assenza di informazioni sulla diretta applicazione, comporta la possibilità che sia dia corso ad un procedimento penale³³⁴. Questa circostanza, associata al basso standard di tutela dei diritti fondamentali nel Paese di destinazione, basterebbe per dimostrare l'esistenza di un concreto pericolo.

La Commissione, applicando il generale principio di inversione dell'onere della prova³³⁵, ha rigettato le obiezioni dello Stato anche rispetto al carattere locale del rischio e, quindi, all'alternativa della riallocazione. Secondo l'organo giudicante, lo Stato convenuto non avrebbe provato a sufficienza il carattere locale del pericolo derivante dalla fatwa e il disinteresse delle

³³⁴ Nel testo si legge: «As for his sexual orientation, the State party acknowledged that homosexual acts are illegal under the Penal Code and can entail imprisonment for life in Bangladesh. In this regard, the Committee notes that the State party's argument that Bangladeshi authorities are not actively persecuting homosexuals does not rule out that such prosecution can occur.» par. 7.3

³³⁵ Nella prassi della Commissione è pacifico che: «As is common in international human rights mechanisms, the burden to present an arguable case is on the individual applicant. However, once the applicant has submitted sufficient information that could have been verified by the authorities, the burden shifts to the State Party to explain the refusal of the non-refoulement protection» in *A. S. v. Sweden*, 149/1999 (CAT, 15 febbraio 2001).

autorità nel perseguirlo. Peraltro, affermando esplicitamente che il richiedente non avrebbe di contro potuto fornire questo tipo di prove³³⁶.

Che la Commissione abbia modificato il proprio metro di giudizio fa ben sperare anche in relazione ad un auspicato *revirement* giurisprudenziale della Corte EDU. La decisione *K.S.Y v. the Netherland*, infatti, è stata una delle più citate dalla Corte per supportare le proprie argomentazioni. A questo punto, però, anche la Commissione ha riconosciuto implicitamente che le esigenze peculiari delle minoranze sessuali richiedono, almeno parzialmente, che si abdichi agli ordinari metri di giudizio, per adottarne di diversi e più adatti. Non resta quindi che attendere per vedere se questa decisione avrà una qualche influenza sull'unico caso ancora pendente innanzi la Corte EDU.

4. I limiti all'espulsione: la tutela della dimensione familiare

Gli Stati incontrano un secondo limite al diritto di espellere o comunque allontanare uno straniero dal proprio territorio. Ciò accade quando l'allontanamento forzato costituisce *ex se* – indipendentemente dal Paese di destinazione – un'interferenza ingiustificata con il godimento di alcuni diritti fondamentali. Diversi sono i diritti che possono subire una compressione a causa dell'allontanamento, ma non tutti possono costituire una valida base per imporre in capo allo Stato un obbligo negativo di non dar corso all'ordine di espulsione. Nel caso di specie, rileva che la giurisprudenza internazionale abbia ammesso eccezioni al controllo dei flussi migratori con riferimento alla tutela della vita privata e familiare dello straniero³³⁷.

Tale profilo della disciplina dei limiti delle espulsioni è stato eccepito in alcuni casi di migranti LGBTI esaminati dalla Corte EDU. Ben può accadere, infatti, che lo straniero abbia creato nel Paese ospite dei legami che, seppure non riconducibili al concetto di famiglia nucleare, si sostanziano in rapporti affettivi stabili e assimilabili a quelli della famiglia fondata sul matrimonio.

In generale – posto che la giurisprudenza della Corte tende ad escludere che limiti all'espulsione possano derivare dal rischio di trattamenti che, per difetto di gravità, non ricadono nell'ambito di applicazione dell'art. 3³³⁸ – l'art. 8 può essere invocato a protezione dell'unità

³³⁶ «Concerning the fatwa issued against the complainant because of his sexual orientation, the Committee considers that the State party's argument that the complainant did not know to what extent the poster with the fatwa had been spread within Bangladesh, and that it may only have been of a local character, is unjustified as it would be impossible for the complainant to prove the contrary given that he is outside the country, it would be impossible for him to prove the contrary.» par. 7.4

³³⁷ *Slivenko v. Latvia*, 48321/99 (ECtHR, 9 ottobre 2003) par. 95; *Üner v. the Netherlands*, 46410/99 (ECtHR GC, 18 ottobre 2006) par. 59; *Onur v. United Kingdom*, 27319/07 (ECtHR, 27 febbraio 2009) par. 46; *A.W. Khan v. United Kingdom*, 47486/06 (ECtHR, 12 gennaio 2010) par. 31; *Rubin Byahuranga v. Denmark*, 1222/2003 (CCPR, 9 dicembre 2004) par. 11.7; *Madafferi and Madafferi v. Australia*, 1011/2001 (CCPR, 26 agosto 2004) par. 9.8; *Amnesty International v. Zambia*, 212/98 (ACommHPR, maggio 1991) par. 51; *Modise v. Botswana*, 97/93 (ACommHPR, 6 novembre 2000) par. 92.

³³⁸ *Bensaid v. United Kingdom*, 44599/98 (ECtHR, 6 febbraio 2001).

familiare nel Paese di accoglienza e dell'insieme delle relazioni sociali ivi sviluppate³³⁹. Ne consegue che viene protetta sia la vita familiare dello straniero che quella privata, seppur con un diverso grado di tutela e di possibilità di limitare la discrezionalità dello Stato. Nel senso che il giudizio di bilanciamento tra garanzia del diritto individuale ed esigenze di controllo dei flussi migratori o di tutela dell'ordine pubblico, nel rispetto del margine di apprezzamento nazionale, è sicuramente più stringente quando venga in rilievo la tutela della vita familiare. Pertanto, a seconda che i legami affettivi dello straniero LGBT siano classificati come “vita familiare” o “vita privata”, diverse saranno le conseguenze in termini di tutela.

Il concetto di vita familiare è stato interpretato in senso molto ampio dalla giurisprudenza e dalla prassi degli organi internazionali, in modo da potersi evolvere contestualmente al cambiamento dei costumi sociali e al concetto stesso di famiglia. Nel contesto delle relazioni tra adulti, la *Human Rights Committee* ha affermato che il concetto di famiglia non può essere ridotto ai legami sorretti dal vincolo del matrimonio³⁴⁰.

Quanto invece, più specificamente, alle relazioni di fatto tra partner dello stesso sesso, mentre una risalente giurisprudenza degli organi di Strasburgo le qualificava come riconducibili al concetto di “vita privata”³⁴¹, recentemente la Corte ha ritenuto che le stesse costituissero espressione di “vita familiare”³⁴². A *fortiori*, sembrano potere rientrare nella medesima categoria le *partnership* registrate, ove previste dal diritto di uno Stato contraente. Del resto, già nella sentenza *Burden c. Regno Unito*³⁴³ la Corte aveva implicitamente assimilato la tutela della famiglia fondata sul matrimonio e la protezione delle relazioni omosessuali stabili. In sintesi, il concetto di “vita familiare” è stato levigato dalla giurisprudenza in modo tale che l'ambito soggettivo della nozione si espandesse considerevolmente. Sicuramente, devono considerarsi incluse le relazioni fondate sul dato biologico, quelle giuridicamente istituzionalizzare, nonché quelle di tipo sociale. Independentemente, quindi, dalla categoria familiare coinvolta – naturale, legittima o sociale – la condizione che ne determina l'inclusione nel concetto di famiglia è una questione di fatto, ovvero che sussista l'effettività dei legami personali.

³³⁹ La Corte ha più volte affermato che l'articolo 8 della Convenzione non garantisce ad alcuna categoria di stranieri, neanche quelli di “seconda generazione” una protezione assoluta contro l'espulsione in virtù della loro integrazione nel paese ospite. Ciò, nonostante le direttive che il Consiglio d'Europa ha fornito nella Raccomandazione 1504 (2001) sull'espulsione degli immigrati di lunga permanenza.

³⁴⁰ «The term “family”, for purposes of the Covenant, must be understood broadly to include all those comprising a family as understood in the society concerned. The protection of such family is not obviated by the absence of formal marriage bonds, especially where there is a local practice of customary or common-law marriage. Nor is the right to protection of family life necessarily displaced by geographical separation, infidelity, or the absence of conjugal relations. However, there must first be a family bond to protect.» in *Ngambi and Nébol v. France*, 1179/2003 (CCPR, 16 luglio 2004) par. 6.4

³⁴¹ Tra le più recenti, *Mata Estevez v. Spain*, 56501/00 (ECtHR, 10 maggio 2001).

³⁴² *Schalk and Kopf v. Austria*, 30141/04 (ECtHR, 24 giugno 2010) par. 94; *P.B. and J.S. v. Austria*, 18984/02 (ECtHR, 22 luglio 2010) par. 30. Ovviamente, al fine di qualificare determinate relazioni come vita familiare la Corte adotta dei criteri guida da applicare all'esame della fattispecie concreta. Per esempio, come fattori rilevanti la Corte valuta la durata della relazione, il modo in cui dimostrano l'impegno assunto l'uno nei confronti dell'altra, la presenza di figli e così via. Cfr. *X, Y and Z v. United Kingdom*, 75/1995/581/667 (ECtHR GC, 20 marzo 1997) par. 36.

³⁴³ *Burden and Another v United Kingdom*, 13378/05 (ECtHR GC, 29 aprile 2008).

Assumendo questo approccio interpretativo, allora, anche i legami affettivi creati nel Paese ospite dallo straniero LGBTI potrebbero rilevare come limite al diritto di allontanamento dello Stato stesso, trattandosi di vera e propria vita familiare. Alla luce dei principi generali elaborati in materia³⁴⁴, uno straniero che avesse creato un nucleo familiare con un individuo del proprio stesso sesso nel corso di un periodo di soggiorno regolare nel Paese ospite potrebbe godere della protezione dell'articolo 8 della Convenzione. Infatti, qualora – sempre in applicazione teorica dei già citati principi – venisse emesso un ordine di espulsione nei propri confronti e l'allontanamento avesse quale conseguenza la dissoluzione del legame stabile e duraturo, ad esempio perché l'omosessualità è criminalizzata nel Paese di trasferimento, allora potrebbe configurarsi una violazione dei limiti posti dalla Convenzione.

Tuttavia, la Corte in tema di migranti applica un criterio restrittivo del concetto di famiglia, tanto da non potersi considerare estendibile alle relazioni tra partner dello stesso sesso, per quanto stabili e ben strutturate. Nella materia trattata, il rispetto della vita familiare viene in rilievo solo quando i provvedimenti adottati incidano sull'unità della famiglia nucleare³⁴⁵. Effettivamente, nei casi in cui la tutela della vita familiare è stata eccepita da stranieri LGBTI, la Corte non ha mai ritenuto di poter tutelare tali relazioni a scapito del potere dello Stato di regolare i flussi migratori. Esemplificativa, tra le poche decisioni che hanno affrontato l'argomento³⁴⁶, è la già citata *Z.B. v. United Kingdom*.

Il ricorrente cipriota aveva denunciato l'illegittimità dell'ordine di espulsione anche sotto l'aspetto della tutela della vita familiare. Il rimpatrio forzato avrebbe causato la dissoluzione di quel rapporto “parafamiliare”. Sarebbe stato impossibile, infatti, che continuasse a Cipro, giacché si sarebbe configurata come una condotta penalmente rilevante. La Commissione, però, ha rilevato

³⁴⁴ Quando l'allontanamento dal territorio dello Stato sia una mera conseguenza dell'applicazione della normativa sul soggiorno degli stranieri e sia quindi giustificata dalla necessità di *gestire i flussi migratori* in funzione della promozione del benessere economico del Paese (cfr. *Berrehab v. The Netherlands*, 10730/84 (European Commission of Human Rights, 21 giugno 1988) par. 26), la Corte ha dettato alcuni principi e criteri generali per valutare la questione della compatibilità di un provvedimento di allontanamento dal territorio con l'art. 8 e, in particolare, per valutare la proporzionalità della misura rispetto all'esigenza del mantenimento dell'unità familiare (vedi, in generale, *Rodrigues da Silva and Hoogkamer v. The Netherlands*, 50435/99 (ECtHR, 31 gennaio 2006) par. 39). La proporzionalità andrebbe valutata in relazione alla misura in cui le relazioni tra i soggetti coinvolti sono destinate a dissolversi, all'esistenza di ostacoli al trasferimento nel Paese di destinazione (insussistenza di qualsiasi legame, non conoscenza della lingua, impossibilità di portare i figli con se *Rodrigues da Silva*, cit., par. 41), alla sussistenza di ragioni stringenti a supporto dell'espulsione (violazione di norme a tutela dell'ordine pubblico o di controllo dell'immigrazione cfr. *Konstantinov v. The Netherlands*, 16351/03 (ECtHR, 26 aprile 2007) par. 51) e, infine, al fatto che il legame si sia creato quando la precarietà del soggiorno nel Paese ospite era già nota allo straniero (cfr. *Y v. Russia*, 20113/07 (ECtHR, 4 dicembre 2008) par. 104). La Commissione per i Diritti Umani ha sostanzialmente condiviso questo approccio, ritenendo che: «in cases where one part of a family must leave the territory of the State Party while the other part would be entitled to remain, the relevant criteria for assessing whether or not the specific interference with family life can be objectively justified must be considered, on the one hand, in light of the significance of the State Party's reasons for the removal of the person concerned and, on the other, the degree of hardship the family and its members would encounter as a consequence of such removal.» *Rubin Byahuranga v. Denmark*, 1222/2003 (CCPR, 9 dicembre 2004) par. 11.7; vedi anche *Madafferi and Madafferi v. Australia*, 1011/2001 (CCPR, 26 agosto 2004) par. 9.8. quanto poi alla durata della relazione la Corte ha affermato che: «the longer a person has been residing in a particular country, the stronger his or her ties with that country and the weaker the ties with the country of his or her nationality will be» in *Üner v. the Netherlands*, 46410/99 (ECtHR GC, 18 ottobre 2006) par. 59.

³⁴⁵ L'interpretazione restrittiva del concetto di famiglia che la Corte abbraccia in questo ambito sembra limitata alla famiglia cd. “nucleare”. Il nucleo comprende i coniugi, eventualmente i conviventi *more uxorio* (ad esempio vedi *Onur v. United Kingdom*, 27319/07 (ECtHR, 27 febbraio 2009) par. 43), e i figli minori anche se non conviventi. In generale, sulla rilevanza dei rapporti tra genitori e figli, anche in caso di assenza di potestà genitoriale vedi *Berrehab v. The Netherlands*, 10730/84 (European Commission of Human Rights, 21 giugno 1988) par. 21; *Ciliz v. The Netherlands*, 29192/95 (ECtHR, 11 luglio 2000) par. 70; *Rodrigues da Silva and Hoogkamer v. The Netherlands*, 50435/99 (ECtHR, 31 gennaio 2006).

³⁴⁶ *C. and L. M. v. United Kingdom*, 14753/89 (European Commission of Human Rights, 9 ottobre 1989); *X and Y v. United Kingdom*, 9369/81 (European Commission of Human Rights, 3 maggio 1983); *W.J. and D.P. v. United Kingdom*, 12513/86 (European Commission of Human Rights, 13 luglio 1987).

come – alla luce della propria giurisprudenza³⁴⁷ – le relazioni lesbiche o omosessuali non rientrassero nella definizione di vita familiare contenuta nell'articolo 8. Pertanto, le espulsioni regolari, pur quando avessero inciso su tale aspetto, non potevano essere in principio censurate in considerazione del diritto degli Stati di imporre limiti e controlli all'immigrazione.

Ciononostante, il ricorrente – in considerazione del fatto che un limite ulteriore alla libertà degli Stati deriva dalla necessità di rispettare, nella gestione dei flussi migratori, il principio di non discriminazione nell'esercizio del diritto al rispetto della vita privata e familiare³⁴⁸ – aveva lamentato anche una violazione dell'articolo 14, poiché la disciplina dei flussi migratori imponeva un trattamento differenziato per le coppie stabili omosessuali rispetto alle loro corrispettive eterosessuali. Infatti, egli riportava che, secondo la normativa britannica sull'immigrazione, il *Secretary of State* poteva esercitare la propria discrezionalità nel concedere permessi di soggiorno in favore di donne che vivessero relazioni stabili al di fuori del matrimonio.

Tuttavia, la Commissione aveva già ritenuto che non vi fosse discriminazione quando le norme sull'immigrazione avessero dato priorità e migliori garanzie alle coppie stabili conviventi in relazioni familiari, piuttosto che ad altre relazioni stabili come quelle lesbiche o omosessuali. In passato, infatti, la Commissione aveva sostenuto che la famiglia – cui può essere assimilata una relazione eterosessuale di convivenza – merita una protezione speciale nella società e non vi è ragione per cui un'Alta Parte contraente non dovrebbe fornire una particolare assistenza alle famiglie³⁴⁹. La Commissione pertanto assumeva in questi casi che una differenza di trattamento potesse essere oggettivamente e ragionevolmente giustificata. La Commissione, quindi, ha rinnovato l'orientamento secondo cui la differenza di trattamento fosse giustificata dall'obiettivo legittimo di proteggere relazioni assimilabili alla famiglia (incluse quelle che esistono al di fuori del matrimonio) in una maniera proporzionata al raggiungimento di tale fine. Pertanto, la Commissione ha concluso che anche su questo punto il ricorso fosse manifestamente infondato.

³⁴⁷ Già in precedenti decisioni si leggeva: «The Court and the Commission have previously held that homosexual relationships do not fall within the ambit of family life, but rather fall within the notion of private life under Article 8 (Art. 8) of the Convention. It is clear that a refusal to allow a person to remain in a country where he has been living and working for several years must result in a disruption of his private life. However, this inevitable disruption cannot, in principle, be regarded as an interference with the right to respect for private life, ensured by Article 8 (Art. 8) of the Convention, unless the person concerned can demonstrate that there are exceptional circumstances in his case justifying a departure from that principle» in *W.J. and D.P. v. United Kingdom*, 12513/86 (European Commission of Human Rights, 13 luglio 1987) The Law par. 4.

³⁴⁸ La questione è stata esaminata dalla Corte con riferimento a diverse condizioni richieste per il ricongiungimento del coniuge in relazione al genere, nonché rispetto al divieto di soggiorno che sia fondato esclusivamente sulla sieropositività dello straniero. Vedi, rispettivamente, *Abdulaziz, Cabales and Balkandali v. the United Kingdom*, 15/1983/71/107-109 (ECtHR Plenary, 24 aprile 1985) par. 83 e *Kiyutin v. Russia*, 2700/10 (ECtHR, 10 marzo 2011) non definitiva.

³⁴⁹ «It is true that these Immigration Rules make no provision for the reunification of homosexual couples in the United Kingdom, whereas they do permit, inter alia, certain foreign spouses and fiancés to join their partners in the United Kingdom, where the latter have the right of abode. The Commission accepts that the treatment accorded to the applicant was different from the treatment she would have received if the partners had been of different sexes. The Commission finds that the aim of the legislation in question was to protect the family, a goal similar to the protection of the right to respect for family life guaranteed by Article 8 (Art. 8) of the Convention. The aim itself is clearly legitimate. (...) The question remains, however, of whether it was justified to protect families but not to give similar protection to other stable relationships. The Commission considers that the family (to which the relationship of heterosexual unmarried couples living together as husband and wife can be assimilated) merits special protection in society and it sees no reason why a High Contracting Party should not afford particular assistance to families. The Commission therefore accepts that the difference in treatment between the applicant and somebody in the same position whose partner had been of the opposite sex can be objectively and reasonably justified.» *W.J. and D.P. v. United Kingdom*, 12513/86 (European Commission of Human Rights, 13 luglio 1987) The Law.

È pur vero, che la decisione in oggetto è precedente rispetto agli ultimi sviluppi in tema di nozione di vita familiare. Tuttavia, è ancora evidente come in tema di flussi migratori la Corte, anche in tempi più recenti, sia restia ad adottare la nozione allargata di famiglia. Come se l'evolversi dei costumi sociali non potesse influire altrettanto velocemente sulla riduzione della sfera di sovranità degli Stati rispetto al controllo dei confini.

Ciononostante, questo andamento è – seppur parzialmente – bilanciato dal crescente rilievo attribuito all'insieme di relazioni sociali che lo straniero ha radicato nel Paese di accoglienza³⁵⁰. In un certo senso, quindi, si potrebbe prospettare il tentativo di opporre la tutela della vita privata, più che quella familiare, nel tentativo di limitare la discrezionalità dello Stato in tema di espulsioni. Peraltro, quest'impostazione logico argomentativa è supportata dalla circostanza che il concetto di vita privata ingloba pacificamente quello di identità sessuale e, segnatamente, l'identificazione socio-sessuale (*gender identification*)³⁵¹, il transessualismo³⁵², l'orientamento sessuale³⁵³ e l'attività sessuale³⁵⁴. In questo senso, però, non vi sono casi in cui la Corte si è pronunciata su un motivo di ricorso così strutturato. D'altro canto, è possibile immaginare che i termini del giudizio di bilanciamento sarebbero molto più stringenti nei casi di tutela della vita familiare.

C'è un altro aspetto che è invece stato presentato come motivo di ricorso rispetto al concetto di vita privata, ovvero quello legato ai casi³⁵⁵ in cui nel Paese di destinazione vi sia una persecuzione attiva nei confronti delle minoranze sessuali. In questi casi, il rimpatrio forzato verso questi Paesi non solo comprime, ma annulla completamente le possibilità di godere del diritto al rispetto della vita privata, così come riconosciuto e tutelato dall'articolo 8 della Convenzione. In particolare, l'integrità psichica verrebbe compromessa dall'obbligato disconoscimento del proprio orientamento sessuale, della propria identificazione di genere e dalla repressione della propria vita sessuale.

Ma anche in questi casi, la Corte è stata chiara nel ricordare che il diritto sancito dall'articolo 8 della Convenzione non conferisce una protezione assoluta contro l'espulsione. Invero, la compressione della propria identità sessuale, la conseguente necessità di nascondersi, gli stati d'ansia, d'angoscia e, più in generale, le lesioni all'integrità psichica della persona non sono

³⁵⁰ La Corte ha affermato che, anche quando lo straniero non abbia fondato un nucleo familiare, l'allontanamento può comunque interferire con il proprio diritto al rispetto della vita privata: «the right to establish and develop relationships with other human beings and the outside world [...] and can sometimes embrace aspects of an individual's social identity [and that] it must be accepted that the totality of social ties between settled migrants and the community in which they are living constitute part of the concept of "private life" within the meaning of Article 8.» in *Üner v. the Netherlands*, 46410/99 (ECtHR GC, 18 ottobre 2006) par. 59. Vedi anche *Onur v. United Kingdom*, 27319/07 (ECtHR, 27 febbraio 2009) par. 46 e *A.W. Khan v. United Kingdom*, 47486/06 (ECtHR, 12 gennaio 2010) par. 31. E, più in generale, *Slivenko v. Latvia*, 48321/99 (ECtHR, 9 ottobre 2003) e *C. v. Belgium*, 21794/93 (ECtHR, 7 agosto 1996).

³⁵¹ *B. v. France*, 13343/87 (ECtHR, 25 marzo 1992) par. 43-63.

³⁵² *Christine Goodwin v. United Kingdom*, 28957/95 (ECtHR, 11 luglio 2002) par. 77.

³⁵³ *Dudgeon v. United Kingdom*, n. 7525/76 (European Court of Human Rights, 22 ottobre 1981) par. 41

³⁵⁴ *Laskey, Jaggard and Brown v. United Kingdom*, 21627/93, 21826/93, 21974/93 (ECtHR, 19 febbraio 1997) par. 36

³⁵⁵ Tra questi i già citati *F. v. United Kingdom*, 17341/03 (ECtHR, 22 giugno 2004), *Z.B. v. United Kingdom*, 16106/90 (ECtHR, 10 febbraio 1990) e *D.B.N. v. United Kingdom*, 26550/10 (ECtHR, 31 maggio 2011).

sufficienti a limitare la discrezionalità di uno Stato membro. La Corte, come ricordato, esclude, di norma, che limiti alle espulsioni possano derivare dal rischio di trattamenti che non ricadano nell'ambito di applicazione dell'art. 3 o 2 della Convenzione³⁵⁶. La possibilità di pretendere da uno Stato membro di astenersi dall'eseguire un ordine di espulsione può essere imposta soltanto quando sia in pericolo il rispetto dei diritti assoluti garantiti dai suddetti articoli. Infatti, una tale compressione della sovranità è considerata ammissibile solo in ragione della fondamentale importanza dei diritti garantiti da queste due norme, la cui tutela si spinge a garantirne l'imperativa e incompressibile operatività effettiva. Considerazioni di tal sorta, quindi, non possono essere estese a tutte le previsioni della Convenzione. Diversamente, a parere della Corte, si dovrebbe imporre agli Stati contraenti di poter procedere agli ordini di espulsione soltanto nei casi in cui nei Paesi di destinazione fosse garantito il pieno ed effettivo rispetto di tutti i diritti e le libertà sanciti nella Convenzione.

Pertanto, fin tanto che le evoluzioni della giurisprudenza sul concetto di vita familiare non saranno assimilate anche nel contesto della gestione dei flussi migratori, è difficile immaginare che vi possa essere alcun limite alle espulsioni fondato sulla tutela dei rapporti affettivi dello straniero LGBTI.

5. Conclusioni

La protezione internazionale degli appartenenti alle minoranze sessuali è un tema evidentemente in stato di continua evoluzione. Come evidenziato, il principale attore di questo progresso di emersione dall'invisibilità è stato l'UNHCR. Attraverso le Linee Guida, infatti, ha avuto il merito di evidenziare quegli aspetti dell'esperienza LGBTI che rendono la comune disciplina della protezione internazionale insufficiente e inadatta per questi soggetti. L'aspetto più critico riguarda, per lo straniero, la generale difficoltà che incontra nel comunicare e provare le ragioni della fuga e, per le autorità, le difficoltà di comprensione derivanti parzialmente sia dall'impreparazione sui temi specifici sia dall'influenza dei pregiudizi.

Questo macroproblema si declina, poi, in singoli limiti specifici affrontati nel corso della trattazione. Si tratta, appunto, del *well founded fear of persecution*, del problema probatorio e della credibilità, nonché quelli legati alle eccezioni della discrezione e della riallocazione.

Queste evoluzioni non possono essere accolte se non positivamente, soprattutto rispetto all'influenza che hanno avuto e stanno avendo sul progresso della disciplina europea di un sistema di asilo comune. Tuttavia, il dato negativo che si registra è quello legato alla resistenza degli organi

³⁵⁶ Vedi *ex plurimis*, *Bensaid v. United Kingdom*, 44599/98 (ECtHR, 6 febbraio 2001) e *A.A. and Others v. Norway*, 22174/93 (21 ottobre 1993).

giurisdizionali nell'accogliere gli impulsi delle OI e delle NGO. Eppure, potrebbe trattarsi del fisiologico decorso del tempo necessario per assimilare l'emersione anche in questo ambito dei *sexual rights*. La cui progressiva affermazione si riflette nella prima decisione con cui la CAT ha rilevato l'illegittimità di un'espulsione ordinata nei confronti di un soggetto che, ritornato nel proprio Paese, avrebbe corso il rischio di subire tortura e trattamenti inumani e degradanti in ragione del proprio orientamento sessuale.

Così come in altri ambiti, il problema maggiore risulta essere quello dell'invisibilità delle problematiche poste dall'identità sessuale dell'individuo e delle refluenze sul piano della tutela dei diritti fondamentali. È per questo motivo che l'esame della prassi nazionale evidenzia proprio che laddove vi sia un minor grado di discriminazione – derivante da un forte riconoscimento giuridico dei diritti delle minoranze sessuali – la disciplina della protezione internazionale è meglio implementata. Pertanto, sembrano quasi evidenti le ragioni della difficoltà di adeguamento degli organi giurisdizionali internazionali. Maggiore, quindi, sarà l'emersione negli strumenti giuridici internazionali dei diritti delle minoranze sessuali e più velocemente vi sarà un'evoluzione della giurisprudenza e della prassi internazionale nel senso indicato dall'UNHCR.

CAPITOLO III

LA TUTELA DELLA SESSUALITÀ COME ASPETTO CARATTERIZZANTE LA CONDOTTA DELL'INDIVIDUO NELLA SFERA PUBBLICA

SOMMARIO: 1 INTRODUZIONE: IL PRINCIPIO DI NON DISCRIMINAZIONE NEL GODIMENTO DEI DIRITTI CIVILI, POLITICI, ECONOMICI E SOCIALI DELLE MINORANZE SESSUALI – 2 LA LIBERTÀ DI PENSIERO, DI PAROLA, DI ASSOCIAZIONE, DI STAMPA E DI RIUNIONE – 3 DIRITTO AL LAVORO – 4 DIRITTO ALL'ISTRUZIONE – 5 DIRITTO ALLA SALUTE – 6 CONCLUSIONI

1. Introduzione: il principio di non discriminazione nel godimento dei diritti civili, politici, economici e sociali delle minoranze sessuali

Se fino agli anni '80 la sessualità si è manifestata – anche agli occhi delle Corti e degli organi internazionali – quale esclusiva caratteristica dell'intima personalità individuale, la prospettiva inizia a mutare negli anni '90.

In particolare, le altre aree di tutela verso cui si è evoluta la prassi e a giurisprudenza internazionale, si sono sostanziate in tutte quelle sfere della vita pubblica dell'individuo rispetto alle quali l'orientamento sessuale o l'identità di genere possono costituire un ostacolo nel pieno sviluppo della persona.

È manifesto che anche una caratteristica strettamente legata ad aspetti intimi della vita privata possa avere delle refluenze nella sfera pubblica. Ai fini della piena affermazione della propria individualità, alcuni aspetti della sessualità si riflettono nella vita relazionale, non necessariamente di coppia, e in contesti pubblici di tipo partecipativo o lavorativo.

L'orientamento sessuale può ad esempio riflettersi nell'agone politico o più in generale nella sfera pubblica quando un individuo lo voglia rendere palese o voglia rivendicare diritti legati alla propria condizione di minoranza. Allo stesso modo, le proprie attitudini sessuali possono riflettersi nel modo in cui si gode di alcuni diritti sociali, legati ad esempio ai benefici contributivi.

Tra i vari e diversi ambiti rispetto ai quali un individuo può subire un ingiusto trattamento differenziato in ragione del proprio orientamento sessuale o identità di genere verranno esaminati, in primo luogo, i diritti che rientrano nella definizione di diritti civili e politici, che – con riferimento alla sfera pubblica – hanno sostanzialmente riguardato la libertà di espressione e di manifestazione. Seguiranno, poi, gli ambiti di tutela legati ai diritti economici e sociali. In questo

caso, si tratta di argomenti che sono strettamente legati anche al tema del riconoscimento delle coppie dello stesso sesso. Tuttavia, si è preferito collocarli in questa sede, giacché il capitolo successivo sarà, invece, più immediatamente mirato all'analisi del diritto al matrimonio e al riconoscimento *tout court* delle unioni civili.

2. Libertà di espressione, associazione e riunione: le restrizioni

Le libertà di espressione, associazione e riunione costituiscono quei diritti che formano il cuore di una società civile attiva e la cui tutela garantisce il corretto funzionamento di una democrazia sana. Frapporre degli ostacoli al libero godimento di tali libertà inficia la possibilità, individuale o collettiva, di contribuire alla vita sociale, politica e civile.

Il rapporto tra autodeterminazione sessuale e partecipazione alla vita pubblica della società passa, chiaramente, per l'effettivo riconoscimento di tali libertà alle minoranze sessuali. Affinchè possa essere garantito il pieno sviluppo della persona umana è necessario che questa possa esprimere o condividere aspetti legati alla propria individualità, anche nei casi in cui implichi dei riferimenti alla vita sessuale.

La sessualità è ormai da tempo unanimemente accettata come uno di quei temi che può investire anche l'agone pubblico, eppure sembra che questo valga soltanto per la sessualità convenzionale. Infatti, spesso, atti percepiti come assolutamente normali quando compiuti da coppie eterosessuali, sono avvertiti come offensivi o provocatori quando a porli in essere siano individui LGBTI. Diverse ricerche dimostrano come sia condivisa l'opinione di un membro del Parlamento lituano che ha affermato: «I am not against gays, but I wish they would not demonstrate their views»³⁵⁷. In particolare, è stato dimostrato che la maggioranza eterosessuale crede che tali soggetti non dovrebbero rendersi visibili o riconoscibili in pubblico, quanto piuttosto dovrebbero essere discreti e mantenere gli aspetti della loro sessualità relegati alla sfera privata³⁵⁸. Gli individui LGBT e le organizzazioni rappresentative dei loro interessi sono stati esclusi per molto tempo dalla vita pubblica e dalla partecipazione attiva nella compagine sociale e quando hanno iniziato a esporsi in pubblico sono stati, e sono ancora, vittime di violenti attacchi.

I c.d. “*Stonewall Riots*”, avvenuti a New York nel giugno del 1969, hanno però segnato la svolta, il momento in cui le minoranze sessuali hanno deciso di rivendicare i propri diritti quali non

³⁵⁷ Citazione tratta da A. Terškinas, *Not Private Enough? Homophobic and Injurious Speech in the Lithuanian Media* (Vilnius: LGL, 2008) pag. 10.

³⁵⁸ Ad esempio, uno studio olandese dimostra che «40% of the population find it objectionable if two men kiss in public and 27% feel the same if two women kiss each other. People are much less troubled by a heterosexual couple kissing in public, with 13% taking exception to this. One in three people in the Netherlands find it less problematic if a man and a woman walk hand in hand compared with when two men do the same». Più o meno gli stessi risultati sono stati ottenuti in Germania. Cfr. Council of Europe, *Discrimination on grounds of sexual orientation and gender identity in Europe*, 2nd Edition (Strasbourg: Council of Europe Publishing, 2011) pag. 31.

solo espressione di un'identità o orientamento sessuale, ma soprattutto come cittadini³⁵⁹. L'esercizio delle suddette libertà, peraltro, è evidentemente funzionale alla lotta contro la discriminazione, per incentivare il dialogo e per permettere alla società civile di comprendere a pieno i problemi che toccano i diritti delle minoranze sessuali. In questo senso, ricoprono un ruolo particolarmente importante i diversi strumenti di comunicazione di massa, rispetto ai quali i governi spesso interferiscono al fine di inibire che si affrontino temi legati alla sessualità non convenzionale. I media influenzano significativamente la formazione di una coscienza pubblica e l'assenza dei temi legati alla cultura c.d. *queer* agevolano il formarsi di stereotipi e pregiudizi nei confronti degli individui LGBTI.

Tali libertà sono sancite da tutti i più importanti strumenti di tutela dei diritti fondamentali, sia di stampo universale che regionale, e di norma condividono la medesima struttura di diritti fondamentali ma non assoluti, quindi comprimibili in presenza di determinate circostanze. Ai sensi dell'articolo 19 del Patto internazionale sui Diritti Civili e Politici «everyone shall have the right to freedom of expression; this right shall include freedom to seek, receive and impart information and ideas of all kinds, regardless of frontiers, either orally, in writing or in print, in the form of art, or through any other media of his choice». Agli articoli 21 e 22, il Patto garantisce poi che ogni individuo gode delle libertà di associazione e riunione. Gli Stati membri possono limitare il godimento di tali libertà soltanto a determinate condizioni, ovvero che la restrizione sia provvista di una solida base giuridica e che sia necessaria per il perseguimento di un obiettivo tra quelli indicati dalle stesse norme, ossia la protezione dei diritti altrui, la sicurezza nazionale, la pubblica sicurezza, l'ordine pubblico, la salute pubblica o la morale collettiva. Qualora la restrizione risponda a predetti requisiti, dovrà in ogni caso – per evitare qualsiasi abuso del diritto – essere compatibile con le altre norme, i fini e gli obiettivi del Patto e non dovrà assumere carattere discriminatorio³⁶⁰. Allo stesso modo Convenzioni di stampo regionale, come quella Europea dei diritti dell'uomo, la Carta di Nizza, la Convenzione Americana e la Carta Africana³⁶¹, garantiscono l'esercizio delle medesime

³⁵⁹ P. Narayan, «Somewhere over the rainbow...International human rights protections for sexual minorities in the new millenium,» *Boston University International Law Journal* 24, n. 2 (2006): 313-348.

³⁶⁰ Human Rights Committee, «Human Rights Committee general comment No. 34,» UN Doc. CCPR/C/GC/34 (1 settembre 2011) par. 26 e Human Rights Committee, «Human Rights Committee general comment No. 22,» CCPR/C/21/Rev.1/Add.4 (27 settembre 1993) par. 8.

³⁶¹ Le norme che a livello sovranazionale, universale o regionale, che garantiscono le suddette libertà sono diverse e vale la pena menzionarle subito. La Dichiarazione Universale dei Diritti dell'uomo garantisce all'art. 19 che « Everyone has the right to freedom of thought and expression; this right includes freedom to hold opinions without interference and to seek, receive and impart information and ideas» e all'art. 20.1 che «Everyone has the right to freedom of peaceful assembly and association». Quanto alla Convenzione Europea sui Diritti dell'Uomo, l'art. 10 dispone che « Everyone has the right to freedom of expression. this right shall include freedom to hold opinions and to receive and impart information and ideas without interference by public authority and regardless of frontiers. This article shall not prevent States from requiring the licensing of broadcasting, television or cinema enterprises. The exercise of these freedoms, since it carries with it duties and responsibilities, may be subject to such formalities, conditions, restrictions or penalties as are prescribed by law and are necessary in a democratic society, in the interests of national security, territorial integrity or public safety, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals, for the protection of the reputation or the rights of others, for preventing the disclosure of information received in confidence, or for maintaining the authority and impartiality of the judiciary», mentre l'art. 11 dispone che « Everyone has the right to freedom of peaceful assembly and to freedom of association with others, including the right to form and to join trade unions for the protection of his interests. No restrictions shall be placed on the exercise of these rights other than such as are prescribed by law and are necessary in a democratic society in the interests of national security or public safety, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals or for the protection of the rights and freedoms of others. this article shall not prevent the

libertà, sostanzialmente ammettendone una qualche restrizione, purchè ne siano rispettate le condizioni imposte dalle rispettive Carte.

Che per gli Stati rispettare tali libertà costituisca un'obbligazione da far valere anche a livello di diritto consuetudinario è condiviso, eppure diverse Agenzie specializzate delle Nazioni Unite hanno richiamato l'attenzione sulla massiccia restrizione alle libertà di associazione, espressione e riunione, operata quando il relativo esercizio concerna rivendicazioni o espressioni legate ai temi della sessualità, come orientamento sessuale e identità di genere. In effetti, la circostanza che tali diritti siano comprimibili per ragioni di interesse pubblico, lascia un margine agli Stati per negare l'esercizio di tali libertà a questi soggetti richiamando, come base giustificativa del loro operato, ragioni di ordine pubblico, tutela della morale o dei minori.

Ad esempio è accaduto che, laddove gli Stati impongano un sistema di registrazione delle organizzazioni non governative, i gruppi LGBT abbiano visto respinte le proprie richieste di iscrizione oppure revocata la loro registrazione già legittimamente effettuata, proprio per ragioni di ordine pubblico³⁶².

La minaccia di revoca del riconoscimento legale, spesso è un argomento sfruttato dalle autorità di governo per limitare la perorazione delle tematiche legate ad argomenti di genere e di orientamento sessuale o per intimidire direttamente gli individui che agiscono in questo senso all'interno di dette organizzazioni. Uno dei casi più recenti riguarda lo Zimbabwe, dove il 20 agosto 2012 la polizia ha fatto irruzione nella sede dell'associazione GALZ (*Gays and Lesbians of Zimbabwe*) – per la seconda volta in un mese – confiscando documenti, materiali e computers e minacciando i volontari dell'associazione. Si tratta di un tipo di restrizioni della libertà di espressione e di associazione del tutto arbitrarie che costituiscono il fulcro della politica discriminatoria del presidente Mugabe espressamente diretta alla repressione della sessualità non convenzionale³⁶³.

imposition of lawful restrictions on the exercise of these rights by members of the armed forces, of the police or of the administration of the State». Seguono la stessa impostazione, senza sostanziali differenze, gli artt. 13, 15 e 16 della Convenzione Americana sui Diritti dell'Uomo, gli artt. 9, 10 e 11 della Carta Africana sui Diritti dell'Uomo e dei Popoli, gli art. 13 e 15 della Convenzione sui Diritti del Fanciullo e l'articolo 5(d) della Convenzione sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione.

³⁶² Per ragioni di ordine pubblico e sicurezza nazionale, le autorità russe hanno negato la registrazione di diverse associazioni, quali ad esempio la "Marriage Equality Russia" e la "Rainbow House", rispetto alla quale pende un ricorso di fatto alla Corte EDU, *Aleksandr Zhdanov and Rainbow House v. Russia*, n. 12200/08 (ECtHR) pendente.

³⁶³ Diversi sono gli esempi che vengono riportati dalle Agenzie delle Nazioni Unite, di raid della polizia diretti più che altro ad intimidire gli attivisti di tali associazioni e a sfruttare le liste dei contatti degli aderenti o dei supporter per poi dirigere anche nei loro confronti la loro attività repressiva, ad esempio cfr. Human Rights Council, «Report of the Special Representative of the Secretary-General on the situation of human rights defenders, Hina Jilani.» UN Doc. A/HRC/4/37 (27 marzo 2007). È accaduto che laddove tali associazioni custodissero documenti sull'orientamento sessuale o sulla prevenzione dell'HIV questi dati fossero utilizzati per condurre arresti o comunque per infangare la reputazione degli appartenenti alle associazioni. In particolare, poi, è stato sottolineato come gli attivisti di tali associazioni, proprio in ragione della propria visibilità corrono rischi molto più alti rispetto ai privati cittadini, in termini di hate crimes e di repressione diretta da parte dello Stato. Ad esempio, rispetto ad un caso di minacce di morte rivolte agli aderenti all'associazione Jamaica Forum of Lesbians, All-Sexuals and Gays (JFLAG), cui era stata negata la registrazione, lo Special Rapporteur on the right to freedom of opinion and expression, si è espresso in questo modo «individuals and associations defending the rights of homosexual men and women, in particular the members of JFLAG, might [be] at risk of, on the one hand, attempts by public authorities to suppress their exercise of free speech, and, on the other hand, of violent attacks by homophobic individuals who may have gained the impression that the Government would not vigorously pursue such violence.» in Commission on Human Rights, «Report of the Special Rapporteur on the right to freedom of opinion and expression ,» UN Doc. E/CN.4/2005/64/ Add.1 (29 marzo 2005) par. 494. Vedi anche Human Rights Council, «Report of the Special Rapporteur on the situation of human rights defenders, Margaret Sekaggya,» A/HRC/16/44 (20 dicembre 2010); Human Rights Council,

È stato, inoltre, rilevato come spesso gli aderenti a queste associazioni siano stati esposti ad attacchi violenti, senza alcuna protezione da parte delle forze dell'ordine, nel corso di manifestazioni culturali o durante le c.d. *equality marches*. Tali manifestazioni, peraltro, non sempre vengono autorizzate dalle autorità locali, che sfruttano pretestuose ragioni di tutela dell'ordine pubblico e della morale per vietarle, come accaduto molto di recente in Russia, dove il Gay Pride è stato vietato per diversi anni.

Vi sono Stati, poi, dove anche molto recentemente sono state introdotte norme che sanzionano la c.d. “*public promotion of homosexuality*” o “*homosexual propaganda*”, dirette ad evitare che qualsiasi argomento riguardante i temi legati alla sessualità non convenzionale non penetrino nella sfera pubblica, in modo tale da non fare oggetto di alcun tipo di dibattito. Ad esempio, come accaduto nella Repubblica Democratica del Congo, un progetto di legge di questo tipo è stato presentato con l'intento di proteggere la pubblica moralità, così come consentito dallo stesso Patto sui diritti civili e politici.

Diversi sono gli organi di stampa sovranazionale che hanno affrontato il tema e la cui prassi e giurisprudenza è necessario valutare per delineare la misura in cui si ritiene essere stato esteso il principio di non discriminazione nei confronti delle minoranze sessuali. Soprattutto, è interessante valutare come vengano interpretati i margini di operatività delle eccezioni che legittimano le restrizioni di tali libertà, così da valutare se in merito vi sia una certa uniformità.

2.1 Libertà di riunione in seno al COE

All'interno del sistema della Convenzione di Roma, più volte la Corte e il Comitato si sono espressi in merito agli episodi di illegittima restrizione della libertà di manifestazione o espressione. Ciò è accaduto soprattutto con riferimento al trend repressivo di alcuni governi dell'Europa dell'Est. All'esame di diversi Parlamenti vi sono tuttora disegni di legge rivolti alla criminalizzazione della c.d. propaganda omosessuale e, sempre più spesso, le autorità locali agiscono nel senso di vietare manifestazioni ed eventi di promozione dei diritti delle minoranze sessuali. Invero, dal 2004 in almeno dodici Stati membri del COE si sono verificati casi di dinieghi, espressi o occulti, imposti dalle autorità al fine di evitare marce come il *Pride* o eventi culturali espressione delle minoranze sessuali (tali episodi si sono verificati in Bulgaria, Estonia, Lettonia, Lituania, Moldavia, Polonia, Romania, Russia, Serbia, Turchia, Ucraina e Macedonia). In altro otto Stati membri (Albania, Armenia, Azerbaijan, Cipro, Georgia, Monaco, Montenegro e San Marino), non sono mai stati

«Report submitted by the Special Rapporteur on the situation of human rights defenders, Margaret Sekagya,» UN Doc. A/HRC/10/12/Add.1 (4 marzo 2009); Human Rights Council, «Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression, Frank La Rue,» UN Doc. A/HRC/11/4/Add.1 (27 maggio 2009); Commission on Human Rights, «Commission resolution 2000/61 GE.01-10638 (E) Report submitted by Ms. Hina Jilani, Special Representative of the Secretary-General on human rights defenders in accordance with ,» UN Doc. E/CN.4/2001/94 (26 gennaio 2001).

organizzati eventi culturali pubblici di vaste dimensioni o marce quali il *Gay Pride*³⁶⁴. Ebbene, se rispetto a questa situazione il Comitato dei Ministri si è espresso solo genericamente³⁶⁵, affermando la necessità di garantire la libertà di espressione, riunione e associazione anche agli esponenti delle minoranze sessuali³⁶⁶, la Corte si è occupata espressamente di tre casi di limitazione della libertà di riunione.

In tutti e tre i casi, rispettivamente diretti contro la Russia, la Polonia e la Repubblica Moldava³⁶⁷, la Corte ha valutato la legittimità dei dinieghi opposti allo svolgimento di manifestazioni organizzate da associazioni rappresentative degli interessi delle minoranze sessuali. E, come si noterà meglio nel prosieguo, in ogni occasione la Corte ha contestato la violazione del divieto di discriminazione e non soltanto la violazione dell'articolo 11 per non essere state rispettate le condizioni delle possibili restrizioni. Contestata la violazione della norma che tutela la libertà di riunione e associazione, la Corte ha deciso di non ritenere assorbita anche la possibile violazione dell'articolo 14, assumendo la necessità di tutelare in via effettiva lo specifico *status* di minoranza sessuale.

La prima volta che la Corte si è espressa sul tema è stato in relazione a un ricorso presentato da alcuni cittadini polacchi, riguardo al rifiuto opposto dal sindaco di Varsavia di autorizzare una manifestazione a difesa delle minoranze, *sub species* una manifestazione per la tutela e promozione della tolleranza verso gli omosessuali. I ricorrenti avevano deciso di organizzare in concomitanza dell'*Equality Day* un corteo al centro di Varsavia per sensibilizzare l'opinione pubblica circa il tema della discriminazione verso le minoranze sessuali, etniche e religiose. A tal fine, gli organizzatori incontrarono il Direttore dell'unità di crisi per la sicurezza e la gestione degli eventi del Comune di Varsavia, con il quale raggiunsero un accordo sul percorso che sarebbe stato seguito dal corteo. Gli organizzatori – in accordo con quanto previsto dalla normativa sulla circolazione stradale (*Road Traffic Act*) – inoltrarono una formale richiesta all'ufficio competente per ottenere l'autorizzazione rispetto all'itinerario già stabilito con il Direttore dell'Unità di crisi. Tuttavia, l'Ufficio per la circolazione stradale, agendo per conto del Sindaco, negò l'autorizzazione, sostenendo che i ricorrenti non avessero presentato la documentazione necessaria, in particolare il piano di organizzazione del traffico. Lo stesso giorno, i ricorrenti informarono il Sindaco circa

³⁶⁴ Per un ulteriore approfondimento circa le politiche interne degli Stati membri del COE vedi Council of Europe, *Discrimination on grounds of sexual orientation and gender identity in Europe*, 2nd Edition (Strasbourg: Council of Europe Publishing, 2011).

³⁶⁵ Committee of Ministers of the Council of Europe, «Recommendation to Member State on Measures to Combat Discrimination on Grounds of Sexual Orientation or Gender Identity», CM/Rec(2010)5 (31 marzo 2010).

³⁶⁶ Council of Europe, «Recommendation of the Congress of Local and Regional Authorities of the Council of Europe on freedom of assembly and expression for lesbians, gays, bisexual and transgendered persons», Recommendation 211(2007) (28 marzo 2007) e Council of Europe, «Committee of Ministers' reply to Recommendation 211(2007) of the Congress of Local and Regional Authorities of the Council of Europe on freedom of assembly and expression for lesbians, gays, bisexuals and transgendered persons», (16 gennaio 2008).

³⁶⁷ I casi cui ci si riferisce sono *Alekseyev c. Russia*, n. 4916/07; 25924/08; 14599/09 (ECohR, 21 ottobre 2010); *Baczowski e altri c. Polonia*, n. 1543/06 (ECohR, 24 settembre 2007); *GENDEREDOC-M c. Moldavia*, n. 9106/06 (ECohR, 12 giugno 2012).

l'intenzione di sostituire il corteo con delle manifestazioni da tenersi in sette differenti piazze di Varsavia. Cinonostante, il Sindaco rese nota la decisione di vietare anche i *sit-in*. Alla base della decisione si poneva, in primo luogo, la circostanza che le norme dell'*Assemblies Act* implicavano ulteriori e più stringenti condizioni per questo diverso tipo di manifestazioni, che invece non erano state rispettate. In secondo luogo, rilevava che per lo stesso giorno fossero state inoltrate diverse richieste di autorizzazione per manifestazioni, che avrebbero però propugnato ideali opposti rispetto a quelli degli organizzatori. Il rifiuto pertanto si fondava anche su ragioni di ordine pubblico, ovvero evitare scontri violenti tra le parti e tutelare la sicurezza dei partecipanti delle diverse manifestazioni. Pur tuttavia, lo stesso giorno le autorità amministrative, agendo in nome e per conto del Sindaco, autorizzarono altre manifestazioni, di modo che restarono escluse solo quelle a tutela della minoranza omosessuale³⁶⁸. Nonostante i numerosi dinieghi, il corteo e i *sit-in* ebbero luogo e, esaurite le vie di ricorso interne³⁶⁹, i ricorrenti decisero di adire la Corte EDU.

Nel merito, la Corte si è occupata in primo luogo di valutare la fondatezza della presunta violazione dell'articolo 11 della Convenzione e, a tal proposito, ha indicato i principi generali applicabili al caso concreto, ricordando in primo luogo che la Convenzione è stata ideata per promuovere e mantenere gli ideali e i valori fondanti di una società democratica.

La democrazia, la Corte ha sottolineato, è l'unico modello politico contemplato nella Convenzione e l'unico con essa compatibile. Ciò è dimostrato dalla formulazione del secondo comma dell'articolo 11, e allo stesso modo degli articoli 8, 9 e 10 della Convenzione, laddove è precisato che la sola necessità idonea a giustificare un'interferenza con uno qualsiasi dei diritti sanciti in tali articoli è quella che può ritenersi dettata dalle esigenze di una "società

³⁶⁸ Il sindaco aveva autorizzato altre sei dimostrazioni i cui temi principali erano: "per una normativa più dura contro i pedofili", "contro qualsiasi intervento normativo che autorizzi le unioni civili", "contro la propaganda a favore delle unioni civili", "l'educazione ai valori cristiani: una garanzia per la morale sociale", "i cristiani che rispettano dio e le leggi di natura sono cittadini di serie A" e "contro l'adozione per le coppie omosessuali".

³⁶⁹ I ricorrenti decisero anche di impugnare la decisione che rifiutava l'autorizzazione per la marcia innanzi all'autorità competente (*Local Government Board*). L'impugnazione ebbe esito positivo, l'autorità ritenne che la decisione dovesse essere considerata *contra legem*. In particolare, le autorità precedenti avevano violato alcune delle norme fondamentali che regolano le procedure amministrative, non permettendo l'intervento dei ricorrenti al procedimento di adozione della decisione impugnata. In ogni caso, l'organo giudicante concluse che, considerata la data di presentazione del ricorso, lo stesso fosse ormai divenuto privo di oggetto. I ricorrenti impugnarono altresì le decisioni del sindaco, aventi ad oggetto la mancata autorizzazione dei *sit-in* in piazza, innanzi al Governatore di *Mazowsze*. Questi ritenne che, trattandosi di assemblee pacifiche, il diniego costituiva una violazione del diritto di riunirsi, così come garantito dall'articolo 57 Costituzione. Inoltre, ritenne che vi fosse stata anche una violazione dell'*Assemblies Act* del 1990, che garantisce la libertà di riunione e manifestazione non solo nei confronti degli organizzatori, ma anche dei partecipanti. La sezione 1 del testo normativo, infatti, garantisce ad ogni individuo il diritto di riunirsi pacificamente e, contestualmente, alla sezione 2 permette limitazioni di sorta solo quando siano previste per legge e siano necessaria per la tutela di interessi come la sicurezza nazionale, la pubblica sicurezza, la salute pubblica, la morale e le libertà e i diritti dei singoli. Conseguentemente e in accordo con tale normativa di settore, quando un gruppo di individui decida di organizzare una manifestazione deve chiederne l'autorizzazione alle autorità comunali che, a loro volta, possono opporre un diniego solo quando la manifestazione violi *ex se* l'*Assemblies Act* oppure le norme del codice penale. Sempre a sostegno di tale decisione, il governatore notò che non solo i ricorrenti non erano stati coinvolti nella procedura amministrativa, ma per di più il sindaco aveva reso nota la sua decisione alla stampa prima che fosse comunicata per vie ufficiali, in spregio delle summenzionate procedure amministrative, e per giunta asserendo che non avrebbe mai permesso manifestazioni di propaganda dell'omosessualità (non costituendo quest'ultima attività equiparabile al diritto di manifestare). Conclusivamente, osservò come vi fosse stata un'errata applicazione del *Road Traffic Act*. La sezione 65 della normativa di regolamentazione del traffico impone agli organizzatori di eventi sportivi, competizioni, assemblee e qualsiasi altro tipo di evento l'assolvimento di una serie di oneri burocratici, quando tali eventi implicino l'occupazione della strada adibita alla circolazione dei veicoli. Il fatto che le autorità comunali avessero richiesto agli organizzatori l'adempimento dei suddetti oneri era stato evidentemente un errore, perché questi non avevano espresso alcuna intenzione di occupare strade adibite alla circolazione del traffico. In ogni caso, anche il governatore ritenne che ormai, considerata la data di presentazione del ricorso, lo stesso fosse divenuto privo di oggetto. Degno di nota, rispetto all'oggetto della controversia in esame, è che nel 2008 la Corte Costituzionale, a fronte del ricorso proposto dall'Ombudsman polacco, ritenne la sezione 65 del *Road Traffic Act* incostituzionale, perché, imponendo lo stesso tipo di oneri nel caso di organizzazione di manifestazioni e altri tipi di eventi con scopi commerciali o sportivi, operava una eccessiva restrizione della libertà di espressione e riunione, così come dovrebbe atteggiarsi in una società democratica.

democratica³⁷⁰. Peraltro, la Corte ha ricordato che caratteristica fondamentale per valutare il livello di democraticità di una società è il livello di pluralismo raggiunto, che si costruisce attraverso il riconoscimento e il rispetto effettivo della diversità, declinata in termini di dinamiche culturali, di identità etniche, credenze religiose, idee artistiche, letterarie e socio-economico. Tali diversità quindi devono essere rispettate e riconosciute anche quando siano espresse in termini associativi e di gruppo. Ciò perché la giurisprudenza di Strasburgo configura il concetto di riunione come un mezzo di diffusione delle opinioni e un luogo di discussione e di dibattito. Tale concezione funzionalistica implica che lo Stato non possa limitarsi ad una semplice tutela della compresenza fisica di più individui, in senso meramente negativo. Dovrebbe, invece, proteggere in positivo l'effettiva libertà di riunione pacifica, garantendo il dibattito anche da parte di gruppi avversi su temi particolarmente rilevanti per la società. In questo senso, l'interazione armoniosa di persone e gruppi con identità diverse è fondamentale per la coesione sociale, di cui lo Stato è il garante ultimo³⁷¹.

Quanto alle circostanze concrete, la Corte ritenne che l'interferenza dello Stato convenuto con la libertà di riunione dei ricorrenti fosse da individuarsi nel diniego opposto alla celebrazione della marcia e dei *sit-in*. Infatti, la mancata autorizzazione fece sì che le assemblee si svolgessero senza una presunzione di legittimità, che a sua volta costituisce un aspetto vitale dell'esercizio della libertà di riunione e di espressione. In mancanza della necessaria autorizzazione amministrativa, i partecipanti avrebbero potuto ritenersi privi di protezione ufficiale contro possibili contro-manifestanti ostili. In effetti, le *counter-demonstrations* come reazione alle manifestazioni LGBTI sono molto comuni e di solito sono organizzate da gruppi religiosi, nazionalisti o di estrema destra, appoggiate anche da personaggi politici. Dal 2004, in almeno 15 Stati membri si sono verificati scontri violenti in concomitanza e in ragione dello svolgimento di tali eventi³⁷².

Assunto, quindi, che un'interferenza vi fosse stata, la Corte ha proceduto con l'analisi della legittimità della stessa. In questo senso, la Corte notò che sia le stesse autorità amministrative competenti che il Governatore avevano ammesso come le decisioni impugnate fossero state adottate in violazione della normativa di settore rilevante. Tenendo conto di questa conclusione, ovvero che le restrizioni non erano state operate *secundum legem*, la Corte non ebbe difficoltà nell'accertare la sussistenza delle violazioni dell'articolo 11. Eppure, la parte più interessante della decisione è quella legata all'ultima doglianza dei ricorrenti, ovvero che gli stessi lamentavano di essere stati trattati in maniera discriminatoria, nel senso che era stato loro rifiutato il permesso di organizzare la

³⁷⁰ Cfr. *Refah Partisi and Others v. Turkey*, n. 41340/98; 41342/98; 41343/98 (ECtHR, 13 febbraio 2003) e *Christian Democratic People Party v. Moldova*, n. 28793/02 (ECtHR, 14 febbraio 2006).

³⁷¹ Cfr. *Informationsverein Lentia and Others v. Austria*, n. 13914/88; 15041/89; 15717/89 (ECtHR, 24 novembre 1993).

³⁷² I paesi coinvolti sono Bosnia, Bulgaria, Croazia, Repubblica Ceca, Estonia, Ungheria, Italia, Lettonia, Moldavia, Polonia, Romania, Russia, Serbia, Svezia e Ucraina.

marcia esclusivamente in ragione della specifica caratterizzazione delle idee che sarebbero state espresse e, segnatamente, quelle di promozione dell'eguaglianza a favore delle minoranze sessuali³⁷³.

Quanto a tale presunta violazione, la Corte rilevò come le decisioni delle autorità precedenti non avessero riportato alcuna censura legata, anche solo latamente, a ragioni rientranti nell'ambito di operatività dell'articolo 14. Bensì, le censure giurisdizionali erano concentrate sugli aspetti tecnici dell'organizzazione delle assemblee e sul rispetto delle prescrizioni di settore. Allo stesso tempo, la Corte aveva rilevato che una delle ragioni poste a fondamento del diniego fosse stata quella di evitare possibili scontri con altre manifestazioni di segno diverso. Tale esigenza di tutela dell'ordine pubblico non aveva di contro impedito alle autorità comunali di autorizzare per lo stesso giorno lo svolgimento di altre sei contromanifestazioni.

Orbene, seppure la Corte ritenne di non poter speculare sull'esistenza di ragioni ultronee e non manifeste, affermò altresì di non poter trascurare le dichiarazioni pubblicamente omofobe del Sindaco rilasciate nel corso di un'intervista condotta in quei giorni. Infatti, l'esercizio della libertà di espressione da parte di politici eletti, che allo stesso tempo sono titolari di uffici pubblici nel ramo esecutivo del Governo, comporta una responsabilità particolare, soprattutto nelle situazioni in cui – come è normale che a volte succeda – tali funzionari, personalmente o per il tramite di rappresentati, debbano prendere delle decisioni in pregiudizio del pieno godimento delle libertà e dei diritti individuali. Invero, la Corte era del parere che, riguardo a tali situazioni e in virtù della grande importanza che la libertà di riunione riveste in una società democratica, anche le apparenze e le dichiarazioni potessero assumere un certo peso nei procedimenti amministrativi³⁷⁴. Ritenne, così, che si potesse ragionevolmente supporre che tali opinioni avessero influenzato il processo decisionale e, di conseguenza, interferito con il diritto dei ricorrenti all'esercizio della libertà di riunione in modo discriminatorio in violazione dell'articolo 14 in combinato disposto con l'articolo 11 della Convenzione.

La Corte, a distanza di pochi anni, confermò questo orientamento con riferimento alla politica repressiva delle autorità russe nei confronti delle associazioni omosessuali moscovite che per diversi anni consecutivi hanno visto negata ogni possibilità di organizzare il "Gay Pride". Anche in quel caso, la Corte ha ritenuto che costituissero violazione dell'articolo 14 in combinato disposto con

³⁷³ Per contro, il governo era del parere che tali decisioni fossero state sufficientemente motivate e che il loro ragionamento fosse basato sulla sezione 65 della legge sulla circolazione stradale. In ragione di ciò, non si sarebbe potuto ritenere che le decisioni di vietare le assemblee fossero state influenzate dalle opinioni personali del Sindaco di Varsavia, così come espresse durante una intervista.

³⁷⁴ Vedi *mutatis mutandis De Cubber v. Belgium*, n. 9186/80 (ECoHR, 26 ottobre 1984). La Corte, pienamente consapevole delle differenze tra i procedimenti amministrativi e giudiziari e del fatto che solo per questi ultimi la Convenzione prevede, all'articolo 6, il requisito dell'imparzialità, ha, tuttavia, ritenuto che nel caso di specie non si potesse prescindere dalle forti opinioni personali espresse pubblicamente dal Sindaco su questioni direttamente rilevanti per le decisioni riguardanti l'esercizio della libertà di riunione. Invero, tali decisioni erano state adottate dalle autorità municipali, dopo che il Sindaco, per il cui conto le autorità agivano, aveva reso note al pubblico le sue opinioni in materia di esercizio della libertà di riunione e di "propaganda dell'omosessualità".

l'articolo 11 il rifiuto opposto allo svolgimento di tale manifestazione, poichè lo stesso non era supportato da alcuna ragionevole e necessaria giustificazione, bensì si fondava soltanto sulla riprovazione verso l'orientamento sessuale espresso dai manifestanti.

Eppure, nonostante queste condanne, rimane forte la preoccupazione per la persistente politica di restrizioni alla libertà di espressione, di riunione e di associazione, diffusasi nell'Europa Orientale. Basti pensare che, il 7 giugno 2012, la Russia – nonostante la suddetta condanna – sia tornata a fare notizia per aver continuato ad attuare una politica di repressione del “gay pride”. Nella specie, un Tribunale moscovita ha ritenuto legale il divieto – imposto dal governo per cento anni – di svolgimento delle manifestazioni che promuovono la parità dei diritti per gli omosessuali, inibite quindi fino al 2112.

Tale è la diffusione di queste prassi che la Corte è tornata a pronunciarsi su un'omologa politica di restrizione della libertà di riunione, oggetto del ricorso proposto da un'organizzazione non governativa di tutela dei diritti delle minoranze sessuali contro la Repubblica Moldava. Nel 2005, la Genderdoc-M aveva richiesto l'autorizzazione alle competenti autorità amministrative di Chişinău per tenere una manifestazione pacifica di fronte al Parlamento, al fine di incoraggiare l'adozione di un testo normativo contro la discriminazione verso le minoranze sessuali. Il Consiglio Municipale, però, aveva rigettato la richiesta e negato il permesso per la manifestazione. La stessa, a parere delle autorità, sarebbe stata immotivata poiché l'ordinamento moldavo prevedeva già una legge di tutela delle minoranze nazionali. L'associazione, esaurita ogni via di ricorso interna³⁷⁵, aveva così deciso di ricorrere alla Corte EDU.

La Corte non aveva, tuttavia, dovuto esaminare la legittimità di tale diniego, giacchè nel corso del procedimento, la stessa difesa dello Stato convenuto aveva rassegnato delle osservazioni con le quali si ammetteva che il divieto di svolgimento della manifestazione aveva costituito una palese violazione dell'articolo 11 della Convenzione³⁷⁶.

³⁷⁵ L'organizzazione ricorrente aveva appellato tale decisione, in quanto illegittima e discriminatoria, e il ricorso era stato accolto dalla Corte d'appello di Chişinău, che aveva quindi censurato la decisione adottata. Il diniego amministrativo per lo svolgimento di manifestazioni, a parere della citata Corte, non doveva e non poteva essere subordinato alla natura dei problemi che i richiedenti intendevano portare all'attenzione della società civile o a valutazioni strettamente giuridiche concernenti il merito di tali rivendicazioni. L'Ufficio di Gabinetto del Sindaco aveva a sua volta impugnato la decisione. L'argomento principale del ricorso alla Corte Suprema di Giustizia era la tutela dell'ordine pubblico, messo a rischio dalle innumerevoli richieste che lo stesso Ufficio aveva ricevuto, sia da parte di singoli individui che di associazioni, al fine di negare l'autorizzazione della manifestazione, facendo leva su diverse disposizioni normative di tutela del matrimonio e della famiglia. Accolto il ricorso, la Corte Suprema aveva rinviato alla Corte di Appello per la riforma della decisione. Nell'allinearsi alla censura della Corte Suprema, la Corte di Chişinău aveva pertanto ritenuto legittima la decisione del Sindaco. Ad avviso della Corte, le autorità amministrative avevano inteso tutelare l'ordine pubblico e la moralità sociale, soprattutto giacché gli organizzatori non avevano fornito le dovute garanzie circa il buon andamento della manifestazione né avevano formalmente assunto le relative responsabilità. La nuova decisione della Corte veniva ulteriormente impugnata dalla organizzazione ricorrente per un nuovo esame della Corte Suprema. La Corte rigettava, tuttavia, l'impugnazione ritenendo sempre sussistente un considerevole rischio per l'ordine pubblico e rinvenendo nella condotta della Genderdoc-M una molteplicità di inadempienze rispetto alla procedura prevista dalla normativa di settore, quali: indicare un soggetto incaricato di guidare la manifestazione; creare con le forze di polizia un gruppo di persone responsabili per il mantenimento dell'ordine; marcare il luogo dove si sarebbe dovuta tenere la manifestazione con dei segnali speciali; nonché, corrispondere al Comune il contributo previsto per la sistemazione del sito.

³⁷⁶ Lo Stato convenuto si era inizialmente difeso assumendo la legittimità della restrizione, che sarebbe stata giustificata dal perseguimento di un fine legittimo, in maniera proporzionata e secondo quanto stabilito dalla normativa di settore. In particolare, il governo locale avrebbe cercato di tutelare l'ordine pubblico, atteso che la maggioranza della popolazione moldava era apertamente ostile all'omosessualità. L'intolleranza verso le relazioni tra individui dello stesso sesso sarebbe stata talmente dura da indurre il Sindaco di Chişinău a temere per il pacifico svolgimento della manifestazione.

I giudici, invece, sono entrati nel merito dell'ultimo motivo di ricorso, nonché quello più controverso, ovvero quello dell'asserita violazione dell'articolo 14, in ragione di una supposta discriminazione operata sulla base dell'orientamento sessuale. La Corte – rigettati gli argomenti difensivi³⁷⁷ – ha ritenuto che la ragione del diniego fosse la generale intolleranza delle autorità amministrative verso una manifestazione che avrebbe avuto quale fine principale di “promuovere” l'omosessualità. È stato, infatti, osservato che gli organi competenti avevano più volte fatto riferimento, per giustificare il diniego, alla circostanza della generale insofferenza della popolazione moldava verso l'omosessualità; in particolare, assumendo che il 98% della popolazione fosse cristiana ortodossa e, pertanto, moralmente contraria ai rapporti omosessuali. Senza spendersi in ulteriori argomentazioni, la Corte ha sbrigativamente concluso che le autorità nazionali nel limitare la libertà di riunione dovrebbero fornire delle ragioni chiare per giustificare la legittimità di tali trattamenti differenziati. La terza Sezione ha così ritenuto che vi fosse stata una violazione dell'articolo 14 in combinato disposto con l'articolo 11 della Convenzione. La Corte, insomma, ha analizzato il caso concreto ed ha ritenuto di poter traslare e applicare *tout court* l'iter argomentativo elaborato per i casi sopra menzionati, in tutto assimilabili a quello in esame.

Indipendentemente dai rilievi dei giudici Gyulumyan e Ziemele – che nella loro opinione parzialmente dissenziente hanno ritenuto la decisione in una certa misura criticabile poiché succintamente motivata sul punto della violazione del divieto di discriminazione³⁷⁸ – non si può

³⁷⁷ Lo Stato aveva asserito che non si potesse parlare di trattamento discriminatorio, allorché le restrizioni illegittime della libertà di riunione erano state, nel corso del tempo, operate nei confronti di diverse categorie di soggetti e richiamava a supportare tali argomentazioni diversi casi che avevano impegnato la stessa Corte, ovvero: Hyde Park 1, 2, 3, 4 c. Repubblica Moldava; Partito Democratico Popolare Cristiano c. Repubblica Moldava; Rosca, Secareanu e altri c. Repubblica Moldava. In ottica difensiva, la persistente e trasversale violazione di uno dei diritti garantiti dalla Convenzione avrebbe dovuto scriminare rispetto alla violazione almeno dell'articolo 14, poiché la negazione della libertà sarebbe avvenuta in maniera indifferenziata e non già discriminatoria. La Corte, prevedibilmente, ha accolto le obiezioni dell'organizzazione ricorrente, che attraverso una produzione documentale di tipo statistico aveva evidenziato la pretestuosità dell'argomentazione difensiva. Dai dati emergeva che, durante il biennio 2004/2006, il Sindaco di Chişinău aveva autorizzato le manifestazioni di associazioni quali la “Republican Organisation of Cheated and Stripped Investors”, lo “United Gagauzia Movement”, la “Association for the Elimination of the Consequences of the Molotov-Ribbentrop Pact” e la “Association of the Former Deported People and Political Prisoners”, garantendo la partecipazione e il supporto delle forze di polizia. Mentre, dal 2005, ogni richiesta di autorizzazione presentata dalla ricorrente era stata rigettata. In questo senso, il governo avrebbe fallito nel giustificare questa differenza di trattamento tra le organizzazioni citate e quella ricorrente.

³⁷⁸ A loro avviso, la lettura delle argomentazioni espresse dallo Stato membro non sarebbe stata necessariamente univoca. La circostanza che le autorità amministrative avessero fatto espresso riferimento alle lettere ricevute dai cittadini contrari allo svolgimento della manifestazione, non è *ex se* espressione di un atteggiamento discriminatorio nei confronti di una minoranza sessuale. Ciò soprattutto in considerazione della decisione delle corti interne, che hanno – nel confermare la legittimità del diniego – fatto espresso riferimento ai problemi di ordine pubblico. A parere dei giudici dissenzienti, la decisione sarebbe stata viziata da difetto di motivazione, laddove era stata omessa l'applicazione stringente dei criteri di accertamento del divieto di discriminazione. Sebbene sia stato correttamente fatto riferimento ai criteri di cui alla sentenza Kozak c. Polonia, in cui si affermava che una differenza di trattamento basata esclusivamente sull'orientamento sessuale è da ritenersi illegittima, la Corte si è erroneamente astenuta dal verificare l'effettiva ragionevolezza della disparità di trattamento con le situazioni omogenee. Infatti, nei casi in cui vi sia da verificare la violazione dell'articolo 14, la Corte deve procedere in primo luogo con la verifica della comparabilità delle situazioni poste a raffronto e poi, imprescindibilmente, valutare che non vi sia una giustificazione oggettiva e ragionevole posta a fondamento del trattamento deteriore. Nel caso di specie, la maggioranza del collegio avrebbe dovuto accertare se il diniego – certamente illegittimo – fosse stato opposto esclusivamente sulla base dell'orientamento sessuale, comparando la decisione delle autorità con i dinieghi opposti allo svolgimento di altre manifestazioni. Certamente, infatti, non sarebbe stato possibile affermare che l'associazione ricorrente fosse stata l'unica ad aver subito nel corso del tempo la violazione della libertà di riunione. Il collegio avrebbe superficialmente omesso questo cruciale passaggio nell'accertamento della violazione. La conseguenza di tale vizio di motivazione sarebbe, dunque, l'incertezza rispetto alla reale pretestuosità degli argomenti difensivi sollevati dallo Stato convenuto.

L'opinione dei giudici dissenzienti, quanto all'accuratezza dell'accertamento dell'intento discriminatorio, è essenzialmente condivisibile. Tuttavia, è pur vero che – a un esame attento della decisione della maggioranza – non si possono rilevare vizi quanto al rigore del ragionamento giuridico. Infatti, la Corte non ha potuto valutare la ragionevolezza della differenza nel trattamento di situazioni omogenee da parte delle autorità. Lo Stato convenuto non ha fornito alcuna giustificazione per il trattamento differenziato che potesse essere valutato e apprezzato in termini di ragionevolezza. Ha affermato soltanto che vi erano stati diversi dinieghi, ma non è stato in grado di spiegare perché altre organizzazioni erano, invece, state autorizzate. La Corte, dunque, si è dovuta limitare alla semplice constatazione del trattamento differenziato, che è risultato pertanto ingiustificato. Non spetta alla Corte compiere un esame in positivo della sussistenza di particolari ragioni che giustificano il trattamento differenziato e deteriore.

fare a meno di rilevare l'importanza di tale decisione. Questa, infatti, costituisce un solido freno contro la preoccupante diffusione – soprattutto nell'Europa orientale – di un atteggiamento omofobo delle autorità di governo.

L'analisi di queste pronunce ci permette di chiarire i principi generali che la Corte ha elaborato in merito, soprattutto rispetto alle limitazioni poste alla libertà di riunione. Infatti, nel valutare la legittimità delle restrizioni di questo tipo non ci si deve conformare con una «choice between two conflicting principles, but with a principle of freedom of expression that is subject to a number of exceptions which must be narrowly interpreted»³⁷⁹.

La discriminazione operata sulla base dell'orientamento sessuale rientra indubbiamente nell'ambito di protezione coperto dall'articolo 14 e, quando la disparità di trattamento coinvolge la sfera più intima della vita privata di un individuo, devono sussistere ragioni particolarmente gravi, affinché il trattamento differenziato possa essere ritenuto legittimo³⁸⁰. Tale circostanza si traduce, quindi, nella valutazione non più della semplice proporzionalità rispetto al conseguimento di un fine legittimo, ma della assoluta necessità del trattamento differenziato in relazione alle circostanze del caso concreto.

Infatti, si deve tener conto del fatto che il margine di apprezzamento di cui godono gli Stati si restringe drasticamente quando siano in gioco aspetti particolarmente sensibili della vita privata degli individui. In questo senso, riguardo la possibilità di invocare il concetto di “moralità pubblica”, non costituisce ragionevole e obiettiva giustificazione di pubblico interesse – capace di legittimare il trattamento deteriore – la circostanza che la maggioranza della popolazione non condivida le idee promosse dai manifestanti. Non soltanto perché il pluralismo e la tolleranza sono valori fondamentali su cui si basa la tutela delle predette libertà, ma anche e soprattutto, in considerazione dell'esistenza, ormai evidente e chiara, di un consenso diffuso tra gli ordinamenti degli Stati contraenti di accettazione della pubblica manifestazione e rivelazione del proprio orientamento sessuale.

Il punto cruciale del dissenso tra maggioranza e minoranza del collegio è legato all'individuazione delle situazioni che devono essere assunte come termine di paragone per la discriminazione, da un lato i divieti e dall'altro le autorizzazioni. Per i giudici dissenzienti, la Corte avrebbe dovuto scegliere quale situazione comparativa quella in cui lo Stato aveva negato le autorizzazioni. In questo modo, si sarebbe potuta valutare la disparità nel trattare situazioni identiche. Tale impostazione, però, non appare corretta. Dall'esame della giurisprudenza della Corte di Strasburgo, si evince che la comparabilità tra le situazioni va accertata secondo un procedimento diverso. Tra le situazioni significativamente simili, infatti, una delle due deve godere di un trattamento più favorevole. Rilevata tale disparità, si potrà valutare se la stessa risulti di fatto discriminatoria (Fredin c. Svezia, n. 18928/91; National & provincial building Society e altri c. Regno Unito, n. 21319/93, 21449/93, 21675/93; Rasmussen c. Danimarca, n. 8777/79). Il termine di raffronto deve pertanto essere ricercato nella situazione regolata in maniera più favorevole e rispetto alla quale si ritiene di essere stati ingiustamente discriminati. In ossequio a tale granitico orientamento, la maggioranza del collegio si è poi rigorosamente attenuta alla regola dell'onere probatorio. Se la dimostrazione dell'assimilabilità delle situazioni che si ritengono essere oggetto di disparità di trattamento grava sul ricorrente, gli elementi a sostegno della ragionevolezza della disciplina devono essere forniti dallo Stato convenuto, in difetto si apre la via per l'accoglimento della censura (Luczak c. Polonia, n. 77782/01). Nel caso di specie, mentre l'organizzazione ricorrente aveva soddisfatto l'onere, indicando i casi in cui altre organizzazioni erano state autorizzate allo svolgimento delle manifestazioni, lo Stato non era stato in grado di addurre giustificazioni oggettive e ragionevoli per supportare tale disparità. La Corte ha, pertanto, accolto la censura della ricorrente, senza che fosse necessario effettuare ulteriori accertamenti rispetto all'intento discriminatorio.

³⁷⁹ *The Sunday Times v. The United Kingdom*, n. 13166/87 (ECtHR, 26 aprile 1979) par. 65.

³⁸⁰ Questo principio, come si vedrà più avanti nel corso di questo stesso capitolo, era stato già elaborato dalla Corte in ambiti differenti come quelli dei benefici sociali, a tal proposito la stessa Corte ha richiamato la decisione *Kozak v. Poland*, n. 13102/02 (ECtHR, 2 marzo 2010).

Inoltre, in forza dell'obbligo positivo di garantire lo svolgimento pacifico delle riunioni in luoghi pubblici, le autorità competenti devono impegnarsi per fornire tutti i mezzi, gli strumenti e gli aiuti necessari per il mantenimento dell'ordine pubblico e per la protezione dei manifestanti anche in caso di contro manifestazioni. Ciò varrebbe qualora, per il tipo di idee espresse o di rivendicazioni propugate, vi sia il rischio di compromettere l'ordine pubblico e la sicurezza tanto dei manifestanti che dei cittadini estranei alla manifestazione.

2.2 La libertà di espressione nell'ordinamento dell'UE e nella prassi degli organi ONU

Proprio rispetto alle violente reazioni e alle limitazioni alla libertà di riunione delle minoranze sessuali hanno espresso particolare preoccupazione le istituzioni europee. Il Commissario per i Diritti Umani ha sottolineato come «violent clashes seriously hamper the possibility for LGBT persons to peacefully demonstrate for their human rights and contribute to fostering hostility and prejudices»³⁸¹.

Gli organi dell'Unione si sono tuttavia maggiormente occupati della tutela della libertà di espressione delle minoranze sessuali. Sebbene tali interferenze non siano particolarmente frequenti negli Stati membri, è accaduto negli ultimi anni che in Paesi come la Polonia, Lettonia e Lituania si siano spesso verificati episodi di diretto impedimento dell'esercizio della libertà di espressione, opinione e informazione riguardo ai temi legati all'orientamento sessuale e all'identità di genere.

La compressione della libertà di espressione può avvenire secondo due diverse modalità. Il mezzo più immediato e diretto per limitare tale libertà è l'emanazione da parte del legislatore di norme che impongono sanzioni per la condotta di "propaganda omosessuale", diversamente può accadere che sia inibita in via indiretta la diffusione o la divulgazione delle idee attraverso l'impossibilità di accedere ai mezzi di comunicazione o la censura diretta di determinati materiali. Entrambe le ipotesi si sono verificate nei paesi membri dell'Unione o del COE.

Quanto alla prima modalità si noti che in Lituania, nel dicembre del 2009, è stata approvata una legge a protezione dei minori contro gli effetti negativi dell'informazione pubblica. Secondo queste disposizioni si intendono informazioni dannose per i minori quelle che promuovono relazioni sessuali espressamente contrarie ai valori della famiglia e che incoraggiano la formazione di matrimoni e famiglie diversi dalla definizione che di matrimonio fornita dalla Costituzione

³⁸¹ Commissioner for Human Rights, *Pride events are still hindered – this violates freedom of assembly* (Human Rights Comment, 2010). L'OSCE ha sviluppato delle Linee Guida per i paesi membri che indichino il modo corretto per tutelare la libertà di riunione pacifica. Nelle Linee Guida si ritrova l'affermazione del principio di non discriminazione da parte delle autorità sulla base dell'orientamento sessuale e non anche dell'identità di genere cfr. OSCE/ODIHR, *Guidelines on Freedom of Peaceful Assembly*, seconda edizione (Varsavia, 2010).

lituana, ovvero di un'unione tra uomo e donna³⁸². All'approvazione di tali disposizioni si associa una proposta di revisione del codice penale, tuttora pendente, che prevede la sanzione diretta di qualsiasi comportamento che sia diretto a diffondere pubblicamente argomenti legati all'omosessualità.

Tra le leggi penali e amministrative adottate contro la "propaganda dell'omosessualità" sono sicuramente da annoverare quelle russe³⁸³ e i due progetti di legge, attualmente all'esame del Parlamento ucraino, volti ad introdurre specificamente il reato di "diffusione dell'omosessualità", che includerebbe l'organizzazione di riunioni, parate, azioni, dimostrazioni e manifestazioni di massa, intese a diffondere intenzionalmente informazioni positive sull'omosessualità, le cui sanzioni prevederebbero pene detentive fino a cinque anni; si noti, a tal proposito, che la Commissione per la libertà di espressione e di informazione sostiene tali progetti di legge. Anche nella Repubblica Moldava, numerose città e distretti hanno adottato normative tese a sanzionare la propaganda di "orientamenti sessuali non tradizionali".

Rispetto a queste derive omofobe di alcuni Stati membri, il Parlamento europeo ha ritenuto di dover intervenire. In particolare, attraverso la risoluzione sulla lotta all'omofobia in Europa approvata il 24 maggio 2012. Con la menzionata risoluzione, il Parlamento ha, infatti, espresso viva preoccupazione verso la tendenza dei governi europei alla limitazione, attraverso il concetto di "propaganda omosessuale", della libertà di espressione e associazione. Al fine di censurare questo tipo di pratiche discriminatorie, il Parlamento ha indicato specificamente la situazione ordinamentale interna di tre Stati membri, iniziando dalla Lituania con riferimento alla sopracitata normativa e proseguendo con la Lettonia, dove un membro del Consiglio di Riga ha presentato una norma tesa a vietare la manifestazione del *Baltic Pride* a marzo 2012, per concludere con l'Ungheria, dove il partito di estrema destra *Jobbik* ha presentato diversi progetti di legge intesi a introdurre il nuovo reato di "diffusione dei disturbi del comportamento sessuale" e il partito *Fidesz* ha presentato al Consiglio municipale di Budapest un'ordinanza locale per limitare "le marce oscene".

³⁸² Vedi Agenzia europea per i diritti fondamentali, «Homophobia, Transphobia and Discrimination on Grounds of Sexual Orientation and Gender Identity, Comparative Legal Analysis,» (2010) pag. 34 e 35.

³⁸³ In Russia, sono state approvate leggi penali e amministrative contro la "propaganda dell'omosessualità" nelle regioni di Rjazan nel 2006, Archangel'sk nel 2011 e Kostroma e San Pietroburgo nel 2012, e le regioni di Novosibirsk, Samara, Kirov, Krasnojarsk e Kaliningrad stanno considerando l'adozione di norme simili. Dette leggi prevedono sanzioni fino a 1,270 euro per le persone fisiche e fino a 12,700 euro per le associazioni e le imprese che promuovano "la falsa percezione che le relazioni tradizionali e non tradizionali siano socialmente equivalenti". Inoltre, «In 2009 Russian LGBT activists appealed to the Constitutional Court of the Russian Federation, and asked the Constitutional Court to test the constitutionality of the Regional Law of Ryazan. The Constitutional Court in 2010 refused to consider the complaint regarding this law, and noted that "the family, motherhood and childhood in the traditional interpretation, received from our ancestors, are the values that provide a continuous change of generations, and are conditions for the preservation and development of the multinational people of the Russian Federation, and therefore require a special state protection"» in Council of Europe, *Discrimination on grounds of sexual orientation and gender identity in Europe*, 2nd Edition (Strasbourg: Council of Europe Publishing, 2011) pag. 77.

Il Parlamento ha ricordato come il termine propaganda, denominatore comune delle legislazioni omofobe approvate o allo studio in questi Paesi è raramente definito dal punto di vista giuridico all'interno degli ordinamenti nazionali. Tale circostanza rende evidentemente ambigua e sfumata l'applicazione di norme che includano tale presupposto in una determinata fattispecie. Infatti, allo stato, queste disposizioni hanno comportato una censura verso le associazioni del settore ed una pressione diretta contro gli individui che vi appartengono. Il Parlamento ha sottolineato come le norme e le proposte non siano conformi al Patto internazionale sui diritti civili e politici e ha chiesto al Consiglio d'Europa di verificare la compatibilità delle stesse con la Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, dato che i paesi in questione aderiscono ad entrambi i Trattati. Parallelamente, ha sollecitato le autorità competenti di Russia, Ucraina, Moldova e altri Stati membri nel senso di riconsiderare tali leggi alla luce degli impegni che derivano dalla tutela internazionale dei diritti umani, confermata dalla giurisprudenza consolidata dei Tribunali internazionali.

In ultimo, con una rigida presa di posizione, ha invitato la Commissione e il Consiglio a condannare tale normativa, specialmente nel contesto degli affari interni, tenendone conto anche nel dialogo bilaterale e nella politica europea di vicinato. Reputando che le Istituzioni preposte debbano esprimere una posizione europea comune portando la questione nelle pertinenti sedi internazionali, quali il Consiglio d'Europa, l'Organizzazione per la sicurezza e la cooperazione in Europa e le Nazioni Unite.

Quanto, invece, al secondo tipo di interferenze non vi sono stati riferimenti diretti all'interno della risoluzione, eppure queste si sono verificate all'interno di Stati membri come la Polonia, dove nel 2006 la pubblicazione di *Compass* – il manuale educativo sui diritti umani del COE – è costata il licenziamento al direttore dell'agenzia governativa che ha finanziato la distribuzione della versione polacca. A parere del governo, il manuale non rifletteva i valori polacchi, giacchè non indicava l'omosessualità come una deviazione. Un recente esempio di censura si è verificato in Italia, dove è stata cancellata dai palinsesti di prima e di seconda serata della Rai la scena di sesso tra due uomini all'interno del film vincitore del premio Oscar “I segreti di Brokeback Mountain”, sulla scorta del principio per cui tali manifestazioni avrebbero potuto nuocere agli interessi dei minori. Rispetto questo tipo di limitazioni³⁸⁴, tuttavia, non si registrano altri tipi di censure da parte

³⁸⁴ Quanto alla libertà di associazione si noti che ad oggi non vi sono state pronunce espresse in merito, anche se vi sono dei casi pendenti di fronte la Corte EDU. Di norma le restrizioni poste a questo tipo di libertà consistono nel rifiuto di registrazione e di riconoscimento giuridico delle associazioni rivolte alla promozione dei diritti LGBTI. Diversi episodi di questo tipo sono stati registrati in Paesi come l'Armenia, l'Ucraina e l'Azerbaijan. In Russia nel febbraio del 2010 il Ministro della Giustizia ha negato la registrazione dell'associazione chiamata “Marriage Equality Russia”, diretta ad ottenere il riconoscimento delle unioni tra persone dello stesso sesso, perchè contraria il diritto di famiglia russo che definisce tale solo l'unione tra uomo e donna. Lo stesso è accaduto all'organizzazione “Rainbow House”, la cui registrazione è stata rifiutata dalle autorità per il pericolo alla morale pubblica, giacchè in contrasto con i valori della società russa. A differenza del primo caso, l'associazione e il suo presidente, esaurite le vie di ricorso interne, hanno proposto ricorso – tuttora pendente – alla Corte EDU, vedi *Aleksandr Zhdanov and Rainbow House v. Russia*, n. 12200/08 (ECtHR). Anche in Turchia, si sono verificati episodi di tal fatta. In particolare, le autorità di Ankara, Smirne e Bursa hanno disposto la chiusura di associazioni ritenute contrarie alla morale pubblica turca e ai valori della famiglia. Una di queste associazioni è ricorsa alla Corte e

degli organi dell'Unione, nè ancora decisioni della Corte EDU, nonostante vi siano dei ricorsi pendenti³⁸⁵. La sola decisione che si rinviene sul punto è quella, particolarmente risalente, del Comitato dei diritti dell'Uomo delle Nazioni Unite³⁸⁶ contro la Finlandia del 1982.

La decisione riguardava una serie di casi in cui le emittenti pubbliche, per un'interferenza della autorità di governo, avevano impedito che venissero trasmessi dei programmi che avrebbero affrontato argomenti legati all'omosessualità, giacchè in virtù del paragrafo 9 capitolo 20 del codice penale finlandese: «If someone publicly engages in an act violating sexual morality, thereby giving offence, he shall be sentenced for publicly violating sexual morality to imprisonment for at most six months or to a fine. Anyone who publicly encourages indecent behaviour between persons of the same sex shall be sentenced for encouragement to indecent behaviour between members of the same sex as decreed in subsection 1».

A parere del Comitato, seppure la norma imponeva evidentemente un limite alla libertà di espressione, questa non sarebbe dovuta considerarsi in contrasto con le disposizioni del Patto. L'articolo 19 permette, infatti, che siano poste delle restrizioni alla suddetta libertà, quando ciò sia previsto dalla legge e sia necessario per la protezione dell'ordine pubblico, della pubblica salute e della morale. Lo Stato convenuto aveva invocato proprio la tutela della morale pubblica, come elemento legittimante la restrizione. In questo senso, non esistendo uno standard universalmente accettato circa la lesività delle condotte omosessuali rispetto alla morale ed ai costumi sociali, nonchè rispetto alla tutela di soggetti particolarmente sensibili quali i minori, doveva riconoscersi un ampio margine di discrezionalità degli Stati nel regolare materie di tal sorta.

Pur tuttavia, appare pacifico che ad oggi il Comitato non potrebbe in alcun modo riproporre lo stesso tipo di argomentazione giuridica, soprattutto alla luce di quanto affermato nella decisione Toonen. Ciononostante, va sottolineato un aspetto della decisione che mette in luce uno dei problemi che hanno impedito che a livello universale si formasse una prassi unitaria rispetto alla tutela della libertà di espressione delle minoranze sessuali. Invero, il fatto che le eccezioni alla libertà possano essere poste sulla base di concetti vaghi quali “*ordre public*” o “*morality*” mantiene

attende la decisione, vedi *Lambda Istanbul v. Turkey*, n. 53804/10 (ECtHR). Peraltro gli ostacoli alla libertà di associazione non si esauriscono nelle illecite interferenze nel procedimento di registrazione, ma anche più in generale nel frapporre impedimenti allo svolgimento della naturale attività di tali associazioni. Esempi di questo tipo sono riportati nel report del COE sulla discriminazione sulla base dell'orientamento sessuale. Si legge, «For instance, Organisation Q in Bosnia and Herzegovina was evicted from its premises by the landlord and the Lithuanian Gay League was unable to rent office space from another NGO working on disability issues. In Slovenia the celebration of the 10th anniversary of the LGBT movement, to be held in a castle, was cancelled after the owner had discovered the nature of the event. In the Russian Federation, the LGBT Film Festival “Side by Side” was prevented from taking place in 2007 because the owner of the premises intended to be used for the event in St Petersburg cancelled the booking, allegedly motivated in part by pressure from public authorities. A similar incident was also registered the following year when the owner of another facility in which the event was to take place cancelled the screenings following a threat to have the electricity cut off. In Serbia the press conference of the Gay Straight Alliance was cancelled by the Director of the Sava Center in Belgrade because it had been deemed inappropriate for the venue. In Italy, LGBT associations in 2007 were prevented from taking part in the Conference for the Family organised by the Ministry of the Family and faced problems when seeking access to theatres and venues for organising public debates.» in Council of Europe, *Discrimination on grounds of sexual orientation and gender identity in Europe*, 2nd Edition (Strasbourg: Council of Europe Publishing, 2011) pag. 80 e 81.

³⁸⁵ In Turchia, è accaduto che la Procura della Repubblica di Ankara decidesse di interrompere la distribuzione di una rivista LGBT. In ragione di ciò, la corrispondente associazione che provvedeva alla pubblicazione della rivista, decise di appellarsi contro la suddetta decisione senza però alcun successo. Pertanto, la stessa associazione decise di ricorrere alla Corte EDU, il relativo caso è *KAOS LG v. Trukey*, n. 4982/07 (ECtHR).

³⁸⁶ *Leo Hertzberg et al. v. Finland*, Communication n. 61/1979, UN Doc. CCPR/C/OP/1 at 124 (1985) (Human Rights Committee, 2 aprile 1982).

vivo il rischio che vengano interpretati in modo tale da giustificare la repressione dei comportamenti assunti come devianti, giacchè espressione di una sessualità non convenzionale.

La Corte EDU ha chiaramente definito i limiti entro cui può essere sollevata l'eccezione della tutela della morale, seppura la giurisprudenza della stessa è stata segnata da alcune incongruenze. Di contro, per quanto riguarda il Patto, l'interpretazione che di tali eccezioni è stata data dalla *Sub-Commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities* dell'ECOSOC non è delle più rigorose. Nel 1985, la Sottocommissione ha adottato i *Siracusa Principles on the Limitation and Derogation of Provisions in the ICCPR*³⁸⁷, con i quali ha fornito l'interpretazione del concetto di “*public order*” come limitato alle norme che «ensure the functioning of society or the set of fundamental principles on which society is founded»³⁸⁸ e il concetto di “*public morals*” come concetto ancor più vago, ossia «essential to the maintenance of respect for fundamental values of the community»³⁸⁹. Questa seconda interpretazione lascia però insoddisfatti, giacchè rimane indefinito il concetto di “*fondamental values*” che giustificerebbero una deroga al godimento di diritti fondamentali. In altre parole, gruppi sociali identificati come una categoria e di fatto impopolari, come le *sexual minorities*, rimangono più vulnerabili a letture restrittive di queste norme poste a tutela dei diritti fondamentali. Esiste quindi una profonda tensione tra le norme e le possibili eccezioni, che vanno quindi risolte con un approccio casistico.

Due osservazioni permettono di dare il senso della difficoltà di affermazione di un *trend* positivo nella protezione degli individui LGBTI. La prima è che non vi sono strumenti giuridici internazionali di tutela dei diritti fondamentali di stampo universale che espressamente impongono la tutela della sessualità non convenzionale, nè sotto il segno di specifici diritti nè in relazione al principio di non discriminazione. Pertanto, gli Stati che hanno esteso il godimento di alcuni diritti agli individui LGBTI lo hanno fatto per scelte politiche autonome e non certo in funzione di atti internazionali o di *opio iuris* consolidata. La seconda è che rimane significativo il numero di Stati che ritiene di non estendere la tutela dei diritti fondamentali alle minoranze sessuali, giacchè spesso ritenuti non tanto individui ma criminali che devono essere privati delle più elementari garanzie.

Ciò rende difficile affermare che «a mature set of norms of international law has fully developed, but... customary international law is in the process of expanding to encompass human rights to liberty, privacy, and nondiscrimination in the realm of sexuality and intimate association for all persons, including sexual minorities»³⁹⁰.

³⁸⁷ Comm'n on H.R. UN Econ & Soc. Council, «Status of the International Covenants on Human Rights,» UN Doc. E/CN.4/1985/4 (28 settembre 1984).

³⁸⁸ *Ibid.* par. 22.

³⁸⁹ *Ibid.* par. 27.

³⁹⁰ A.X. Fellmeth, «State Regulation of Sexuality in International Human Rights Law and Theory,» *William and Mary Law Review* 50, n. 3 (2008): 797-936.

3. Diritto alla salute e riconoscimento giuridico degli effetti della riassegnazione chirurgica del sesso

Diversi sono gli strumenti giuridici di carattere internazionale che tutelano, direttamente o indirettamente, il diritto fondamentale al godimento del più elevato standard di salute fisica e mentale³⁹¹. Ciononostante, non sempre alle minoranze sessuali ne è garantita la tutela.

Laddove, infatti, persistano le *sodomy laws* è difficile che gli individui LGBTI si rivolgano ai servizi sanitari pubblici per timore di essere denunciati alle autorità, soprattutto quando soffrano di problemi specifici che implicherebbero il disvelamento della loro sessualità. In questo senso, lo *Special Rapporteur* sulla salute ha osservato: «Criminal laws concerning consensual same-sex conduct, sexual orientation and gender identity often infringe on various human rights, including the right to health»³⁹². Peraltro, proprio la criminalizzazione di tali condotte produce l'effetto di una maggiore diffusione delle malattie sessualmente trasmissibili³⁹³.

Nei paesi dove invece la sessualità non convenzionale non subisce alcuna forma di repressione istituzionale, può comunque accadere che si registrino pratiche omofobiche, sessiste e transfobiche – come ad esempio l'infrangere il segreto professionale³⁹⁴ o avere reazioni violente³⁹⁵ – da parte delle istituzioni e del personale sanitario, che possono allo stesso modo indurre le persone LGBTI a non cercare l'assistenza sanitaria. E, anche in questo caso, si producono dei dannosissimi effetti in termini di sforzi per combattere la diffusione del virus HIV e di altre malattie sessualmente trasmissibili. Tra le prassi più preoccupanti, poi, vi è quella delle cure “riparative”, dirette a guarire gli individui LGBTI dalle pulsioni della sessualità non convenzionale, che a parere delle agenzie

³⁹¹ Tra questi l'art. 25 dell'Universal Declaration of Human Rights, l'art. 5 (e)(iv) dell'International Convention on the Elimination of all forms of Racial Discrimination, l'art. 12 dell'International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, l'art. 12 della Convention on the Elimination of Discrimination against Women, l'art. 24 della Convention on the Rights of the Child e l'art. 16 dell'African Charter.

³⁹² Human Rights Council, «Report of the Special Rapporteur on the right of everyone to the enjoyment of the highest attainable standard of physical and mental health,» UN Doc. A/HRC/14/20 (27 aprile 2010) par. 6.

³⁹³ Human Rights Committee, «Concluding Observations of the Human Rights Committee on Cameroon,» UN doc. CCPR/C/CMR/CO/4 (2011) par. 12 e P. Aggleton, *HIV and AIDS-related stigmatization, discrimination and denial: research studies from Uganda and India*, (Ginevra: UNAIDS, 2000).

³⁹⁴ In effetti, è stato notato come «breaches of medical confidentiality may occur. Sometimes these breaches, when accompanied by stigmatization, lead to unlawful dismissal from employment, expulsion from families and communities, physical assault and other abuse. Also, a lack of confidentiality may deter individuals from seeking advice and treatment, thereby jeopardizing their health and well-being. Thus, States are obliged to take effective measures to ensure medical confidentiality and privacy.» in Committee on Human Rights, «The right of everyone to the highest attainable standard of physical and mental health: Report of the Special Rapporteur Paul Hunt,» UN Doc. E/CN.4/2004/49 (16 febbraio 2004) par. 40.

³⁹⁵ UN Doc. A/HRC/14/20 *cit.* par. 21. Il Committee on the Elimination of Discrimination against Women ha espresso viva preoccupazione per le donne lesbiche, bisessuali, transgender e intersessuali in quanto «victims of abuses and mistreatment by health service providers» cfr. Committee on the Elimination of Discrimination against Women, «Concluding observations on Costa Rica,» UN Doc. CEDAW/C/CRI/CO/5-6 (2005) par. 40. Lo stesso tipo di preoccupazione è stata espressa dal Comitato per i Diritti del Fanciullo, giacché in Slovacchia «in certain areas and on protection against discrimination, and on amendments to certain acts (“the Anti-Discrimination Law”) do not provide protection from discrimination in the areas of social security, healthcare, education and provision of goods and services on the grounds of ethnicity, disability, religion or belief, and sexual orientation» in Committee on the Rights of the Child, «Concluding Observation of the Committee on the Rights of the Child on Slovakia,» UN Doc. CRC/C/SVK/CO/2 (10 luglio 2007) par. 27.

specializzate devono considerarsi come prove di fondamento scientifico, potenzialmente dannose e con effetti incrementali dello stigma sociale³⁹⁶.

Tra i problemi più rilevanti legati alla tutela della salute delle minoranze sessuali, rientra sicuramente quello dell'accesso alle cure mediche degli individui transgender³⁹⁷. Transessuali e transgender sono individui – genericamente riconducibili alla categoria delle minoranze sessuali – che si trovano in una condizione scientificamente definita in medicina come “disfunzione di genere”, in ragione della quale il sesso biologico non corrisponde al sesso cui, in termini identitari, si ritiene di appartenere. La “*gender dysphoria*” è trattata con ormoni e/o in via chirurgica, attraverso la riassegnazione del sesso, in modo che quello biologico corrisponda con quello di identità³⁹⁸.

Rispetto agli omosessuali, i transessuali e i transgender mantengono una loro specificità che incide sul tipo di violazioni subite e sulle rivendicazioni avanzate, alcune delle quali si sovrappongono mentre altre rimangono peculiari dell'una o dell'altra categoria. I problemi legati all'operazione di riassegnazione chirurgica del sesso, ad esempio, coinvolgono esclusivamente i transessuali e i transgender.

I problemi posti dalla riassegnazione del sesso sono di due ordini: quello dell'accesso all'operazione che, dove ammessa, è spesso proibitivamente costosa e raramente lo Stato o le assicurazioni ne coprono le spese³⁹⁹ e quello del riconoscimento legale dell'attribuzione del nuovo sesso, attraverso ad esempio la modifica dei documenti di riconoscimento. Proprio questi aspetti sono stati affrontati diverse volte dalla Corte EDU, che – come si vedrà nel proseguo – ha risolto la questione con un'interpretazione degli obblighi positivi derivanti dal diritto al rispetto della vita privata particolarmente innovativa.

Nell'esaminare i problemi che, nell'ambito del diritto alla salute, si pongono in relazione alle minoranze sessuali ci limiteremo all'analisi delle decisioni della Corte EDU. Sostanzialmente l'unica ad aver affrontato specifici casi concreti in merito di discriminazione nell'accesso ai servizi sanitari e dei problemi legati alle operazioni di riassegnazione chirurgica del sesso.

³⁹⁶ UN Doc. A/HRC/14/20 *cit.* par. 23. Nel General Comment n. 14 al Patto per i diritti economici, sociali e culturali si legge che «the Covenant proscribes any discrimination in access to health care and underlying determinants of health, as well as to means and entitlements for their procurement, on the grounds of race, colour, sex, language, religion, political or other opinion, national or social origin, property, birth, physical or mental disability, health status (including HIV/AIDS), sexual orientation and civil, political, social or other status, which has the intention or effect of nullifying or impairing the equal enjoyment or exercise of the right to health» in Committee on Economic Social and Cultural Rights, «General Comment n. 14 (2000): the right to the highest attainable standard of physical and mental health,» UN Doc. E/C.12/2000/4 (11 agosto 2000) par. 18.

³⁹⁷ Il riferimento al problema della riassegnazione chirurgica del sesso, ovviamente, non esaurisce il novero dei problemi legati alla tutela della salute delle persone transgender. Esistono aspetti forse ancora più gravi legati agli abusi da parte del personale sanitario, consistenti in violenze sessuali e dei test medici. A questo proposito, «the Special Rapporteur has received information according to which members of sexual minorities have received inadequate medical treatment in public hospitals - even after having been victims of assault - on grounds of their gender identity» in UN General Assembly, «Report of the Special Rapporteur on the question of torture and other cruel and inhuman or degrading treatment or punishment,» UN Doc. A/56/156 (3 luglio 2001) par. 22.

³⁹⁸ La disfunzione di genere non va sempre affrontata chirurgicamente. Vi sono casi in cui i transgender non si identificano con il sesso opposto e mantengono il sesso biologico, assumendo però delle cure ormonali per modificare esclusivamente la loro apparenza.

³⁹⁹ Spesso lo stesso personale sanitario è incapace di rispondere alle esigenze degli individui transgender, non solo per problemi di pregiudizi ma anche perchè privo delle specifiche competenze necessarie. Per di più, i bambini intersex, ovvero quelli nati con caratteristiche sessuali atipiche, vengono discriminati e sottoposti a operazioni chirurgiche non necessarie per la correzione del sesso ed eseguite senza ottenere prima alcun tipo di consenso informato, loro o dei genitori.

3.2 Discriminazione nei servizi sanitari: donazione del sangue

Il primo e, al momento, unico caso in cui la Corte si è occupata di discriminazione all'accesso nei servizi sanitari nasce da un ricorso presentato da un cittadino italiano per la presunta violazione del divieto di discriminazione rispetto all'articolo 8 della Convenzione, poiché – esclusivamente in ragione del proprio orientamento sessuale – gli era stata impedita la donazione di sangue⁴⁰⁰.

Al ricorrente, giunto all'ospedale Vittorio Emanuele di Catania per donare volontariamente il sangue, era stata illustrata la procedura da seguire e che – ai sensi della disciplina vigente al tempo dei fatti – richiedeva la previa compilazione di un modulo di espressione del consenso informato. Il “modulo di accettazione e consenso alla donazione”, così come presentato agli interessati, intimava a chiunque si apprestasse ad effettuare la donazione di sangue – atto generoso di profondo significato filantropico – di astenersi nel caso in cui il potenziale donatore nutrisse anche solo il dubbio di poter creare danni al ricevente. Tra le abitudini di vita che avrebbero potuto compromettere la salute dei riceventi rientrava l'omosessualità del donante⁴⁰¹. Il ricorrente, giacché omosessuale, dovette astenersi dall'effettuare la donazione del sangue.

Quanto al merito della controversia⁴⁰², la Corte avrebbe quindi dovuto – in virtù di quanto contestato dal ricorrente – accertare sia la sussistenza di un effettivo trattamento discriminatorio, sia

⁴⁰⁰ *Tosto v. Italy*, n. 49821/99 (ECtHR, 15 ottobre 2002).

⁴⁰¹ Il formulario si esprimeva nei seguenti termini: “Caro amico, esistono malattie infettive come l'epatite e l'AIDS che possono essere trasmesse anche mediante la trasfusione di sangue. Alcune abitudini di vita espongono maggiormente al rischio di contrarre queste infezioni e quindi di trasmetterle; poiché i test di laboratorio non sono sempre in grado di identificare i soggetti infettatisi di recente, si rende necessario escludere dalla donazione (temporaneamente o definitivamente) le persone che possono essersi esposte a questi rischi. I principali criteri di esclusione sono qui riportati. Esistenza nella storia personale di: Assunzione di droghe; Rapporti omosessuali; Rapporti sessuali con persone sconosciute; Trasfusioni ricevute (anche in un lontano passato); Epatite o ittero; Malattie veneree; Positività per il test della sifilide (TPHA o VDRL); Positività per il test dell'AIDS (anti-HIV1); Positività per il test dell'epatite B (HBsAg); Positività per il test dell'epatite C (anti-HCV); Rapporti sessuali con persone incluse in questo elenco.”

⁴⁰² La Corte aveva ritenuto di dover previamente definire il quadro giuridico, interno ed internazionale, in cui si inseriva la vicenda affrontata. Quanto al diritto interno, la disciplina rilevante – ovvero quella regolante i criteri di accertamento circa l'idoneità del donatore di sangue ed emoderivati – era sostanzialmente racchiusa nel decreto del Ministero della Salute del 15 gennaio 1991. In virtù del suddetto decreto, dovevano essere ritenuti inidonei alla donazione tutti coloro i quali intrattenessero, o avessero in passato intrattenuto, rapporti sessuali con individui dello stesso sesso. A tal fine, attraverso l'allegato 2 del decreto ministeriale veniva fornito al personale sanitario un questionario da sottoporre al donatore contenente un esplicito quesito, diretto ad accertare l'eventuale omosessualità del donatore. Tuttavia, tale disciplina era stata modificata, nelle more del procedimento in esame, in ragione della trasposizione nell'ordinamento italiano della raccomandazione del Consiglio dell'Unione europea del 29 giugno 1998. Il decreto del 26 gennaio 2001, che aveva recepito la disciplina europea e sostituito il precedente decreto, prevedeva l'esclusione permanente dalla donazione di sangue per chiunque avesse intrattenuto rapporti sessuali ad alto rischio di trasmissione di malattie infettive, comprese le prestazioni ottenute in cambio di denaro o di droga. Lo stesso decreto imponeva, poi, l'esclusione temporanea per le persone che avessero intrattenuto rapporti sessuali occasionali a rischio di trasmissione di malattie infettive. In virtù di ciò, la disciplina interna dello Stato convenuto, non prevedeva più un'espressa inclusione dell'omosessualità in quanto tale tra le cause di esclusione dalla donazione di sangue. Infatti, il questionario, allegato al nuovo decreto e che ancora è oggi sottoposto ai donatori, prevedeva domande differenti, tra cui: “Ha mai avuto comportamenti sessuali a rischio di trasmissione di malattie infettive e/o in cambio di denaro o di droga?”; “Ha mai avuto rapporti sessuali con un partner risultato positivo ai test per l'epatite B e/o C e/o per l'AIDS?”; “Dall'ultima donazione o comunque negli ultimi dodici mesi, ha avuto rapporti sessuali a rischio di trasmissione di malattie infettive?” Quanto alla disciplina internazionale, la Corte aveva richiamato innanzitutto la Raccomandazione n. R 95 (15), adottata dal Comitato dei Ministri 12 ottobre 1995, sulla protezione della salute dei donatori e dei riceventi attraverso la trasfusione di sangue. Attraverso tale raccomandazione, il Consiglio d'Europa aveva ricordato agli Stati membri l'importanza di una corretta selezione dei donatori, che però dovrebbe avvenire evitando qualsivoglia discriminazione. In particolare, il Consiglio riconosceva la necessità di informare in modo adeguato i donatori di sangue, cosicché si potesse evitare che le donazioni da parte di persone a rischio aggravassero il pericolo di infezione nei riceventi. In tal senso, il colloquio medico con il candidato doveva essere considerato come uno dei momenti più importanti nel procedimento di selezione dei possibili donatori di sangue. L'esclusione, temporanea o definitiva secondo i casi, doveva essere imposta nei confronti delle persone appartenenti a categorie che, per la loro storia clinica e la condotta di vita seguita, presentassero il rischio di trasmissione di malattie infettive. Il modello di questionario da sottoporre ai volontari, includeva a tal fine domande sulla vita privata dei donatori, tra cui – per gli uomini – “ha mai intrattenuto rapporti sessuali con un altro uomo?” e – per le donne – “ha intrattenuto nel corso degli ultimi dodici mesi rapporti sessuali con un uomo che, per quanto a vostra conoscenza, abbia mai intrattenuto rapporti sessuali con un altro uomo?”. In virtù di tale raccomandazione, quindi, l'esclusione dalla donazione del sangue avrebbe interessato soltanto gli uomini che intrattenevano rapporti sessuali con altri uomini. Accanto a questa

l'illegittimità dell'interferenza nella vita privata del ricorrente. In particolare aveva, infatti, sostenuto che l'esclusione dalla procedura di donazione del sangue, motivata unicamente in ragione del proprio orientamento sessuale, avrebbe costituito una illegittima interferenza nella sua vita privata di stampo evidentemente discriminatorio. Il ricorrente aveva sottolineato come il questionario sottopostogli contenesse una serie di domande volte ad accertare l'idoneità del donatore riguardo alla sussistenza del rischio di trasmissione di malattie. Una procedura, a suo parere, assolutamente giustificata e legittima, laddove il fine precipuo di tali indagini fosse quello di verificare la qualità del sangue e non, diversamente, operare l'esclusione sulla base di un mero pregiudizio.

La presunzione che il rapporto sessuale omosessuale sia *ex se* un rapporto a rischio è priva di qualsiasi fondamento scientifico, non esistendo alcuna differenza tra una relazione omosessuale tra individui sani e una eterosessuale, in termini di rischio di trasmissione di malattie infettive. A questo proposito, il ricorrente aveva prodotto i risultati delle statistiche italiane sui casi di AIDS, dalle quali si desumeva come la percentuale di omosessuali colpiti dalla sindrome fosse in forte calo già da tempo, mentre il tasso di trasmissione di AIDS tra eterosessuali fosse aumentato drasticamente. Il ricorrente aveva, infine, sostenuto che l'esclusione dalla categoria di donatore di sangue avesse ferito la propria dignità personale, poiché gli aveva impedito di sviluppare la propria personalità come donatore, cioè di individuo che potesse rendersi socialmente utile.

Il governo convenuto, aveva sostenuto – a difesa – che l'esclusione, così come prescritta dal decreto ministeriale, non aveva alcuno scopo discriminatorio. Al contrario, la *ratio* di tale decreto e del correlato questionario, sarebbe stata solamente quella di individuare eventuali comportamenti sessuali a rischio. L'esclusione dalla donazione in ragione dell'omosessualità del donatore, che sarebbe potuta apparire *prima facie* discriminatoria, esprimeva esclusivamente l'obiettivo legittimo di tutela della salute pubblica, soprattutto quella del futuro beneficiario del sangue. A conferma di quanto sostenuto, la difesa dello Stato convenuto aveva sottolineato come esistessero cause di esclusione anche nei confronti degli eterosessuali che avessero intrattenuto rapporti sessuali con sconosciuti. Quanto alla presunta violazione dell'articolo 8 della Convenzione, il Governo aveva sottolineato come i dati raccolti negli archivi dei centri per l'emotrasfusione fossero protetti dal segreto professionale e del segreto di ufficio, ai sensi dell'articolo 21 del decreto del Presidente della Repubblica n. 1256 del 24 agosto 1971. Infine, aveva osservato – nella memoria depositata in risposta al ricorso – che il decreto oggetto della doglianza del ricorrente sarebbe stato a breve sostituito da un altro decreto ministeriale, all'interno del quale non vi sarebbe stato più

raccomandazione, la Corte aveva indicato quale disciplina internazionale rilevante anche la Raccomandazione del Consiglio dell'Unione europea del 29 giugno 1998 concernente l'ammissibilità dei donatori di sangue e di plasma e la verifica delle donazioni di sangue nella Comunità europea (98/463/CE). Questa esortava all'esclusione dalla categoria dei donatori di sangue di tutti coloro i quali abbiano tenuto un comportamento sessuale ad alto rischio di trasmissione di malattie infettive.

alcun espresso e acritico riferimento all'omosessualità come automatico fattore di esclusione, in linea con la raccomandazione del Consiglio dell'Unione europea (98/463/CE) del 29 giugno 1998. Invero, venuta meno la distinzione tra omosessuali ed eterosessuali, l'accertamento dell'inidoneità alla donazione sarebbe stato valutato unicamente in virtù dell'aver intrattenuto o meno rapporti sessuali ad alto rischio di trasmissione di malattie infettive, indipendentemente dalla sesso del partner coinvolto.

Una pronuncia sul punto, da parte della Corte sarebbe stata auspicabile nonchè prevedibile nei suoi esiti. In effetti, che la presunzione operata dal governo sugli omosessuali fosse infondata era abbastanza evidente e supportato da tesi scientifiche ormai ben consolidate. Sarebbe stato comunque interessante seguire il ragionamento della Corte sull'interferenza nella vita privata del ricorrente per derivarne l'effetto discriminatorio. Tuttavia, la stessa non è entrata nel merito del ricorso. Infatti, a seguito della sostituzione del decreto ministeriale del 15 gennaio 1991 con quello del 26 gennaio 2001, il ricorrente aveva iniziato a godere della possibilità di donare liberamente il sangue⁴⁰³.

Pertanto, la Corte aveva rilevato che, giacché con l'entrata in vigore della nuova disciplina le autorità italiane avevano eliminato qualsiasi ostacolo legale che impediva al ricorrente di donare il sangue, non vi fosse più alcuna ragione che giustificasse la prosecuzione dell'esame del ricorso, ai sensi dell'articolo 37 lettera c) della Convenzione⁴⁰⁴.

3.3 segue: educazione sessuale nelle scuole

Un altro aspetto interessante legato alla tutela del diritto alla salute è quello che coinvolge un altro diritto fondamentale, il diritto all'istruzione⁴⁰⁵. Nella sfera di operatività del suddetto diritto

⁴⁰³ Peraltro, la Corte ha rilevato che nonostante il ricorrente fosse a conoscenza di come nelle more del procedimento il Governo convenuto stesse operando la modifica della normativa di settore – per renderla conforme alla raccomandazione dell'Unione Europea (98/463/CE) del 29 giugno 1998 – questi non ha preso una posizione su tale modifica legislativa, ma si è limitato a riproporre, quale unico motivo di ricorso, la sussistenza di una interferenza di stampo discriminatorio con il proprio diritto al rispetto della vita privata. Conseguentemente, l'oggetto del ricorso che la Corte ha dovuto esaminare è rimasto legato unicamente alla circostanza che l'orientamento sessuale del ricorrente costituisse di per sé una causa di esclusione permanente dalla categoria di donatore di sangue.

⁴⁰⁴ La norma, infatti, dispone – con effetti meramente procedurali – la cancellazione dal ruolo del ricorso in tre ipotesi: nel caso di desistenza del ricorrente, nel caso di risoluzione della controversia e quando vi sia ogni altro motivo che faccia ritenere che la prosecuzione dell'esame non sia giustificata. A parere dei giudici di Strasburgo, il caso concreto rientrava nell'ultima delle ipotesi elencate, poiché il ricorrente – non avendo ritirato il ricorso o modificato i motivi dello stesso – non poteva più vantare un reale interesse alla prosecuzione della controversia (vedi *mutatis mutandis Scherer c. Svizzera*). Infine, la Corte ha accertato che non vi fossero gli estremi per la prosecuzione d'ufficio del ricorso. Invero, la giurisprudenza di Strasburgo sul punto impone che, di fronte alla comunicazione di un accordo o di un fatto risolutivo della controversia, il collegio giudicante debba comunque valutare se la questione sottoposta alla propria giurisdizione coinvolga una questione di principio, la cui portata vada oltre l'interesse del caso di specie (cfr. *Trome c. Spagna; Guzzardi c. Italia; Tyrer c. Regno Unito*). Non avendo individuato alcun interesse generale alla prosecuzione della controversia, la Corte ha pertanto deciso a maggioranza per la cancellazione del ricorso dal ruolo, ai sensi dell'articolo 37 paragrafo 1 lettera c) della Convenzione.

⁴⁰⁵ Il diritto all'istruzione si trova sancito nei più importanti testi di tutela dei diritti fondamentali, in particolare: art. 26 Universal Declaration of Human Rights; art. 5 (e)(v) International Convention in the Elimination of all forms of Racial Discrimination; art. 13 International Covenant on Economic Social and Cultural Rights; art. 10 Convention on the Elimination of Discrimination Against Women; art. 28 Convention on the rights of the Child; art. 2 Prot. 1 European Convention on Human Rights; art. 17 African Charter; art. 49 Charter of the OAS. I problemi legati al diritto all'istruzione non si limitano certo a quest'aspetto, tuttavia l'unica pronuncia che si registra in merito riguarda proprio l'educazione sessuale nelle scuole. Dai lavori delle agenzie specializzate emerge che alcune autorità scolastiche discriminano attivamente i giovani alunni a causa del loro orientamento sessuale o della loro espressione di genere, o attraverso il diniego all'ammissione o attraverso l'espulsione. A proposito si veda il

rientra, infatti, anche il diritto a ricevere informazioni complete, accurate e appropriate all'età circa la sessualità, affinché i giovani abbiano accesso alle informazioni necessarie a vivere in maniera salutare, prendere decisioni consapevoli e proteggersi dal contagio delle malattie sessualmente trasmissibili.

L'educazione sessuale gioca un ruolo fondamentale, oltre che rispetto alla tutela della salute, anche in ordine al riprodursi dei pregiudizi sociali nei confronti di determinate categorie di soggetti. Un'adeguata informazione permette ai giovani di liberarsi dei preconcetti e di vivere in maniera serena anche la propria sessualità. Una serenità che diventa funzionale alla tutela della propria salute e di quella degli altri laddove permette di assumere scelte consapevoli nell'intraprendere determinate attività sessuali.

Lo *Special Rapporteur* sul diritto all'istruzione ha sottolineato che «in order to be comprehensive, sexual education must pay special attention to diversity, since everyone has the right to deal with his or her own sexuality»⁴⁰⁶. Proprio l'attenzione alla diversità nell'educazione sessuale è stata l'oggetto di un ricorso dell'*International Centre for the Legal Protection of Human Rights* contro il governo croato per violazione del diritto alla salute, così come garantito dalla Carta sociale europea⁴⁰⁷. Il Comitato europeo dei diritti sociali ha dovuto esaminare la fondatezza degli addebiti rivolti dall'organizzazione nei confronti del governo croato per l'insufficienza e la natura discriminatoria dei programmi scolastici croati in materia di educazione sessuale. La struttura e il contenuto di tali programmi avrebbe causato la violazione dell'art. 11 della Carta, che impone la tutela del diritto alla salute⁴⁰⁸, e della generale clausola di non discriminazione di cui al Preambolo della stessa Carta⁴⁰⁹.

report Economic and Social Council, «Girl's Right to Education, Report of the Special Rapporteur on the Right to Education,» UN Doc. E/CN.4/2006/45 (8 febbraio 2006). Nel più completo documento del Consiglio per i Diritti Umani si legge a proposito delle difficoltà nella tutela del diritto all'istruzione delle minoranze LGBTI che «LGBT youth frequently experience violence and harassment, including bullying, in school from classmates and teachers. Confronting this kind of prejudice and intimidation requires concerted efforts from school and education authorities and integration of principles of non-discrimination and diversity in school curricula and discourse. The media also have a role to play by eliminating negative stereotyping of LGBT people, including in television programmes popular among young people. The Human Rights Committee, the Committee on Economic, Social and Cultural Rights and the Committee on the Rights of the Child have expressed concern about homophobic discrimination in schools, and called for measures to counter homophobic and transphobic attitudes. According to UNESCO, "it is often in the primary school playground that boys deemed by others to be too effeminate or young girls seen as tomboys endure teasing and sometimes the first blows linked to their appearance and behaviour, perceived as failing to fit in with the heteronormative gender identity." Isolation and stigma generate depression and other health problems and contribute to truancy, absenteeism, children being forced out of school and, in extreme cases, attempted or actual suicide. A survey in the United Kingdom found that almost 65 per cent of lesbian, gay and bisexual youth had been bullied in schools because of their sexual orientation and more than a quarter had been physically abused.113 These findings are mirrored by results of studies carried out in other countries.» cfr. Human Rights Council, *Discriminatory laws and practices and acts of violence against individuals based on their sexual orientation and gender identity*, A/HRC/19/41 (Report of the United Nations High Commissioner for Human Rights, 2011) par. 58-60.

⁴⁰⁶ UN General Assembly, «Report of the United Nations Special Rapporteur on the right to education,» UN Doc. A/65/162 (23 luglio 2010) par. 23.

⁴⁰⁷ *International Centre for the Legal Protection of Human Rights (INTERIGHTS) v. Croatia*, n. 45/2007 (European Committee of Social Rights, 30 marzo 2009).

⁴⁰⁸ L'articolo 11 recita: Everyone has the right to benefit from any measures enabling him to enjoy the highest possible standard of health attainable. With a view to ensuring the effective exercise of the right to protection of health, the Contracting Parties undertake, either directly or in co-operation with public or private organisations, to take appropriate measures designed *inter alia*: (...) 2 to provide advisory and educational facilities for the promotion of health and the encouragement of individual responsibility in matters of health; (...)"

⁴⁰⁹ Il preambolo recita: (...) Considering that the enjoyment of social rights should be secured without discrimination on grounds of race, colour, sex, religion, political opinion, national extraction or social origin (...)

In particolare, quanto all'organizzazione curriculare, la NGO lamentava che l'insegnamento dell'educazione sessuale fosse disorganico perchè inserito in diverse materie, a scapito così dell'intelligibilità degli argomenti da parte degli alunni. Quanto, invece, al contenuto dei programmi, veniva rilevato come fosse «scientifically inaccurate, gender stereotyped or outright discriminatory on grounds of sexuality and/or family status»⁴¹⁰. A parere dell'organizzazione ricorrente, l'influenza della religione cattolica – assolutamente evidente e ammessa anche dallo Stato convenuto – avrebbe condizionato eccessivamente il contenuto dei programmi, giacchè «in the Biology course where heterosexual relationships are presented as the “normal” form of relationship, implying that any other form of relationship is abnormal. Homosexuality is stigmatized as a result of incorrect sexual development, homosexual relations are presented as “the main culprit for increased spreading of sexually transmitted diseases (e.g. AIDS)” and homosexuals are characterised as a “promiscuous group” having sexual contacts with numerous partners»⁴¹¹. L'inadeguatezza dei programmi scolastici e l'impreparazione dei docenti su questi temi avrebbero prodotto, così, due effetti immediati: da un lato, avrebbero creato il sostrato culturale per il riprodursi di pregiudizi culturali nei confronti delle minoranze sessuali; dall'altro, avrebbe inciso direttamente sull'incremento della diffusione delle malattie sessualmente trasmissibili tra i giovani croati.

Il Comitato, nell'affrontare il caso, ha intanto chiarito che dall'articolo 11 della Carta discende l'obbligo positivo di adottare misure concrete per attuare una politica di diffusione dell'istruzione pubblica diretta ad affrontare anche i temi intimamente legati alla sessualità. Infatti, «the Committee understands sexual and reproductive health education as a process aimed at developing the capacity of children and young people to understand their sexuality in its biological, psychological, socio-cultural and reproductive dimensions which will enable them to make responsible decisions with regard to sexual and reproductive health behaviour»⁴¹².

Dalla centralità del tema non possono però derivare obbligazioni quali quella di inserire le nozioni di educazione sessuale all'interno di un'unica materia oppure di imporre un numero di ore minimo da dedicare alla materia. Queste scelte di ordine meramente pratico, a parere del Comitato, rientrerebbero nel margine di apprezzamento dello Stato e pertanto sfuggirebbero dal sindacato dello collegio giudicante. Il Comitato – rigettate le prime doglianze di INTERIGHTS sulla struttura e sull'organizzazione dei corsi – è passato, così, ad esaminare il contenuto dei programmi curricolari per vagliarne la rispondenza con i principi della Carta, tenuto conto del margine di

⁴¹⁰ *International Centre for the Legal Protection of Human Rights (INTERIGHTS) v. Croatia*, n. 45/2007 (European Committee of Social Rights, 30 marzo 2009) par. 27.

⁴¹¹ *Sent. cit.* par. 28.

⁴¹² *Sent. cit.* par. 48.

apprezzamento derivante dalla specificità del contesto culturale in cui si inseriva il materiale didattico.

Venne, in questo senso, rilevata la presenza di specifici elementi di stampo chiaramente discriminatorio, rivolti a stigmatizzare l'omosessualità, in virtù di stereotipi distorti e degradanti sulla condotta di tutti gli individui omosessuali. Tale circostanza, peraltro non contestata dallo Stato convenuto, dimostrava che il governo croato avesse fallito nell'adempiere all'obbligo positivo di «ensure the effective exercise of the right to protection of health by means of non-discriminatory sexual and reproductive health education which does not perpetuate or reinforce social exclusion and the denial of human dignity»⁴¹³. Pertanto, il Comitato ritenne che lo Stato, nel permettere che l'educazione sessuale diventasse uno strumento per aggravare il fenomeno dell'esclusione sociale, avesse fallito nel rispetto del divieto di discriminazione nel fornire questo tipo di educazione sessuale, prodromica alla tutela del diritto alla salute *tout court*.

È bene notare, quindi, che lo strumento del divieto di discriminazione, anche in questo caso, è servito ad uno degli organi del Consiglio d'Europa a garantire la tutela delle minoranze sessuali.

3.4 Riassegnazione chirurgica del sesso

Come sopra rassegnato, tra i diversi sono i nodi giuridici legati alle questioni di identità di genere, i più rilevanti sono sicuramente quello del pieno riconoscimento della nuova identità di genere conseguente all'intervento chirurgico di cambiamento di sesso e quello dell'esistenza di un diritto di accesso all'operazione stessa. Spesso i due aspetti si sovrappongono, rendendo così difficile una trattazione completamente separata dei due argomenti. Accade non di rado che ai problemi nati dalla difficoltà di ottenere la copertura delle spese mediche per la riassegnazione chirurgica, si associno quelli successivi di riconoscimento della nuova condizione.

Ad essersi occupata dei temi legati all'identità di genere è soprattutto la Corte EDU, che offre un'ampia e variegata giurisprudenza in merito. Giova premettere che, nonostante le difficoltà sistematiche suddette, si cercherà di operare una macro distinzione tra diritto di accesso all'operazione di riassegnazione e riconoscimento legale dell'identità di genere. Rispetto al primo argomento non si registrano ad oggi pronunce che si siano occupate espressamente del tema.

⁴¹³ *Sent. cit.* par. 61. Richiamando la giurisprudenza della Corte EDU, il Comitato insiste «in the field of the right to education, the public authorities have a duty which “is broad in its extent as it applies not only to the content of education and the manner of its provision but also to the performance of all the ‘functions’ assumed by the State. [...] In addition to a primarily negative undertaking, it implies some positive obligation on the part of the State” (see Case of Folgerø and Others v. Norway, Judgment of 29 June 2007, § 84). In the context of the right to protection of health through the provision of sexual and reproductive health education as set out in Article 11§2, this positive obligation extends to ensuring that educational materials do not reinforce demeaning stereotypes and perpetuate forms of prejudice which contribute to the social exclusion, embedded discrimination and denial of human dignity often experienced by historically marginalised groups such as persons of non-heterosexual orientation. The reproduction of such state-sanctioned material in educational materials not alone has a discriminatory and demeaning impact upon persons of non-heterosexual orientation throughout Croatian society, but also presents a distorted picture of human sexuality to the children exposed to this material.» par. 61.

Tuttavia, vi sono riconducibili tutte quelle pronunce che hanno affrontato il problema della copertura statale o assicurativa delle spese mediche derivanti dall'operazione. Per tali ragioni di ordine espositivo, quest'argomento verrà affrontato successivamente nel paragrafo dedicato alla copertura delle spese mediche.

Quanto invece al problema del riconoscimento giuridico dell'identità di genere assunta dopo la riassegnazione chirurgica, la giurisprudenza della Corte si è molto evoluta sulla sussistenza di un relativo obbligo positivo in capo agli Stati membri. Inizialmente, la Corte aveva ritenuto che il diniego delle autorità di governo alla rettifica dei documenti anagrafici, *sub species* atto di nascita, alla luce del nuovo genere assunto a seguito dell'operazione non costituisca una violazione della Convenzione⁴¹⁴. A parere dei giudici di Strasburgo, nonostante tale diniego costituisca un'interferenza con il diritto al rispetto della vita privata, non sarebbe stato possibile derivare dall'articolo 8 un obbligo positivo di tal sorta. Invero, la particolare ampiezza del margine di apprezzamento riconosciuto in questa materia e l'assenza di un consenso europeo – sia scientifico che giuridico⁴¹⁵ – sul punto avrebbero impedito di imporre allo Stato convenuto una condotta diversa da quella tenuta nel caso di specie.

Il *revirement* della Corte si ebbe con il bene noto caso *Christine Goodwin*⁴¹⁶. La ricorrente, transessuale riassegnata chirurgicamente dal sesso maschile a quello femminile, aveva chiesto alle autorità britanniche la rettifica di attribuzione di sesso nel registro delle nascite, ma la richiesta era stata disattesa. La stessa aveva pertanto sollevato la questione innanzi la Corte EDU, sostenendo che il mancato riconoscimento giuridico della nuova identità di genere incidesse pregiudizialmente sulla propria vita privata⁴¹⁷. Gli effetti pregiudizievoli del mancato riconoscimento si manifestavano ad esempio nel rapporto di lavoro, laddove la ricorrente doveva continuare a versare i contributi secondo il trattamento pensionistico previsto per gli uomini. Più in generale, la tensione e lo squilibrio emotivo provocati dalla divergenza tra il ruolo ricoperto nella società e la condizione imposta dall'ordinamento giuridico, che di contro rifiuta di riconoscerne l'identità, avrebbero

⁴¹⁴ *Rees v. United Kingdom*, n. 9532/81 (ECtHR, 17 ottobre 1986); *Cossey v. United Kingdom*, n. 10843/84 (ECtHR, 27 settembre 1990).

⁴¹⁵ «In the view of the Court, the applicants have not shown that...there have been any findings in the area of medical science which settle conclusively the doubts concerning the causes of the condition of transsexualism. While Professor Gooren's research into the role of the brain in conditioning transsexualism may be seen as an important contribution to the debate in this area (see paragraph 43 above), it cannot be said that his views enjoy the universal support of the medico-scientific profession... As to legal developments in this area, the Court has examined the comparative study which has been submitted by Liberty (see paragraph 35 above). However, the Court is not fully satisfied that the legislative trends outlined by amicus suffice to establish the existence of any common European approach to the problems created by the recognition in law of post-operative gender status. In particular, the survey does not indicate that there is as yet any common approach as to how to address the repercussions which the legal recognition of a change of sex may entail for other areas of law such as marriage, filiation, privacy or data protection, or the circumstances in which a transsexual may be compelled by law to reveal his or her pre-operative gender» in *Sheffield and Horsham v. United Kingdom*, n. 22985/93; 23390/94 (ECtHR, 30 luglio 1998) par. 56 e 57.

⁴¹⁶ *Christine Goodwin v. United Kingdom*, n. 28957/95 (ECtHR, 11 settembre 2002). Si noti che vi era stato un precedente in cui la Corte si era espressa per la violazione dell'articolo 8 per il mancato riconoscimento giuridico della nuova identità sessuale della ricorrente, segnatamente *B. v. France*, n. 13343/87 (ECtHR, 25 marzo 1992). È stato però con il caso Goodwin che la Corte ha trattato, in Grande Camera, il problema in maniera esauriente e per questo viene indicato come la decisione che ha segnato la svolta nella giurisprudenza della Corte stessa.

⁴¹⁷ La ricorrente aveva anche sollevato la violazione dell'articolo 12, giacché il mancato riconoscimento della nuova identità di genere le avrebbe impedito di contrarre matrimonio con il proprio compagno. Di quest'aspetto si parlerà nel prossimo capitolo dedicato all'aspetto relazione della sessualità non convenzionale.

costituito una violenta ingerenza nella propria vita privata sotto forma di sensazioni di vulnerabilità, umiliazione e angoscia.

La Corte ritenne irrilevanti sia le considerazioni relative ai progressi medico scientifici, che ancora non permettevano di individuare cosa causasse la disfunzione di genere, sia le evoluzioni giuridiche. Infatti, in quel momento, nonostante stessero emergendo disposizioni di senso favorevole nei vari Stati membri, non poteva ancora dirsi raggiunto un consenso europeo relativamente agli strumenti di riconoscimento dell'identità di genere susseguente al cambiamento di sesso. Eppure, la stessa ritenne gravante sugli Stati quell'obbligo positivo al riconoscimento del nuovo genere – attraverso la modifica di ogni documento che riportasse le indicazioni di genere dell'interessato – che aveva disconosciuto in passato. Tale nuovo orientamento giurisprudenziale era il risultato atteso di una progressiva evoluzione del concetto di sessualità e della sua rilevanza giuridica in seno alla Convenzione. Il percorso di riconoscimento dei diritti spettanti alle minoranze sessuali aveva nel frattempo permesso alla Corte di riconoscere la sussistenza di un diritto di ciascun individuo di decidere i particolari della propria identità di essere umano⁴¹⁸. In questo senso, affermava che la facoltà per i transessuali di godere pienamente, al pari dei loro concittadini, del diritto allo sviluppo personale e all'integrità fisica e morale, che pertanto non poteva essere più considerata una questione controversa. A tali individui doveva, quindi, essere riconosciuta la possibilità di uscire da quell'anomalia giuridica e sociale in base alla quale gli stessi non appartenevano più né a un sesso né all'altro⁴¹⁹. Proprio in ragione dell'importanza rivestita dal riconoscimento della propria identità sessuale, la Corte ritenne che lo Stato convenuto non potesse più invocare a proprio favore il margine di apprezzamento, che piuttosto poteva rilevare sono per le modalità attraverso le quali condurre il riconoscimento. Infatti, la Corte concluse che «Since there are no significant factors of public interest to weigh against the interest of this individual applicant in obtaining legal recognition of her gender reassignment, it reaches the conclusion that the fair balance that is inherent in the Convention now tilts decisively in favour of the applicant. There has, accordingly, been a failure to respect her right to private life in breach of Article 8 of the Convention»⁴²⁰.

Si noti viepiù che la Corte ha anche fatto leva sul principio di offensività. A differenza di altre pronunce, come alcune tra quelle precedentemente esaminate, la Corte non ha sottolineato l'aspetto discriminatorio di tale prassi, per poi censurarla. L'elemento fondamentale, a tal fine,

⁴¹⁸ Soprattutto nella decisione *Pretty v. United Kingdom*, n. 2346/02 (ECtHR, 29 aprile 2002).

⁴¹⁹ Cfr. *Christine Goodwin cit.* par. 90. A ciò si aggiunga, peraltro, che la Corte rilevò l'incoerenza interna dell'ordinamento giuridico britannico. Quando uno Stato autorizzi il trattamento e l'intervento chirurgico volti a rendere più sopportabile la situazione di una persona transessuale, sovvenzioni totalmente o parzialmente gli interventi e giunga fino a consentire l'inseminazione artificiale di una donna che viva con un transessuale, allora il rifiuto di riconoscere le implicazioni giuridiche del risultato al quale il trattamento conduce appariva a parere della Corte assolutamente illogico (si veda par. 78).

⁴²⁰ *Sent. cit.* par. 93.

sarebbe invece stato quello dell'assenza di danni sociali derivanti dal riconoscimento del diritto in oggetto. In questo senso la Corte ha affermato: «[n]o concrete or substantial hardship or detriment to the public interest has indeed been demonstrated as likely to flow from any change to the status of transsexuals...»⁴²¹.

La Corte però si è spinta oltre l'affermazione di un obbligo positivo del riconoscimento giuridico del cambiamento di sesso, ritenendo sussistente la violazione dell'articolo 8 anche a causa dall'assenza di una qualsivoglia disciplina giuridica concernente la possibilità di riassegnazione chirurgica del sesso all'interno dell'ordinamento giuridico dello Stato convenuto⁴²². Proprio per la rilevanza assunta da questa decisione, in termini di estensione del novero degli obblighi positivi derivanti dall'interpretazione dell'articolo 8, vale la pena di esaminare la decisione in oggetto.

Il ricorrente, registrato all'atto di nascita come donna, aveva acquisito molto presto la piena consapevolezza della discordanza tra la propria identità sessuale fisica e la condizione psicologica dell'identità di genere, ritenendo il proprio genere d'elezione quello maschile e non femminile. Forte di tale consapevolezza, chiese un consulto chirurgico per l'operazione completa di inversione del sesso, cosiddetto FtM (*Female to Male*), a seguito del quale gli venne consigliato di rivolgersi ad uno psichiatra per valutare la sussistenza della necessità dell'operazione. Ottenuto l'esito della visita psichiatrica – che riconosceva e diagnosticava un “disturbo dell'identità di genere” – il ricorrente fu registrato, all'Ospedale Universitario di Vilnius, nel fascicolo medico con un nome maschile e gli venne prescritta la terapia ormonale sostitutiva, in vista di una eventuale operazione di riassegnazione.

Iniziata la terapia, il ricorrente decise di scrivere – usando il nome femminile di registrazione all'atto di nascita – agli uffici del Ministero della Salute, così da ottenere tutte le informazioni circa gli adempimenti burocratici necessari per procedere al futuro intervento. Gli venne comunicato, in risposta, che era stato costituito un gruppo di lavoro di esperti, che si sarebbe occupato per l'occasione del problema dell'intervento di riassegnazione del sesso, e che sarebbe stato al più presto informato circa l'esito di tali lavori. Nessuna ulteriore comunicazione fece, tuttavia, seguito alla prima missiva del Ministero.

In ragione di tale incertezza rispetto alla disciplina giuridica da applicarsi al caso concreto, l'endocrinologo, che seguiva il ricorrente per la procedura di riassegnazione presso l'Ospedale di Vilnius, decise di sospendere la procedura che avrebbe portato all'intervento. Quello stesso anno, il ricorrente cercò invano di ottenere la modifica, in tutti i documenti ufficiali, del proprio nome originario femminile in quello maschile che rifletteva la propria identità sessuale. D'accordo con il

⁴²¹ *Sent. cit.* par. 91

⁴²² *L. v. Lithuania*, n. 27527/03 (ECtHR, 31 marzo 2008).

parere dei medici e in ragione del rinvio dell'intervento di riassegnazione a causa della perdurante incertezza giuridica sul tema, il ricorrente si sottopose ad un intervento di riassegnazione parziale, ovvero di rimozione del seno. Con l'aiuto, poi, di un parlamentare lituano riuscì a modificare la propria identità sia nel certificato di nascita che nel passaporto, modificando il proprio nome con uno di origine slava. In questo modo, infatti, non sarebbe stato possibile derivare dal nome il sesso, cosa impossibile con i nomi di origine lituana che sono sempre rivelatori del genere. Tuttavia, la possibilità di comprendere l'identità sessuale originaria non fu completamente superata, a causa del regime dei codici personali (*asmens kodas*). Ai sensi del *Residents' Register Act*, ad ogni cittadino lituano è assegnata una serie numerica che appare in tutti i documenti ufficiali e attraverso la quale è possibile ottenere immediatamente delle informazioni personali. In particolare, il primo numero del codice indica il sesso di ogni individuo, presentando un tre quando si tratti di uomini e un quattro nel caso delle donne.

La conseguenza fu che, nonostante la modifica del nome, attraverso la lettura del codice personale l'identità sessuale originaria veniva comunque rivelata. Il ricorrente rimaneva, a tutti gli effetti, una donna in virtù delle disposizioni normative vigenti nel proprio Stato d'origine. Descritto brevemente il contesto giuridico nazionale entro cui si inserisce la vicenda⁴²³, rigettata l'obiezione preliminare del governo circa il mancato esaurimento dei rimedi interni⁴²⁴ e rigettata la doglianza del ricorrente circa la presunta violazione del divieto di tortura⁴²⁵, la Corte si è occupata della

⁴²³ In particolare, fino all'adozione del nuovo Codice Civile, avvenuta il 18 luglio 2000, non vi era alcuna previsione normativa nel sistema lituano che si occupasse di disciplinare la riassegnazione chirurgica del sesso. Con l'entrata in vigore del nuovo codice, invece, è stato inserito l'articolo 2.27 che riconosce ad ogni adulto non sposato il diritto al cambiamento di sesso (*pakaeisti lyti*), quando clinicamente possibile e alle condizioni statuite per legge. Il 27 dicembre 2000, il governo ha adottato un decreto per specificare come fosse necessario elaborare specifici strumenti normativi per implementare le novelle codicistiche, menzionando espressamente la necessità di uno strumento normativo che chiarisse la portata e i limiti del nuovo diritto riconosciuto dal Codice Civile, ovvero un *Gender-Riassignment Bill*. Inoltre, a seguito di questa innovazione, è stata modificata la disciplina legata all'identificazione di genere nei documenti ufficiali. Dal 2001, infatti, è possibile modificare i documenti dello stato civile a seguito di un trattamento di riassegnazione del sesso e, inoltre, il *Passport Act* del 2003 prevede espressamente la possibilità di modificare i dati del passaporto nelle medesime circostanze. Nei primi mesi del 2003, un gruppo di lavoro costituito per conto del Ministero della Salute ha elaborato, sulla scorta di quanto previsto dal decreto governativo, la bozza di regolamentazione della procedura di riassegnazione del sesso, la cui discussione era stata inizialmente programmata per la sessione plenaria del Parlamento lituano del 12 giugno 2003. Ciononostante, dopo un primo rinvio, la discussione del testo venne completamente eliminata dall'agenda dei lavori parlamentari. Ciò, peraltro, avveniva negli stessi giorni in cui il Primo Ministro lituano, dopo un incontro con il capo della Chiesa Cattolica Lituana, aveva espresso la personale convinzione che la società lituana non fosse ancora pronta per affrontare temi di tal sorta e che non sarebbe stato corretto importare frettolosamente da altri Paesi principi che non fossero propri di quella società. In ultimo, la Corte ha rilevato come, l'8 agosto del 2006, la Corte Costituzionale lituana avesse statuito che le Corti inferiori fossero autorizzate a colmare la lacuna legislativa, laddove questo fosse necessario per tutelare, *inter alia*, i diritti e le libertà degli individui.

⁴²⁴ Il governo aveva lamentato come il ricorrente, a fronte dell'inattività del Ministero e del rifiuto dei medici di proseguire ufficialmente con la procedura di riassegnazione, non avesse mai adito l'autorità giudiziaria, impedendo così, di fatto, alle Corti interne di esercitare la possibilità – ammessa dalla stessa Corte Costituzionale – di colmare il vuoto legislativo e approntare una effettiva tutela dei diritti del singolo. La Corte aveva respinto l'eccezione, ritenendo di non poter riconoscere in tale rimedio interno le caratteristiche della disponibilità e della sufficienza, in teoria così come nella pratica (*Mifsud c. Francia, Stoeterij Zangersheide N.V. c. Belgio*). Infatti, non soltanto al tempo in cui era stato presentato il ricorso non vi era alcuna giurisprudenza formata in merito al problema, ma peraltro la decisione della Corte Costituzionale, cui il governo si riferisce, era stata resa soltanto nel 2006, quindi molto tempo dopo l'iscrizione a ruolo del ricorso in oggetto.

⁴²⁵ In proposito, il ricorrente aveva sostenuto che, a causa della protratta impossibilità di completare il percorso di riassegnazione del sesso, aveva sofferto a lungo di un senso di inadeguatezza rispetto al proprio corpo, che lo aveva gettato in uno stato di profonda frustrazione. A ciò si associavano l'imbarazzo, l'ansia, la paura e la continua umiliazione che doveva affrontare quotidianamente, a causa dalla possibilità di essere riconosciuto come donna attraverso l'uso dei più comuni documenti. Tale circostanza, peraltro, lo aveva condotto a mantenere un profilo basso e a vivere in un ambiente poco trasparente, proprio per evitare situazioni di questo tipo. Il ricorrente aveva vissuto, quindi, a lungo in uno stato d'animo che egli stesso ha definito di permanente depressione associato a tendenze suicide. A parere di quest'ultimo, di ciò sarebbe stato responsabile il governo dello Stato convenuto con la sua inattività. Infatti, in seguito all'entrata in vigore del nuovo Codice Civile e vistosi riconosciuto il diritto al cambiamento di sesso, il ricorrente ha iniziato a nutrire ragionevoli speranze di completare il procedimento di riassegnazione. Tuttavia, in attesa di una legge che ne regolasse praticamente le condizioni, improvvisamente e senza alcuna spiegazione ragionevole le proprie speranze si erano dissolte in conseguenza della eliminazione della discussione del progetto di legge dall'agenda dei lavori parlamentari. Il governo, opponendosi a questa interpretazione, aveva chiarito prima di tutto come né la Convenzione in generale né l'articolo 3 in particolare imponessero allo Stato l'obbligo di provvedere attraverso il

supposta violazione dell'articolo 8 della Convenzione. L'interferenza illegittima con la vita privata del ricorrente si sarebbe manifestata nel fatto che lo Stato convenuto non gli avrebbe garantito la possibilità di completare l'intervento di riassegnazione del sesso e di ottenere un pieno riconoscimento dello *status* post trattamento chirurgico, all'interno di un quadro giuridico chiaro e completo⁴²⁶.

La Corte aveva in primo luogo ricordato come, nella giurisprudenza legata alla materia, fossero stati ormai pienamente riconosciuti l'importanza e il valore dell'obbligo positivo gravante sugli Stati contraenti di assicurare il pieno godimento del diritto al rispetto della vita privata, soprattutto in relazione agli aspetti più intimi della stessa, quali quelli legati all'orientamento sessuale e all'identità di genere. Invero, nonostante fosse indubbiamente riconosciuto agli Stati un margine di apprezzamento rispetto a tali materie, la Corte aveva più volte affermato come lo Stato sotto l'egida dell'articolo 8 della Convenzione fosse sottoposto all'assolvimento dell'obbligo positivo di predisporre una disciplina giuridica adeguata che riconoscesse pienamente lo *status* di chi avesse effettuato un intervento di riassegnazione del sesso.

Tuttavia, la Corte aveva rilevato come il caso concreto coinvolgesse un aspetto differente della questione, infatti, la legislazione lituana non solo riconosceva il diritto al cambiamento di sesso, ma anche il successivo riconoscimento nei documenti dello stato civile. Quello che mancava era una normativa che regolasse le condizioni e i limiti per l'effettiva riassegnazione chirurgica del sesso. Ne consegue che, il ricorrente si era trovato in una posizione intermedia di transessualismo con una riassegnazione chirurgica parziale, tale che all'esterno l'apparenza era quella di un uomo, ma nei documenti dello stato civile questi veniva individuato come una donna, nonostante il cambiamento del nome. Il cambiamento del codice di identificazione personale, in effetti, non

sistema sanitario nazionale all'intervento di riassegnazione del sesso, anche perché questo trattamento non è sempre e necessariamente l'unico possibile per curare i disordini di percezione della propria sessualità, essendo sufficienti a volte terapie ormonali o interventi estetici. Inoltre, il governo aveva sottolineato come, seppur un transessuale affronti consistenti difficoltà nella propria vita quotidiana, queste non possono ritenersi inflitte intenzionalmente dallo Stato, così come invece richiede l'articolo 3. Al contrario, lo Stato aveva cercato di agevolare il percorso del ricorrente, permettendogli il cambiamento del nome nei documenti ufficiali e assolvendo i propri obblighi positivi ai sensi dell'articolo 3, fornendo in particolare la necessaria assistenza sanitaria, chirurgica e psichiatrica. La Corte, in proposito, non ha riconosciuto gli estremi della violazione dell'articolo 3. Nonostante, il ricorrente abbia indubbiamente sofferto per lo stato di stress e frustrazione derivante dall'assenza di una disciplina che regolasse la riassegnazione del sesso, questo tipo di sofferenze non raggiungono il limite di gravità e non presentano le caratteristiche necessarie per integrare quello che, nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo, è indicato come trattamento degradante.

⁴²⁶ Nonostante un diritto di tal sorta fosse stato riconosciuto dal nuovo codice civile, il governo non aveva prodotto – al momento di presentazione del ricorso – gli atti normativi necessari per rendere effettivo il godimento di tale diritto, attraverso una disciplina diretta della materia. Infatti, seppure questi fosse riuscito ad ottenere la modifica ufficiale del nome, la legge non permetteva il cambiamento del codice personale di riconoscimento prima che l'intervento di cambiamento del sesso avesse avuto luogo. In questo modo, il ricorrente ha subito l'ostracismo giuridico e sociale nel non vedere riconosciuto l'aspetto maschile nei documenti e continuando a dover essere identificato come una donna. Inoltre, il ricorrente ha rilevato come non potesse ritenersi sussistente alcun tipo di interesse pubblico nel non vedergli riconosciuto medicalmente lo stato di transessuale e nell'impedire il completamento del cambio di sesso. In ogni caso, quandanche un interesse di tal sorta fosse stato individuato, il ricorrente aveva classificato la misura governativa di disconoscimento del suo status sproporzionata rispetto al fine legittimo perseguito. Il governo si era, invece, difeso facendo appello all'ampio margine di apprezzamento che avrebbe dovuto essere garantito agli Stati contraenti nel regolare una materia così delicata, per l'intima connessione che presenterebbe con la peculiare sensibilità religiosa e culturale di una data società. A proposito della mancanza strutturale di una regolamentazione giuridica della materia, così come lamentata dal ricorrente, lo Stato convenuto aveva obiettato che il trattamento medico garantito ai transessuali in Lituania fosse in armonia con l'obbligazione positiva di garantire il rispetto della vita privata, in quanto permetteva comunque che potessero essere modificati i documenti personali immediatamente dopo che fosse avvenuta l'operazione. Quanto alla condizione di chi non avesse ancora eseguito il cambiamento, il governo riteneva che il mancato riconoscimento nei dati personali di questa circostanza fosse giustificato dalla tutela del pubblico interesse alla certezza nelle situazioni giuridiche concernenti il sesso degli individui. Rispetto al caso concreto, poi, la difesa dello Stato convenuto aveva rilevato come il ricorrente non avesse fornito comunque la prova della necessità dell'intervento chirurgico.

potrebbe essere effettuato, creandogli delle imponenti difficoltà nella sua vita privata, così come nel mondo del lavoro e rendendogli impossibile vivere serenamente il proprio riconoscimento di genere nella scelta elettiva. L'assenza di un preciso interesse pubblico al mantenimento del suddetto *status quo* ha, così, indotto la Corte a ritenere sussistente la violazione del diritto al rispetto della vita privata del ricorrente⁴²⁷.

È da rilevare che, per quanto il ricorrente avesse lamentato che le lacune normative integrassero un atteggiamento discriminatorio delle autorità lituane nei confronti dei transessuali, la Corte ritenne di non dover esaminare anche la violazione dell'articolo 14, giacché assorbito dalla violazione dell'articolo 8 della Convenzione.

3.4 segue: rimborso spese mediche affrontate per l'operazione di riassegnazione del sesso

Un altro aspetto legato alla possibile configurazione di un diritto di accesso alla procedura di riassegnazione chirurgica del sesso è quello legato al rimborso delle spese mediche correlate all'operazione. All'interno di alcuni ordinamenti, in considerazione dell'esosità delle spese da affrontare per un'operazione di tal sorta, è lo Stato che – nel complesso del sistema di sanità pubblica – si accolla le spese, giacché la riassegnazione si attinge a trattamento necessario per la cura della disfunzione di genere. Non sempre però lo Stato o le assicurazioni coprono le spese per le operazioni di riassegnazione o per i trattamenti ormonali, poiché si assume che non possa parlarsi di cure “necessarie”. Come se la non corrispondenza tra sesso biologico e sesso d'elezione costituisca più un capriccio che una condizione di scissione identitaria, suscettibile di essere superata anche attraverso cure mediche.

Le pronunce più interessanti – nonché le uniche a livello sovranazionale – si rinvencono nella giurisprudenza della Corte EDU. Una prima pronuncia degna di nota è il caso *Van Kuck*⁴²⁸, dove i giudici di Strasburgo sono stati chiamati ad analizzare il comportamento delle autorità giurisdizionali tedesche. Queste a loro volta avevano dovuto valutare la legittimità di una richiesta di rimborso dei costi relativi ad una riassegnazione, con particolare riguardo alla nozione di “trattamento medico necessario” e alla possibilità che la stessa transessualità potesse considerarsi autoprovocata a seguito della sottoposizione ad una terapia ormonale e in assenza di una precisa indicazione medica in tal senso.

⁴²⁷ Il ricorrente aveva anche lamentato la violazione del proprio diritto al matrimonio, perché l'impossibilità di completare il procedimento chirurgico di cambiamento di sesso gli aveva impedito di sposarsi e fondare una famiglia con la donna con cui conviveva già da dieci anni. Rispetto a questa doglianza la Corte aveva assunto come valide le ragioni dello Stato convenuto, ritenendo che non potesse riscontrarsi una violazione dell'articolo 12 della Convenzione. La legislazione nazionale, infatti, non impediva ai transessuali di sposarsi o di fondare una famiglia. A parere dei giudici di Strasburgo, il problema rimaneva sempre legato al periodo precedente il completamento dell'operazione e rientrava, quindi, nell'ambito di applicazione dell'articolo 8 della Convenzione. Per tali ragioni, la Corte non aveva ritenuto di dover entrare nel merito del suddetto motivo di ricorso.

⁴²⁸ *Van Kuck v. Germany*, n. 35968/97 (ECtHR, 12 giugno 2003).

La ricorrente, registrata alla nascita come persona di sesso maschile, dopo aver ottenuto una decisione giurisdizionale che – supportata dal parere medico – le aveva permesso di cambiare il proprio nome con uno femminile, aveva convenuto in giudizio la propria compagnia di assicurazione, reclamando il rimborso delle spese farmaceutiche sostenute per l’ormonoterapia e domandando, contestualmente, una sentenza dichiarativa relativamente al dovere della compagnia di provvedere al rimborso delle spese nel caso di un’operazione di cambiamento di sesso. L’esperto psichiatra nominato dal Tribunale, esaminata la ricorrente, ne confermava la transessualità e raccomandava l’intervento al fine di migliorarne la situazione sociale. Pur non negando l’esistenza di terapie alternative e l’assenza di un consenso unanime da parte della scienza medica, riteneva impossibile per molti dei transessuali raggiungere un equilibrio se non dopo l’intervento chirurgico. La conclusione era, pertanto, che la conversione sessuale costituisse la necessaria terapia, inscrivendosi nel quadro del trattamento medico di una malattia. Il Tribunale regionale rigettava le richieste della ricorrente, asserendo che le clausole generali contenute nel contratto d’assicurazione avrebbero impedito di richiedere il rimborso dei trattamenti medici, non potendo né l’intervento né la terapia ormonale essere ricondotti nel novero dei trattamenti medici necessari.

La ricorrente aveva deciso di adire la Corte d’appello di Berlino e nel frattempo si era sottoposta all’operazione per il cambiamento di sesso, dichiarando che le sofferenze patite non le avrebbero permesso di attendere l’esito del giudizio d’appello. Con le stesse motivazioni del Tribunale di primo grado, anche la Corte d’appello respingeva le pretese della ricorrente⁴²⁹.

Tra i diversi motivi di ricorso, il più interessante è sicuramente l’aspetto legato all’art. 8⁴³⁰, ritenuto violato poiché la Corte d’appello – offrendo un’immagine della personalità fondata su fatti

⁴²⁹ La Corte riteneva che, alla luce della prudenza con la quale si era espresso lo stesso esperto non affermando chiaramente la necessità dell’operazione, non potevano ritenersi soddisfatte le condizioni richieste per il rimborso delle spese mediche sostenute. L’assicurazione medica avrebbe, infatti, dovuto rimborsare solo quelle spese necessarie a guarire l’interessato e non semplicemente a migliorarne le condizioni psicologiche e sociali. La Corte riteneva, inoltre, che la ricorrente non potesse invocare il rimborso ai sensi dell’art. 5.1 b) del contratto di assicurazione medica avendo essa stessa provocato la sua malattia come chiaramente dimostrato dalla sua anamnesi. Secondo il parere della Corte, la ricorrente, priva di alcun fattore cromosomico che giustificasse la reclamata identità femminile, aveva vissuto come uomo per gran parte della sua vita. Una carriera militare, abbandonata unicamente in ragione dei maltrattamenti subiti presso l’arma, sembrava escludere il sussistere di tendenze femminili, così come il matrimonio contratto con una donna dalla quale desiderava avere un figlio. Secondo la Corte, il “cambiamento”, come lo aveva definito la stessa ricorrente, era avvenuto il giorno in cui questa si era resa conto di essere sterile dopo aver subito un’operazione non riuscita, notizia a seguito della quale avrebbe intrapreso un trattamento ormonale senza alcun controllo o prescrizione medica.

⁴³⁰ La ricorrente aveva lamentato anche la presunta violazione dell’articolo 6. In particolare, la Corte ha ritenuto che l’autorità giudiziaria non fosse in possesso di sufficienti informazioni o di esperienza in materia medica per poter giudicare correttamente una questione così complessa come quella concernente il fatto che la ricorrente avesse o meno deliberatamente provocato la propria transessualità. Pertanto, la Corte ha ritenuto sussistente una violazione dell’art. 6 stante che il procedimento, considerato nel suo complesso, non aveva soddisfatto le esigenze di equità relativamente al modo in cui i giudici avevano valutato la necessità delle misure volte al cambiamento di sesso. Il governo aveva sostenuto, invece, il carattere equo del processo globalmente considerato e aveva ribadito che l’onere della prova in merito alla necessità del trattamento sanitario gravasse sull’interessata. Tale necessità, dal punto di vista terapeutico, sarebbe stata esclusa dallo stesso esperto autore del rapporto la cui consultazione era stata autorizzata. Secondo il governo, inoltre, gli elementi biografici si sarebbero dimostrati sufficienti a giustificare la conclusione per la quale la transessualità risultava essere deliberatamente autoprovocata. La Corte, ricordata l’impossibilità per la stessa di sostituirsi alle autorità nazionali nell’interpretazione del diritto interno, ha ribadito la propria competenza relativamente alla considerazione che il processo avesse complessivamente rivestito un carattere equo, come richiesto dal primo comma dell’art. 6, che impone l’obbligo a carico del Tribunale di procedere a un esame effettivo dei mezzi, degli argomenti e delle prove offerte dalle parti. Con riferimento alla questione di transessualismo la Corte, richiamando in proposito la sua giurisprudenza (*Rees c. Regno Unito* e *Cossey c. Regno Unito*, *C. Goodwin c. Regno Unito*), ha ricordato che essa ha sempre preso in considerazione l’evoluzione del pensiero scientifico e medico. In merito alla valutazione sull’origine della transessualità della ricorrente, la Corte ha ritenuto di ribadire quanto già sostenuto nella sentenza *Goodwin c. Regno Unito*: tenuto conto dei numerosi e dolorosi interventi necessari ad un’operazione di cambiamento di sesso, nonché della grande determinazione necessaria per sostenerlo, deve escludersi che una decisione in tal senso possa essere considerata arbitraria o capricciosa. Inoltre, la questione dell’origine della transessualità della ricorrente non risultava trattata nella perizia resa da uno dei medici da cui era in cura né da quelle degli altri esperti coinvolti nell’ambito dei precedenti processi, nessuno dei quali – nonostante la richiesta avanzata dall’interessata – la Corte d’appello aveva provveduto a sentire

male interpretati, considerando alcuni eventi della vita privata rivelatori del suo orientamento maschile e trascurando invece gli sforzi fatti per rifiutare il suo sentimento di avere un'identità sessuale differente – sarebbe venuta meno al proprio dovere di rispettare l'identità sessuale e la personalità del ricorrente, ignorandone il relativo sviluppo⁴³¹.

La questione centrale concerneva, quindi, l'applicazione da parte degli organi giurisdizionali tedeschi dei criteri relativi alla presa in carico delle spese mediche in relazione alla richiesta di rimborso dell'operazione per il cambiamento di sesso e le conseguenti ripercussioni delle decisioni giudiziarie assunte sul diritto della ricorrente all'autodeterminazione sessuale, quale aspetto del suo diritto al rispetto della vita privata.

La Corte ha, in primo luogo, ribadito l'ampiezza della nozione di «vita privata» tutelata dall'art. 8, riguardante significativamente l'identità sessuale dell'individuo e, dunque, comprendente lo stato di transessualismo. Il diritto allo sviluppo della personalità e all'integrità fisica dei transessuali, ha sottolineato la Corte, deve pertanto considerarsi garantito dalla Convenzione. Alla luce della recente evoluzione giurisprudenziale, tale protezione deve estendersi oltre i limiti del divieto di ingerenze arbitrarie da parte dei poteri pubblici per estendersi ad obblighi positivi, determinanti l'insorgere in capo alle autorità pubbliche di obblighi di “*facere*”, il cui fondamento può essere rinvenuto nella necessaria “effettività” del rispetto dei diritti garantiti. La distinzione tra obblighi positivi e negativi appare comunque sfumata, tanto da rendere i principi che sovrintendono alla tutela dell'art. 8, valevoli in entrambi i casi. In particolare, si rinviene anche in presenza di obblighi positivi la necessità di pervenire a un corretto bilanciamento tra interesse generale e interesse individuale. Nonostante il margine di apprezzamento riconosciuto agli Stati garantisca a questi ultimi una certa discrezionalità in ragione del continuo e diretto contatto con le forze vitali del Paese, alcuni aspetti particolarmente intimi della vita privata, qual è indubbiamente la libertà di definire la propria appartenenza sessuale, rivestono un'importanza cruciale.

Come già ribadito nell'ambito della sentenza *Goodwin*, più volte richiamata dagli stessi giudici, sembra del tutto sproporzionato esigere dall'interessata la prova del carattere necessario di un intervento chirurgico finalizzato al cambiamento di sesso, tanto con riferimento alle difficoltà a rinvenire un'opinione unanime in seno alla comunità scientifica in merito all'origine del transessualismo, che considerando l'impossibilità di definire come il frutto di una volontà capricciosa o arbitraria la determinazione di procedere a un intervento i cui costi personali e sociali

personalmente. I giudici di Strasburgo hanno ritenuto che la Corte d'appello non fosse in possesso di sufficienti informazioni o di esperienza in materia medica per poter giudicare correttamente una questione così complessa come quella concernente il fatto che la ricorrente avesse o meno deliberatamente provocato la propria transessualità. L'approccio seguito dalla Corte d'appello è apparso completamente inappropriato alla luce dell'assenza di certezza scientifica relativamente alle cause del transessualismo.

⁴³¹ Secondo il governo la Corte d'appello non avrebbe criticato l'identità di genere della ricorrente, ma avrebbe messo in luce alcuni elementi del rapporto degli esperti, alla cui consultazione era stata autorizzata dalla stessa ricorrente, per mostrare come questa avesse deliberatamente provocato la propria transessualità. I giudici d'appello sarebbero stati ad ogni modo obbligati a prendere in considerazione l'evoluzione della personalità della ricorrente in modo da statuire in merito al fondamento della domanda da questa vantata contro la compagnia di assicurazione.

appaiono evidenti. I giudici di Strasburgo hanno poi censurato il comportamento dei Tribunali interni nel contemperamento degli interessi in gioco con riferimento alle modalità dell'indagine da essi compiuta, ritenendo non legittima una valutazione fondata su ipotesi a carattere generale e su una valutazione sommaria dell'anamnesi e delle informazioni biografiche concernenti la ricorrente; specialmente, con riguardo a questioni di straordinaria delicatezza come la statuizione in merito alla possibilità di un transessualismo deliberatamente provocato, tanto sotto il profilo dell'art. 8, che sotto il diverso angolo visuale offerto dall'art. 6 c.1 con riferimento alla complessiva equità del processo.

Alla Corte è parso fondamentale sottolineare che le clausole contrattuali, che escludono dal novero dei trattamenti sanitari rimborsabili le patologie deliberatamente provocate dagli assicurati, trovano la loro ragion d'essere nella necessità di prevenire frodi assicurative e non già nella volontà di escludere tutte le ipotesi nelle quali un comportamento imprudente, ma del tutto privo di intenzionalità, possa essere incluso quale concausa all'origine della situazione patologica⁴³².

Preme sottolineare, infine, che la Corte ha ritenuto, rispetto alla lamentata violazione del divieto di discriminazione, che le doglianze avanzate a tale proposito dalla ricorrente non sollevassero alcuna questione distinta da quelle esaminate.

Nel dibattito apertosi successivamente a tale pronuncia della Corte, si è inserito anche il Parlamento Europeo. L'istituzione europea, in relazione a quegli ordinamenti che prevedono la prova scientifica della necessità dei trattamenti medici del transessualismo, ha espressamente invitato gli Stati Membri a privilegiare l'autodiagnosi, subordinando il riconoscimento soltanto ad una richiesta specifica degli interessati. In questo modo, il panorama sovranazionale si è arricchito di ulteriori voci, attraverso le quali sembra delinearsi un vero e proprio diritto di accesso alla riassegnazione chirurgica del sesso, ovvero di essere messi nelle condizioni di poter ottenere una corrispondenza tra il sesso biologico e di elezione.

A conferma che tra gli obblighi positivi derivanti dal diritto al rispetto della vita privata vi sia quello di assicurare l'accesso alla riassegnazione chirurgica in termini di rimborso delle spese mediche, basti valutare una successiva e più recente decisione della Corte sul caso *Schlumpf*⁴³³. Anche in questo caso, la decisione aveva ad oggetto la legittimità del rifiuto di una compagnia

⁴³² Un cenno merita l'opinione dissenziente dei giudici, Cabral Barreto, Hedigan e Greve, i quali si discostano dalla maggioranza, perché preoccupati che l'introduzione di una presunzione di necessità medica dell'intervento rischi di rivelarsi controproducente per i transessuali in generale, inducendo le compagnie di assicurazione ad escludere esplicitamente tali ipotesi dalle loro polizze. Indipendentemente dall'opportunità dell'introduzione di una presunzione siffatta, questa non sembra certamente potersi desumere dalla decisione assunta nel caso in caso in esame, essendo la decisione adottata dalla Corte motivata sulla base di modalità di accertamento del diritto al rimborso lesive dei diritti garantiti dalla Convenzione.

⁴³³ *Schlumpf v. Switzerland*, n. 29002/06 (ECtHR, 8 gennaio 2009).

assicurativa di procedere al rimborso delle spese sostenute dalla ricorrente per l'intervento volto al cambiamento di sesso. Tale diniego era stato opposto in ragione del mancato rispetto di un periodo di osservazione biennale, quale condizione imposta dalla giurisprudenza federale ma ignorata dalla stessa legislazione svizzera.

La ricorrente aveva lamentato la violazione della Convenzione, sotto il duplice profilo della sua compatibilità con l'art. 6 e con l'art. 8 della stessa. Sotto il primo aspetto, la decisione si pone in linea di continuità con un consolidato orientamento il quale annovera il diritto alla pubblicità dell'udienza e l'obbligazione a carico dei Tribunali di procedere ad un esame effettivo dei mezzi, degli argomenti e delle prove offerte dalle parti, quali principi fondamentali di una società democratica. Su questo punto, richiamando espressamente la sentenza *Van Kück*, la Corte ha ribadito il principio per il quale risulterebbe sproporzionato l'onere gravante sulla persona transessuale di provare la necessità sul piano medico del trattamento subito, in quanto eccessivamente gravoso e dunque pregiudizievole per l'equità del processo.

Più delicata la questione sull'art. 8, tanto per l'ampiezza della nozione di «vita privata», insuscettibile di una definizione pienamente esaustiva, che per l'assenza di un consenso normativo internazionale in materia pienamente consolidato.

Eppure con tale decisione la Corte – dopo aver ricondotto in seno alla nozione di vita privata l'identità di genere e aver individuato, dopo il *revirement* del 2002, in capo agli Stati l'obbligo positivo del riconoscimento giuridico del mutamento di sesso – ha colto l'occasione per fornire ulteriori dettagli sul contenuto normativo del predetto obbligo positivo.

Pur ribadendo il principio per il quale non sussiste un obbligo in capo al servizio sanitario pubblico relativamente alla presa in carico delle spese conseguenti all'intervento per il cambiamento di sesso, la Corte ha ritenuto applicabili i principi volti alla determinazione della legittimità di un'ingerenza degli Stati nella vita privata degli individui anche con riferimento agli obblighi c.d. positivi gravanti sugli stessi. In ambedue i casi, quindi, si tratta di operare un corretto bilanciamento tra gli interessi dell'individuo e quelli della comunità nel suo complesso. In questo senso, la Corte si è avvalsa di criteri consolidati quali l'esistenza di una base giuridica appropriata, il perseguimento di una finalità legittima – e, dunque, meritevole di tutela – ed un equo contemperamento degli interessi concorrenti. Nel sancire l'illegittimità del rifiuto, la Corte è così pervenuta ad una decisione di non trascurabile portata innovatrice, dettata del resto dall'ulteriore necessità di prendere in considerazione gli aspetti determinanti nel caso concreto, dettati dall'avanzata età della ricorrente e dalle notevoli difficoltà affrontate dalla stessa prima di potere ricorrere all'intervento. Con riferimento al margine di apprezzamento riconosciuto agli Stati e alle istituzioni giurisdizionali interne – in virtù del continuo e diretto contatto con le forze vitali del

Paese, che le pone in una posizione privilegiata rispetto alle istituzioni sovranazionali nella valutazione degli interessi coinvolti – la Corte ha riconosciuto l’opportunità di una significativa compressione di tale discrezionalità nell’ambito tutelato dall’art. 8, specialmente in relazione all’identità sessuale⁴³⁴.

Alla luce delle considerazioni esposte, è auspicabile che gli Stati membri, in forza degli stimoli della giurisprudenza europea, riconoscano come dovuto il riconoscimento di una copertura assicurativa atta a garantire una compiuta protezione dell’identità sessuale e di genere. Tale prospettiva, potenzialmente pregiudicata dal drastico arretramento del *welfare* in Europa, risulta irrinunciabile per l’eliminazione di trattamenti differenziati tali da introdurre inaccettabili discriminazioni su base territoriale e censitaria nella protezione dei diritti garantiti dalla Convenzione tra gli Stati soggetti al sindacato della Corte.

4. Diritto al lavoro

Un altro aspetto della vita pubblica dell’individuo rispetto al quale l’orientamento sessuale o l’identità di genere possono interferire è sicuramente quello del lavoro.

La scelta di trattare per ultimo questo aspetto nasce dal fatto che più di quelli precedentemente trattati, in questa materia si inizia ad intravedere l’attenzione della giurisprudenza internazionale per l’ultimo principio che si è affermato circa la sessualità, ossia la rilevanza della sessualità come principio relazionale. Per quanto possibile si cercherà di mantere scisse le riflessioni legate a questo aspetto da quelle legate strettamente al diritto al lavoro, eppure è già evidente come emergano in maniera dirompente le prime esigenze di chiarire la portata relazionale della sessualità e i termini della sua tutela.

Nell’analisi del solo aspetto legato alla dimensione pubblica della sessualità, è necessario premettere che il diritto di accesso al lavoro, nonché il divieto di disparità di trattamento sul luogo di lavoro e negli ambiti collegati, è sancito a livello internazionale⁴³⁵. La *Committee on Economic, Social and Cultural Rights* ha peraltro confermato che il Patto sui diritti economici sociali e

⁴³⁴ In Italia la materia è regolata dalla l.164/1982 la quale, pur all’avanguardia sotto il profilo della presa in carico delle spese per l’intervento da parte della Sanità Pubblica, offre il fianco ad innumerevoli critiche per la subordinazione del riconoscimento del cambiamento di sesso ad un giudizio di idoneità, formulato attraverso una perizia sulle caratteristiche psicologiche e sessuali del soggetto. In relazione a tali giudizi è stata rilevata la frequenza di errori diagnostici e le eccessive lungaggini della procedura, tali da compromettere la garanzia di quell’autonomia personale che la Corte ritiene atta a riflettere un principio importante, inevitabilmente sotteso, alla stessa interpretazione dell’art.8 (Pretty c. Regno Unito). Una compiuta regolamentazione della materia ed un rapida revisione degli aspetti problematici si rende del resto necessaria anche alla luce della sent. Cost. n. 161 del 6-24 maggio 1985, la quale, nel riconoscere la legittimità della l. 164, ha ammesso l’accoglimento da parte del legislatore italiano di un nuovo concetto di identità sessuale dal quale deriva una concezione del sesso come “dato complesso della personalità” e ha riconosciuto la sussistenza di un diritto fondamentale all’identità sessuale, fondato sulla tutela dell’articolo 32 cost., inteso con riferimento ad una nozione di salute includente tanto lo stato fisico che quello psichico degli individui e necessariamente implicante la realizzazione della identità psico-sessuale quale presupposto indispensabile per lo sviluppo della personalità.

⁴³⁵ Cfr. articolo 23 della Universal Declaration of Human Rights; art. 5(e)(i) dell’International Convention on the Elimination of all forms of Racial Discrimination; art. 6 e 7 dell’International Covenant on Economic Social and Cultural Rights; art. 11 della Convention on the Elimination of Discrimination Against Women; art. 15 dell’African Charter.

culturali «prohibits discrimination in access to and maintenance of employment on grounds of ... sexual orientation»⁴³⁶, eppure lo stesso Comitato ha espresso preoccupazione in ordine alle discriminazioni dirette a «disadvantaged and marginalized groups and individuals»⁴³⁷.

Quello della discriminazione rispetto ai diversi aspetti del diritto al lavoro è un argomento che è stato affrontato sia dalla Corte EDU, che dalla Corte di Giustizia e dal Comitato per i Diritti Umani. Pertanto, è uno dei pochi argomenti in relazione ai quali è possibile comparare le decisioni dei diversi organi con riferimento al medesimo argomento.

4.1 Diritto al lavoro: gli omosessuali nelle forze armate e i transessuali nella pubblica amministrazione, tra giurisprudenza EDU e CGE

La Corte EDU più di ogni altra si è occupata di casi di diritto di accesso al lavoro o di mantenimento dello stesso, specificamente con riguardo al settore delle forze armate. Gli eserciti della maggior parte dei Paesi del mondo hanno per molto tempo discriminato gli individui LGBTI, negando la possibilità di arruolarsi. A parte, ovviamente, quegli Stati che continuano a sanzionare la condotta omosessuale, almeno 90 paesi membri delle Nazioni Unite espressamente vietano a questi soggetti l'accesso alle forze armate. Il che impedisce di ritenere assolutamente condiviso il *trend* di evoluzione positiva verso il riconoscimento di eguali diritti ai soggetti espressione di una sessualità non convenzionale.

Anche in questo campo, sono stati gli organi del COE a rivestire il ruolo di precursori della tutela delle minoranze sessuali nelle forze armate, anche se la giurisprudenza della Corte è giunta a tale risultato attraverso una lenta, ma consistente evoluzione.

Nel primo caso⁴³⁸ di esclusione dall'esercito di un militare omosessuale, la Commissione di Strasburgo ha legittimato la politica delle autorità britanniche di sistematica esclusione di tali individui, forgiata sul principio secondo cui la presenza di questi soggetti avrebbe minacciato quello «spirito di gruppo» che per i membri delle forze armate si pone alla base dell'efficacia combattiva ed operativa. Il ricorrente, che aveva contestato la violazione dell'articolo 8 da parte dello Stato convenuto, vide rigettato il proprio ricorso poichè manifestamente infondato.

⁴³⁶ Social and Cultural Rights Committee on Economic, *Committee on Economic, Social and Cultural Rights general comment No. 18*, (UN Doc. E/C.12/GC/18) par. 12(b)(i). Nello stesso documento, al paragrafo 19, si legge che « States parties have immediate obligations in relation to the right to work, such as the obligation to “guarantee” that it will be exercised “without discrimination of any kind” (art. 2, para. 2) and the obligation “to take steps” (art. 2, para. 1) towards the full realization of article 6». Sempre nello stesso senso: «The State party should ensure that...federal and state employment legislation outlaw discrimination on the basis of sexual orientation» in Human Rights Committee, «Concluding Observation of the Human Rights Committee: United States of America,» UN Doc. CCPR/C/USA/CO/3/Rev.1 (18 dicembre 2006) par. 25. Ancora: «The Committee welcomes progress made in various areas...in particular the continuing process of bringing the State party's legislation into harmony with its international obligations. This includes...the amendment of the labour code to include non-discrimination principles, including in the area of sexual orientation.» in Human Rights Committee, «Concluding Observations of the Human Rights Committee: Slovakia ,» UN Doc. CCPR/CO/78/SVK (22 agosto 2003) par. 4.

⁴³⁷ *Ibid.* par. 23.

⁴³⁸ *B. v. United Kingdom*, n. 9237/81 (European Commission on Human Rights, 12 ottobre 1983).

A parere della Commissione, infatti, la prassi britannica sarebbe stata pienamente giustificata (“*objectively and reasonably justified*”) in virtù della necessità di mantenere l’ordine (“*prevention of disorder*” e “*protection of morals*”) e l’efficacia bellica dell’esercito, strumentalmente necessario per garantire la sicurezza nazionale. Rispetto all’argomento in questione, si riconobbe un largo margine di discrezionalità per le autorità nazionali in ambito militare, che avrebbe integrato una realtà singolare, molto diversa da quella civile. Successivamente, la Commissione confermò più volte lo stesso orientamento in relazione a corpi di polizia di altri paesi, come il Belgio e la Francia⁴³⁹.

Il *revirement* della Corte è avvenuto con due sentenze del 1999, derivanti dalla riunione di diversi ricorsi presentati da militari britannici per essere stati esclusi dai rispettivi corpi di appartenenza in ragione del loro orientamento sessuale e per aver subito delle inchieste particolarmente invasive ai fini dell’accertamento dell’orientamento sessuale⁴⁴⁰.

Si noti che la depenalizzazione degli atti omosessuali tra adulti consenzienti, avvenuta nel 1967 nel Regno Unito, non ebbe un effetto immediato nei codici militari, tanto da far sì che i medesimi atti costituissero ancora un reato perseguibile dalla giurisdizione militare. L’effettiva depenalizzazione avvenne solo nel 1994 per effetto del *Criminal Justice and Public Order Act*. Ciononostante, l’omosessualità rimase una delle ragioni, normativamente previste, di congedo degli appartenenti alle forze armate. Invero, in conseguenza dell’emanazione del *Criminal Justice Act*, vennero distribuite all’interno dei diversi uffici per le risorse umane nuove direttive, ovvero le *Armed Forces’ Policy and Guidelines on Homosexuality*, che chiarivano come l’orientamento sessuale di tipo omosessuale, sia maschile che femminile, dovesse essere ancora considerato come un caratteristica incompatibile con l’appartenenza alle forze armate, ma che tuttavia non sarebbe più stato lecito ricorrere a metodi di indagine invasivi e paragonabili a quelli usati per un procedimento penale⁴⁴¹.

Come era già accaduto in passato, anche in questi casi la Corte ritenne che la politica delle autorità britanniche perseguisse degli obiettivi legittimi, ossia la sicurezza nazionale e l’ordine pubblico. Eppure, questa volta la Corte non arrestò l’esame del caso a questa prima notazione. Si è interrogata, invece, su un aspetto ulteriore, ovvero sulla necessità di tale prassi in una società

⁴³⁹ *Boitteloup v. France*, n. 12545/86 (ECtHR, 12 dicembre 1988) e *J.G. v. Belgium*, n. 12348/86 (ECtHR) non pubblicata.

⁴⁴⁰ *Lustig-Prean and Beckett v. United Kingdom*, n. 31417/96; 32377/96 (ECtHR, 27 settembre 1999) e *Smith and Grady v. United Kingdom*, n. 33985/96; 33986/96 (ECtHR, 27 settembre 1999).

⁴⁴¹ In risposta alle pressioni sociali, inoltre, il Ministero della difesa istituì un team di esperti, anch’essi dipendenti dal Ministero (l’*Homosexual Policy Assessment Team*), al fine di operare una valutazione interna sull’opportunità e la fondatezza della politica adottata dalle forze armate sul tema dell’omosessualità, anche attraverso la comparazione con le discipline interne di altri paesi. La relazione del HPAT, pubblicata nel febbraio del 1996, declinava in 240 pagine il concetto fondamentale secondo cui uomini e donne omosessuali fossero di per sé fisicamente meno capaci, coraggiosi, affidabili e competenti rispetto ai loro colleghi eterosessuali. Inoltre, venivano identificati i problemi pratici che sarebbero seguiti all’ammissione degli omosessuali all’interno delle forze armate, in particolare in termini di difficoltà d’integrazione degli omosessuali dichiarati per un sistema militare in gran parte composto da eterosessuali.

democratica, i cui caratteri – come già specificato – sono quelli del pluralismo, della tolleranza e dello spirito di apertura.

Quanto alle circostanze del caso concreto, il collegio aveva valutato le caratteristiche delle inchieste che erano state condotte nei confronti dei ricorrenti, ognuno dei quali eccelleva nel proprio ruolo. In particolare, rilevò come avessero inciso in maniera molto profonda nell'intimità dei soggetti, giacchè le domande erano state particolarmente indiscrete e umilianti. Peraltro, fu constatato che l'esclusione dai corpi armati non aveva trovato la *raison d'être* nel comportamento dei soggetto coinvolti, bensì lo stesso sarebbe stato motivato esclusivamente «en raison de leurs caractéristiques personnelles innées».

Tali profonde interferenze nella vita privata dei ricorrenti, pertanto, sarebbero potute essere giustificate solo a fronte di necessità imperative di indiscutibile spessore.

La Corte, infatti, ammette usualmente – in ossequio al principio di sussidiarietà – come spetti alle autorità nazionali effettuare una prima valutazione circa le necessità pratiche e morali della comunità nazionale e come le stesse godano di un certo margine di discrezionalità, per assicurare il giusto equilibrio tra interessi concorrenti dell'individuo e della società nel suo insieme. Tuttavia, tale margine di apprezzamento varia secondo la natura delle attività su cui si incide e degli obiettivi perseguiti dalle restrizioni. In particolare, quando le interferenze riguardino la parte più intima della vita privata di un individuo, devono sussistere “ragioni particolarmente gravi” affinché tali interferenze possano essere in grado di soddisfare i requisiti di cui all'articolo 8 comma 2 della Convenzione. Quando l'obiettivo perseguito, poi, è quello della sicurezza nazionale, attraverso la tutela dell'efficacia operativa delle forze armate, la Corte normalmente ritiene che lo Stato sia competente per l'organizzazione di un proprio sistema di disciplina militare e che, nel far ciò, goda di un discreto margine di apprezzamento.

Nel caso di specie, pertanto la Corte ha ritenuto che lo Stato avrebbe potuto legittimamente imporre delle restrizioni al godimento del diritto al rispetto della vita privata, qualora vi fosse stato un reale pericolo per l'efficacia operativa delle forze armate. In effetti, il buon funzionamento di un esercito sarebbe difficilmente immaginabile senza norme volte a impedire al personale di servizio di comportarsi in modo tale da indebolirlo, adottando per esempio comportamenti non in linea con la disciplina richiesta all'interno delle forze dell'ordine. Tuttavia, la Corte ha precisato come le autorità nazionali non possano avvalersi di tali regole tanto da vanificare l'esercizio, da parte dei singoli membri delle forze armate, dei diritti garantiti dalla Convenzione. Peraltro, le argomentazioni circa la permanenza di situazioni rischiose per l'efficacia operativa dovrebbero essere sorrette e motivate da esempi specifici. Anche perché, nel caso di specie, le interferenze sotto

esame della Corte erano state particolarmente gravi, giacché caratterizzate da una rilevante invadenza e dall'aver inciso sulle prospettive lavorative e di vita dei ricorrenti in maniera decisiva.

I giudici di Strasburgo hanno così esaminato la fondatezza e la proporzionalità dei due obiettivi essenzialmente posti a base della politica di esclusione degli omosessuali. Il primo, il mantenimento dell'ordine, che si fondava sulla diffusa idea che la coesistenza di eterosessuali e omosessuali sarebbe stata difficoltosa⁴⁴². Rispetto a questo punto, i giudici unanimemente hanno ritenuto che, poichè il governo non aveva riportato esempi concreti di tali difficoltà, si trattasse di meri pregiudizi, di stereotipi che circondano gli individui LGBTI e che non possono in nessun caso giustificare dei trattamenti differenziati. Quanto al secondo aspetto, ovvero l'indebolimento della potenza combattiva, sempre in assenza di esempi concreti, il problema si sarebbe potuto risolvere con l'adozione di rigorosi codici di condotta, indubbiamente meno lesivi del diritto al rispetto della vita privata degli appartenenti ai corpi armati.

In ragione di tali considerazioni, la Corte accolse i ricorsi censurando, in quanto sproporzionata, la politica del governo convenuto, sia sotto l'aspetto delle inchieste che del licenziamento. La violazione accertata dai giudici di Strasburgo fu, pertanto, quella dell'articolo 8 e non anche quella del combinato disposto con l'articolo 14, doglianza che invece venne ritenuta assorbita.

Ciononostante, ha comunque fatto riferimento alla condizione minoritaria del gruppo omosessuale. Infatti, si legge tra le righe della decisione una implicita analogia tra omofobia e razzismo: «To the extent that [the service regulations prohibiting homosexual enlistment in the military] represent a predisposed bias on the part of a heterosexual majority against a homosexual minority, these negative attitudes cannot, of themselves, be considered by the Court to amount to

⁴⁴² L'argomento centrale che il governo ha adottato a sostegno della propria politica è stato che la presenza di omosessuali nelle forze armate avrebbe avuto un effetto rilevante e negativo sul morale e, di conseguenza, sull'abilità di combattimento e l'efficacia operativa delle forze armate. Una giustificazione che, peraltro, è stata totalmente derivata dalle conclusioni dello studio commissionato dal Ministero della Difesa al team a ciò destinato. A tal proposito, sebbene la Corte avesse riconosciuto la complessità dello studio intrapreso dalla HPAT, ha sollevato alcuni dubbi in merito al valore della relazione in oggetto. Discutibile, invero, è apparso il carattere indipendente della valutazione contenuta nella relazione, poiché i membri del team specializzato erano tutti dipendenti del Ministero. Inoltre, anche ammettendo che tale punto di vista sulla questione potesse essere considerato rappresentativo di una convinzione generalizzata e scientificamente fondata, la Corte ha notato che gli atteggiamenti percepiti come una minaccia per l'efficacia operativa delle forze armate sono stati considerati tali esclusivamente in virtù delle opinioni negative espresse da parte del personale eterosessuale. A parere della Corte, tali opinioni non costituivano ragioni sufficienti per giustificare restrizioni di tal sorta. La Corte, infatti, ha rilevato che queste opinioni, anche se sinceramente sentite da coloro che le avevano espresse, oscillavano tra espressioni stereotipate di ostilità verso un particolare orientamento sessuale ed espressioni vaghe di disagio per la presenza di colleghi omosessuali. Pertanto, nella misura in cui rappresentavano un pregiudizio espresso da parte di una maggioranza eterosessuale contro una minoranza omosessuale, questi atteggiamenti negativi non possono, di per sé, essere considerati dalla Corte come una sufficiente giustificazione per le interferenze verso i diritti dei ricorrenti, potendo al più essere assimilati agli atteggiamenti negativi verso individui di una diversa razza, origine o colore. La Corte ha ritenuto essenziale rilevare come per problemi di questo tipo, legati alla discriminazione razziale, agli episodi di bullismo e di prevaricazione per la diversità di genere, il governo inglese abbia adottato in passato un severo codice di condotta per tutti i militari, composto da una quantità consistente di norme disciplinari per affrontare qualsiasi comportamento inadeguato, che imponeva elevati standard di condotta personale e di rispetto degli altri. A questo proposito, il governo ha sollevato una replica pertinente, osservando che un codice di condotta non avrebbe risolto tali le difficoltà, sia perché l'omosessualità ha sollevato problemi di tipo e di intensità superiore a quelli generati dall'integrazione razziale e dalla differenza di genere, sia perché non risolverebbe i problemi particolari posti dal regime di alloggio in comune nelle forze armate. Ciononostante, la Corte ha ritenuto che non fosse stato adeguatamente dimostrato che i codici di comportamento e le norme disciplinari non costituissero lo strumento adatto per affrontare le problematiche comportamentali, sia da parte degli omosessuali sia degli eterosessuali. Perciò, la Corte di Strasburgo ha ritenuto che il governo non fosse riuscito a dimostrare la necessità della misura, non solo con riferimento ad un qualche pressante bisogno sociale, ma anche sotto l'aspetto della proporzionalità tra fine legittimo perseguito e misure adottate. Non motivando adeguatamente l'impossibilità di adottare misure meno invasive, quali i codici comportamentali, lo Stato convenuto si è inevitabilmente esposto alla censura della Corte.

sufficient justification ... any more than similar negative attitudes towards those of a different race, origin or colour»⁴⁴³.

Sempre in relazione al dispiegarsi di un atteggiamento comunque discriminatorio, si noti, in ultimo, che la Corte ha voluto espressamente distinguere il caso trattato dal precedente *Kalaç c. Turchia*⁴⁴⁴. Il caso, conclusosi con il rigetto del ricorso, riguardava un membro dell'Aviazione turca cui fu era stato imposto il congedo, poichè aveva abbracciato una fede di stampo fondamentalista. L'aspetto centrale che avrebbe segnato la differenza tra i due casi sarebbe stato che, nel caso *Kalaç*, il ricorrente era stato “*dismissed on grounds of his conduct*” mentre, nel caso *Smith and Grady*, i ricorrenti “*were discharged on the grounds of their innate personal characteristics*”.

La Corte, quindi, nonostante non abbia riconosciuto la violazione dell'articolo 14, ha comunque sfruttato due temi tipici dell'*iter* argomentativo adottato nei casi in cui si assume violato il divieto di discriminazione.

Peraltro, nel confermare successivamente l'illegittimità di questa pratica, è interessante notare come la Corte non sia mai ricorsa al combinato disposto degli artt. 8 e 14. Così anche nel caso *Beck, Copp e Bazeley c. Regno Unito*⁴⁴⁵, dove i ricorrenti lamentavano che l'indagine e il successivo congedo dall'esercito, in ragione della loro omosessualità, fosse frutto di una politica governativa di stampo discriminatorio avverso la presenza degli omosessuali nell'esercito e che costituisse, pertanto, una violazione dei diritti loro riconosciuti dalla Convenzione. I giudici di Strasburgo, riproponendo quanto già affermato, sottolinearono come la pratica costituisse un'interferenza illegittima nei confronti della vita privata dei ricorrenti e, in quanto tale, dovesse essere censurata, senza necessità di ricorrere alla tecnica della *minorization* e quindi ricorrendo all'applicazione del combinato disposto con l'articolo 14 della Convenzione.

Anche la Corte di Giustizia, nel celebre caso *P*, si è occupata di un caso di licenziamento dettato da ragioni legate alla sessualità *latu sensu* intesa. L'amministratore di un istituto scolastico britannico era stato licenziato subito dopo aver annunciato che stava per sottoporsi ad un intervento di modifica degli organi sessuali⁴⁴⁶. Il quesito posto dal giudice *a quo* in sede di rinvio era stato così formulato: «Se, in considerazione dello scopo della direttiva 76/207/CEE, indicato nel suo art. 1 — attuare il principio della parità di trattamento fra uomini e donne per quanto riguarda l'accesso al lavoro (...) —, il licenziamento di un transessuale per motivi connessi al mutamento di sesso costituisca una violazione della direttiva. Se l'articolo 3 della suddetta direttiva, relativo alla discriminazione fondata sul sesso, proibisca di discriminare un dipendente a causa della sua

⁴⁴³ *Sent. cit.* par. 90.

⁴⁴⁴ *Kalaç v. Turkey*, n. 20704/92 (ECtHR, 1 luglio 1997).

⁴⁴⁵ *Beck, Copp and Bazeley v. United Kingdom*, n. 48535/99; 48536/99; 48537/99 (ECtHR, 22 gennaio 2003).

⁴⁴⁶ *P. v. S. and Cornwall County Council*, n. C-13/94 (ECJ, 30 aprile 1996).

condizione di transessuale»⁴⁴⁷. Il problema interpretativo si sostanziava nell'accertamento dell'illegittimità del trattamento rispetto all'art. 5 della Direttiva, che estendeva la parità di trattamento anche alle condizioni di licenziamento.

Nelle conclusioni dell'Avvocato Generale Tesauro, che prende le mosse dalla ricognizione di un diritto fondamentale all'identità sessuale⁴⁴⁸, la discriminazione basata sulla riassegnazione del sesso viene sostanzialmente equiparata a quella basata sul sesso, anche perchè i transessuali non costituirebbero una terza categoria sessuale. Viene rilevato anche che, nel caso di specie, il sesso – quello riassegnato dei transessuali – rileva come convenzione, come parametro sociale. Infatti, «il trattamento sfavorevole subito dai transessuali è il più delle volte legato ad un'immagine negativa, ad un apprezzamento morale che nulla ha a che vedere con le loro capacità nel mondo del lavoro»⁴⁴⁹. Da queste premesse, l'Avvocato Generale giunge, in maniera molto lineare e in virtù del principio dell'irrelevanza del fattore sesso rispetto alla disciplina della vita di relazione, alla conclusione secondo cui dall'art. 5 della direttiva n. 76/207 discende il divieto di licenziamento dovuto al nuovo sesso del dipendente.

La Corte si adeguò sostanzialmente a tali conclusioni, in ragione del fatto che il diritto a non essere discriminati in virtù del proprio sesso costituisce uno dei diritti fondamentali dell'individuo e come tale dev'essere garantito dalla stessa. Nell'accertare la discriminazione, la Corte ha rigettato l'obiezione legata al giudizio di comparazione, ovvero che non vi sarebbe stata discriminazione tra un transessuale uomo e un transessuale donna.

Al contrario, il giudizio di comparazione doveva coinvolgere gli uomini che tali rimangono, grazie alla perfetta sintonia tra sesso biologico e sesso di identità, e uomini che decidono di abbandonare il proprio sesso biologico per adottare quello di identità. In questa prospettiva gli uomini che mantengono il proprio sesso biologico non avrebbero perso il posto di lavoro. In questo senso, era evidente che vi fosse una discriminazione rispetto alla condizione di transessuale.

La Corte di Giustizia fa ricorso ai risultati raggiunti dalla Corte EDU e per un certo verso li arricchisce. Si spinge, infatti, ad enucleare – assumendo la rilevanza del transessualismo nella sfera della vita privata – un diritto all'identità sessuale, che dev'essere tutelato *ex se*, nonchè protetto dal divieto di discriminazione.

⁴⁴⁷ *Ibid.* par. 10.

⁴⁴⁸ «Conclusioni dell'Avvocato Generale Giuseppe Tesauro nella causa n. C-13/94,» par. 10 a 13 e 22.

⁴⁴⁹ *Ibid.* par. 20.

4.2 Discriminazione sul luogo di lavoro: dress code

La Corte EDU si è pronunciata anche su aspetti legati all'atteggiamento deteriorato che gli appartenenti ad una minoranza sessuale possono subire sul posto di lavoro. Questo è quanto accaduto nel caso *Kara c. Regno Unito*, che trae origine da un ricorso presentato da un cittadino inglese, un travestito bisessuale, cui era stato imposto il divieto di indossare abiti femminili durante l'orario lavorativo⁴⁵⁰.

Quanto alla sessualità biologica del ricorrente, questi non solo non era un transessuale, ma non desiderava neanche procedere con la riassegnazione chirurgica del sesso, ovvero “diventare donna”. Il ricorrente usava piuttosto descriversi come un *Berdache Shaman*, termine usato per fare riferimento ad una antica tradizione degli indiani d'America, in virtù della quale alcuni uomini esprimono la propria identità vestendosi convenzionalmente in abiti femminili. Questi, quindi, usava indossare più che altro abiti femminili per esprimere naturalmente la propria identità e sessualità; *sub specie*, per esternare quelli che considerava essere gli aspetti femminili innati della propria personalità.

Il ricorrente aveva inizialmente ricoperto la carica di consigliere presso la Direzione della Pubblica Istruzione, per essere in seguito promosso al grado di Amministratore per la. Durante il suddetto periodo questi aveva, di volta in volta, indossato a lavoro capi di abbigliamento convenzionalmente considerati “femminili”, come leggings, calze, top all'americana e, in due occasioni, anche un abito. Fu proprio in quest'ultima occasione che il ricorrente venne convocato dal responsabile del Dipartimento Servizi Sociali. Questi gli comunicò come il suo modo di vestire fosse divenuto un problema nel reparto e, di conseguenza, il ricorrente desistette volontariamente dall'indossare abiti “femminili”⁴⁵¹.

Ciononostante, esaurite le vie di ricorso interne, il dipendente si rivolse alla Corte EDU, lamentando in primo luogo una violazione del suo diritto al rispetto della sua vita privata. In particolare, egli sosteneva che il codice d'abbigliamento imposto dal Consiglio di Hackney e la conseguente impossibilità di indossare un abito femminile durante l'orario di lavoro, costituissero una interferenza arbitraria nella propria vita privata. Rispetto a questa censura, la Commissione pur riconoscendo che i vincoli imposti sulla scelta dell'abbigliamento costituissero un'ingerenza nella

⁴⁵⁰ *Kara v. United Kingdom*, n. 364528/97 (ECtHR, 22 ottobre 1998).

⁴⁵¹ Ciononostante, la questione fu rinviata al Vice Direttore dei Servizi Sociali. Dopo il colloquio, il ricorrente ricevette una lettera del Vice Direttore, che lo invitava ancora una volta dal desistere dall'indossare abiti femminili sul lavoro, comportamento peraltro contrario al Codice di condotta del Consiglio, poiché in tal modo avrebbe potuto portare discredito alla suddetta istituzione. È necessario notare che, al tempo dei fatti in causa, il Consiglio non avesse una specifica e codificata politica riguardo all'abbigliamento. Pur tuttavia, vi era l'obbligo che tutti i dipendenti del personale dovessero recarsi al lavoro puliti, ordinati e adeguatamente vestiti. Nelle more della controversia, il Consiglio adottò una politica scritta sull'abbigliamento, da applicarsi sia nei confronti del personale di sesso maschile che femminile, presentata come un progetto volto a migliorarne l'immagine nei rapporti con il pubblico, la business community e i rappresentanti del governo.

vita privata degli individui, ricordò che non ogni ingerenza nella vita privata degli individui possa essere considerata *ex se* illegittima e, quindi, contraria alla Convenzione.

In virtù del consueto schema di valutazione della compressione dei diritti non assoluti, la Commissione procedette al controllo di legittimità, seguendo il percorso logico-argomentativo secondo l'ordine imposto dalla lettera della Convenzione. In particolare, quanto al primo aspetto, la Commissione constatò che la restrizione del Consiglio sulla scelta del modo di vestire dei suoi dipendenti si basasse su una politica interna specificamente codificata, così come peraltro confermato dal Tribunale del lavoro.

La Commissione ritenne sussistente anche il rispetto del secondo requisito, rinvenendo nella tutela dell'immagine del Consiglio nei suoi rapporti con il pubblico, con la comunità imprenditoriale e con i rappresentanti del Governo, un fine legittimo. Questo sarebbe stato riconducibile in particolare all'interno della categoria di quelle interferenze dirette alla "protezione dei diritti e delle libertà altrui", nel senso che avrebbe avuto la propria *raison d'être* nel corretto funzionamento e svolgimento delle mansioni dell'istituzione nel contatto con il pubblico.

Quanto all'ultimo requisito, ovvero se l'interferenza potesse essere considerata "necessaria in una società democratica", la Commissione osservò che le norme del codice di abbigliamento avevano vincolato e limitato il ricorrente soltanto durante le ore di lavoro e nei locali del Consiglio, rimanendo pertanto libero di vestire come meglio credesse al di fuori di questi specifici limiti di tempo e luogo. La Commissione inoltre espresse la convinzione che i datori di lavoro potessero ragionevolmente richiedere ai dipendenti di conformarsi a determinati requisiti in termini di abbigliamento, quando essi fossero correlati al tipo di lavoro svolto, per esempio caschi di sicurezza, rivestimenti igienici, uniformi. Ne conseguiva che un tale principio potesse applicarsi validamente anche quando le restrizioni in tema di abbigliamento fossero imposte per ragioni di contatto con le organizzazioni pubbliche e, più in generale, quando un particolare codice di abbigliamento venisse imposto per migliorare l'immagine pubblica del datore di lavoro e facilitarne i contatti esterni.

Viste le circostanze del caso concreto, ovvero che le restrizioni nell'abbigliamento avrebbero limitato la capacità del ricorrente di vivere liberamente la propria individualità soltanto durante l'orario lavorativo e che l'imposizione di direttive sull'abbigliamento sul luogo di lavoro era stata ritenuta un'interferenza ragionevole e legittima, la Commissione ritenne che anche il terzo requisito, ovvero la proporzionalità, fosse stato rispettato e, pertanto, dichiarò il ricorso

manifestamente infondato. Anche, è corretto specificarlo, quanto alla violazione del combinato disposto tra articolo 8 e 14⁴⁵².

5.3 segue: agevolazioni e vantaggi salariali

La Corte di Strasburgo si è occupata di recente di un altro possibile aspetto discriminatorio del rapporto di lavoro, ovvero quello delle agevolazioni e dei benefici derivanti dal contratto di lavoro. Tale aspetto è molto interessante perché lo stesso tema è stato affrontato dalla Corte di Giustizia e, pertanto, permette un'agevole comparazione tra le decisioni.

Il caso affrontato dalla Corte EDU⁴⁵³, riguarda la mancata estensione della copertura assicurativa del convivente a carico al componente di una coppia omosessuale. Uno dei due ricorrenti, in qualità di funzionario pubblico, era coperto per incidenti e malattie dalla compagnia di assicurazione dei funzionari pubblici (*CSIC*) (*Versicherungsanstalt Öffentlicher Bediensteter*). In ragione di tale circostanza e di quanto previsto dal regolamento di assicurazione, il primo ricorrente aveva chiesto al *CSIC* di riconoscerlo come persona a carico del secondo (*Angehöriger*), così da estendergli la copertura assicurativa del compagno. Egli aveva constatato che il paragrafo 56(6) del regolamento faceva riferimento a una persona dell'altro sesso convivente dell'assicurato e senza stipendio, ma ne chiedeva una interpretazione estensiva, non ostando, a suo dire, ragionevoli motivi di esclusione delle relazioni omosessuali dalla norma. Ciononostante, la richiesta fu respinta sulla base del fatto che il richiedente fosse dello stesso sesso dell'assicurato.

I ricorrenti, esaurite le vie di ricorso interne⁴⁵⁴, lamentavano di essere stati vittime di discriminazione in base all'orientamento sessuale, perché il Tribunale Amministrativo nella sua

⁴⁵² Il ricorrente inoltre aveva lamentato la violazione dell'articolo 10 della Convenzione, ritenendo che la restrizione sul suo modo di vestire costituisse una violazione illegittima del proprio diritto alla libertà di espressione. La Commissione, in proposito, non aveva escluso che il diritto alla libertà di espressione potesse includere il diritto di una persona di esprimere le proprie idee anche attraverso un particolare modo di vestire. Tuttavia, nel caso di specie, i fatti oggetto della controversia non avevano dimostrato che al ricorrente fosse stato impedito di esprimere una particolare opinione o idea per mezzo del suo abbigliamento. La Commissione concluse, pertanto, che anche rispetto a questo punto il ricorso dovesse essere dichiarato inammissibile in quanto manifestamente infondato.

⁴⁵³ *P.B. and J.S. v. Austria*, n. 18984/02 (ECtHR, 22 ottobre 2010).

⁴⁵⁴ Il primo ricorrente aveva presentato ricorso e il sindaco di Vienna, in qualità di governatore regionale, aveva respinto il ricorso, confermando la risposta del *CSIC*. Il primo ricorrente aveva, in seguito a ciò, depositato un ricorso presso la Corte Costituzionale, in cui sosteneva che l'esclusione ai sensi del paragrafo 56(6) del *CSSAIA* delle coppie omosessuali dall'estensione della copertura assicurativa costituiva una violazione dell'art. 14, in coordinato disposto con l'art. 8, della *CEDU* e che pertanto era incostituzionale. La Corte aveva respinto il ricorso asserendo che, sulla base della giurisprudenza precedente, il legislatore godeva rispetto alla specifica materia di un margine di discrezionalità molto ampio e che pertanto la norma impugnata rientrava in tale margine. La Corte però aveva riconosciuto come fondata la richiesta del ricorrente di trasferire il ricorso presso il tribunale amministrativo. Il Tribunale amministrativo aveva respinto il ricorso del primo ricorrente riscontrando che le conclusioni delle autorità convenute sull'applicabilità unicamente alle coppie eterosessuali del paragrafo 56(6) del *CSSAIA* fossero corrette. Allo stesso tempo, non vi era violazione dell'art. 8, perché tale articolo non garantisce la protezione di specifici diritti sociali. L'esclusione delle coppie omosessuali inoltre, dal punto di vista del Tribunale, obbediva al principio di eguaglianza perché costituiva una differenza di trattamento giustificata. Infatti, mentre nel caso di convivenze tra persone di sesso diverso – in cui tale convivenza gravava sulle spalle di uno dei due – si potesse, di regola, presumere che si trattava di coppie di fatto, la medesima presunzione non poteva essere tratta per persone conviventi dello stesso sesso. In assenza di qualunque possibilità di registrare legalmente le coppie omosessuali sarebbe stato necessario condurre inchieste delicatissime nella sfera più intima della loro vita privata. Questa differenza nelle situazioni di fatto avrebbe costituito la ragione giustificativa del differente trattamento legislativo. Tuttavia, per alcuni procedimenti istruiti di fronte alla Corte Costituzionale per esaminare la costituzionalità di due norme, sostanzialmente analoghe al paragrafo 56(6) del *CSSAIA*, riguardanti l'estensione dell'assicurazione ai parenti, la Corte aveva ritenuto di abrogare la sezione del regolamento generale della previdenza sociale (*Allgemeines Sozialversicherungsgesetz*) e la sezione 83(3) del regolamento generale per la previdenza sociale nel commercio (*Gewerbliches Sozialversicherungsgesetz*). E nel fare ciò aveva fatto riferimento alla giurisprudenza *CEDU* (*Kamer c. Austria*), affermando che le due previsioni

decisione aveva sostenuto che l'estensione assicurativa ai sensi del CSSAIA fosse estensibile unicamente ai partner eterosessuali. In tal senso, si ritenevano vittime di una violazione dell'art.14 in coordinato disposto con l'art.8⁴⁵⁵.

La Corte chiarì preliminarmente come l'art. 8 della Convenzione imponga *ex se* che siano estesi ai partner conviventi i benefici derivanti da una specifica assicurazione della previdenza sociale. Ciò, nonostante fosse indubbio che una relazione tra persone dello stesso sesso fosse coperta dalla definizione di "vita privata" come definita nell'art. 8⁴⁵⁶.

Con riguardo, invece, alla sussistenza di una possibile discriminazione in violazione dell'art. 14, la Corte aveva ritenuto utile richiamare quel consolidato orientamento secondo cui l'applicazione dell'art.14 non presuppone necessariamente la violazione di uno dei diritti sostanziali garantiti dalla Convenzione, ben potendo estendersi anche a quei diritti suppletivi e ulteriori, che rientrino nell'ambito di qualunque articolo della Convenzione, che uno Stato avesse liberamente deciso di garantire.

Il caso qui in discussione riguardava, in effetti, la possibilità di estendere l'assicurazione per infortuni e malattia ai partner conviventi, una possibilità che le disposizioni legislative impugnate dai ricorrenti garantivano a determinate condizioni. Tale estensibilità, nell'ottica della Corte, andava qualificata proprio come misura tesa principalmente a migliorare la vita privata dell'assicurato, rientrando così nell'ambito di applicazione dell'art. 8. Di conseguenza, secondo la Corte, lo Stato che fosse andato al di là degli obblighi su di esso gravanti alla luce dell'art.8 creando un diritto del genere, non avrebbe potuto poi applicarlo in termini discriminatori in violazione dell'art. 14.

La Corte ricordò, quindi, che ai sensi dell'art. 14, una differenza di trattamento è discriminatoria quando non è fondata su una giustificazione obiettiva e ragionevole e cioè se non persegue un obiettivo legittimo o se non vi è un rapporto di ragionevole proporzionalità tra i mezzi impiegati e i fini che si intendeva realizzare. Inoltre, così come i trattamenti differenziati basati sul sesso, quelli fondati sull'orientamento sessuale necessitano di ragioni particolarmente serie per poter essere giustificabili. Al riguardo, la Corte chiarì che nei casi in cui il margine di apprezzamento lasciato agli Stati è ristretto, come nelle discriminazioni fondate su sesso o

normative erano incostituzionali in quanto riguardavano unicamente persone di sesso opposto. L'1 agosto 2006 era entrato in vigore l'Emendamento dei Diritti Sociali, che aveva emendato in particolare i due regolamenti sopra richiamati e il paragrafo 56 del CSSAIA. Tale atto legislativo non aveva però pienamente rimosso le discriminazioni e pertanto era stato varato nel 2007 un secondo emendamento dell'ultimo testo.

⁴⁵⁵ Sebbene la Corte Costituzionale avesse riconosciuto la discriminazione e vi fossero stati degli emendamenti al testo normativo in questione, i ricorrenti dimostrarono la persistenza dello *status* di vittime, giacché i partner dello stesso sesso continuavano a essere esclusi dall'assicurazione comune salvo che non stessero crescendo dei figli nel nucleo familiare. Inoltre, una previsione transitoria garantiva l'estensione dell'assicurazione alle coppie, formate da membri di sesso opposto, cui già tale diritto era garantito prima dell'emendamento senza riguardo alla circostanza che avessero o meno figli. Siccome ciò rappresentava una differenza rispetto al trattamento delle coppie dello stesso sesso, essi sostenevano di continuare ad essere vittime di una discriminazione normativa.

⁴⁵⁶ Ciononostante, i giudici ritennero appropriato – viste le sollecitazioni di parte – esprimere le ragioni per escludere quella relazione dalla nozione di "vita familiare". Sull'aspetto specifico delle caratteristiche delle coppie dello stesso sesso e della loro rilevanza nella giurisprudenza della Corte si rinvia al Capitolo successivo.

orientamento sessuale, il principio di proporzionalità non richiede che la misura sia scelta in modo da essere semplicemente, in via di principio, adeguata al raggiungimento del fine. Essa deve anche dimostrare che l'esclusione di determinate categorie di persone dall'applicazione di una determinata normativa sia necessaria al raggiungimento di tale fine.

Sulla base di tali presupposti, la Corte constatò che né il Governo né le autorità nazionali avevano avanzato degli argomenti che potessero far considerare suffragata tale ipotesi. Pertanto, si ritenne sussistente la violazione dell'art. 14 in coordinato disposto con l'art. 8, rispetto al periodo in questione, optando quindi per un approccio diretto a tutelare i ricorrenti in quanto appartenenti ad una categoria minoritaria.

Come anticipato, anche la Corte di Giustizia si è occupata delle discriminazioni sulle agevolazioni economiche di cui può beneficiare un dipendente; ciò è accaduto, in particolare, nella sua seconda e attesa pronuncia sul tema della discriminazione sul luogo di lavoro in ragione di *status* individuali inerenti la sessualità.

A seguito delle decisione del caso *P.*, ben due giudici inglesi⁴⁵⁷ sottoposero alla Corte la questione sulla riconducibilità dello stile di vita sessuale dell'individuo alla nozione di "sesso". Le pregiudiziali, in altri termini, avevo come obiettivo di sollecitare una pronuncia della Corte su un tema che sembrava essere la naturale conseguenza di quanto ammesso nel caso *P.*, ovvero se la discriminazione fondata sull'orientamento sessuale potesse rientrare nella definizione di discriminazione tra i sessi. Alla dipendente di una compagnia ferroviaria inglese, nel caso di specie, era stata negata un'agevolazione di viaggio per la compagna⁴⁵⁸. Giacchè il contratto prevedeva che al coniuge o al convivente del dipendente (per le convivenze che si protraessero da oltre due anni) spettasse tale agevolazione tariffaria, la signorina Grant ritenne che vi fosse stato un trattamento ingiustamente discriminatorio ai danni della propria compagna, cui conviveva stabilmente da oltre due anni. La norma contrattuale, pertanto, sarebbe stata contraria al vecchio art. 119 Trattato CE, ossia al divieto di discriminazioni fondate sul sesso.

Avendo ritenuta pacifica la riconducibilità delle agevolazioni tariffarie alla sfera di applicazione della norma suddetta, la Corte ha dovuto affrontare sostanzialmente due quesiti: «a. se il diritto comunitario esiga che le relazioni stabili tra due persone dello stesso sesso siano equiparate da qualunque datore di lavoro alle relazioni tra persone sposate o alle relazioni stabili fuori del matrimonio di due persone di sesso opposto; b. se una discriminazione fondata sull'orientamento sessuale costituisca una discriminazione fondata sul sesso del lavoratore»⁴⁵⁹.

⁴⁵⁷ Il primo rinvio fu presentato dal'Industrial Tribunal di Southampton nella causa Grant, mentre il secondo – ritirato dopo la pronuncia della Corte sul primo caso – era stato presentato dalla High Court inglese nella causa Perkins.

⁴⁵⁸ *Grant v. South West Trains*, n. C-249/96 (ECJ, 17 febbraio 1998).

⁴⁵⁹ *Ibid.* par. 5.

Tralasciando per il momento l'analisi del punto a., che verrà affrontato nel capitolo seguente, si noti con riguardo al punto b. come la ricorrente sostenesse che dopo il caso *P.* la Corte avesse interpretato in senso estensivo la nozione di “sesso” tanto da ricomprendervi anche l'orientamento sessuale. Per supportare la propria tesi, la ricorrente aveva fatto riferimento – quale criterio interpretativo – agli atti internazionali, richiamando in particolare quanto affermato dal Comitato dei Diritti Umani nella decisione *Toonen*, ovvero che nella nozione di “sesso” vi rientrasse anche quella di orientamento sessuale. La tesi della ricorrente era stata in parte avallata dall'Avvocato Generale Elmer, che però aveva seguito una diversa argomentazione per giungere alla stessa conclusione. Nelle conclusioni si legge che la norma contrattuale avrebbe effettivamente operato una discriminazione operata sul sesso. Nel caso di specie, il sesso influenzava comunque il godimento del beneficio, giacchè se la dipendente fosse stata di sesso diverso da quello del partner avrebbe potuto essere ammessa al beneficio.

La Corte, però, non si adeguò a tali conclusioni, ritenendo che esponessero eccessivamente la decisione a obiezioni di violazione del principio di certezza del diritto. Al contrario, contrastò la tesi della ricorrente, precisando che nel caso *P.*, il ragionamento interpretativo si era espressamente limitato all'ipotesi del cambiamento di sesso, quindi alla riconducibilità ad un sesso e non certo ai costumi sessuali⁴⁶⁰. Seppure l'orientamento sessuale ricadesse nella sfera sessuale, non avrebbe potuto essere confuso concettualmente all'appartenenza biologica (originaria o mutata) ad un determinato sesso.

In forza di questo preliminare chiarimento, la Corte si è dedicata all'interpretazione dell'art. 119 del vecchio Trattato Ce, attraverso l'applicazione di diversi criteri ermeneutici, tra cui: «l'interpretazione generalmente oggi accolta della nozione di discriminazione fondata sul sesso contenuta in diversi atti internazionali concernenti la tutela dei diritti fondamentali»⁴⁶¹; il dettato letterale della norma; lo scopo; la collocazione e il contesto giuridico complessivo nel quale la stessa era inserita.

La Corte, dopo aver ridimensionato l'inciso della decisione *Toonen*, costatandone la quasi unicità sul piano della giurisprudenza internazionale, ha ritenuto che l'articolo 119 non potesse in alcun modo riferirsi alle discriminazioni fondate sull'orientamento sessuale. La pretesa della ricorrente non poteva, quindi, trovare fondamento nelle disposizioni del diritto comunitario e, quindi, non poteva essere accolta.

L'esito della decisione è assolutamente condivisibile e coerente, sia con la giurisprudenza internazionale che con la decisione *P.* Peraltro, la decisione conteneva un'importante affermazione,

⁴⁶⁰ *Ibid.* par. da 38 a 42.

⁴⁶¹ *Ibid.* par. 47.

ossia che il diniego del beneficio al convivente dello stesso sesso del dipendente costituiva un prassi evidentemente discriminatoria. La circostanza che si trattasse di una discriminazione fondata sull'orientamento sessuale, che in quel momento non rientrava nella sfera di protezione del diritto comunitario, ostava a che la Corte potesse di fatto censurarla. La stessa ha chiaramente affermato che benchè il rispetto dei diritti fondamentali costituisse uno dei presupposti di legittimità degli atti comunitari, questi stessi diritti non avrebbero potuto *ex se* comportare un ampliamento dell'ambito di applicazione delle disposizioni del Trattato oltre i poteri e le competenze specifiche della Comunità⁴⁶².

Sebbene coerente da un punto di vista di argomentazione logico giuridica, con la decisione sul caso *Grant* – di fatto poi riconfermata nel 2001 dalla Corte nel caso *D. e Svezia*⁴⁶³ – la giurisprudenza della Corte lasciava evidentemente aperto un vuoto di tutela. Peraltro, non è mancato chi ha sottolineato come l'argomento sollevato dalla Corte rispetto all'incompetenza in materia fosse «a boringly superficial one, given that, in the early days of integration, human rights protection was not included in the Founding Treaties at all, and the Court moved to protect human rights more or less on its own initiative, relying on the 'constitutional traditions of the Member States' and the principles of the ECHR⁴⁶⁴».

Eppure, questa decisione si poneva palesemente in contrasto con quanto stava avvenendo nei singoli Stati membri dell'Unione Europea, in termini di evoluzione antidiscriminatoria degli ordinamenti interni, nonché di quanto accadeva proprio con riferimento all'ordinamento europeo, come ad esempio l'adozione della Carta dei diritti fondamentali dell'UE. Questa all'articolo 21, prima tra tutti gli strumenti giuridici internazionali di tutela dei diritti fondamentali, ha esplicitamente citato l'orientamento sessuale come elementi sulla base del quale ogni discriminazione deve considerarsi vietata. Inoltre, la sentenza ha generato una immediata reazione del legislatore comunitario, il quale pochi anni dopo ha provveduto a modificare lo Statuto dei funzionari dell'Unione equiparando *tout court*, com'è ovvio limitatamente a tale campo, «le unioni non matrimoniali» al matrimonio⁴⁶⁵. Ma soprattutto, proprio in risposta alla giurisprudenza della Corte è intervenuto il Consiglio con la Direttiva 2000/78/CE che ha reso espressamente illegittima la discriminazione basata sull'orientamento sessuale «as regards to employment and occupation»⁴⁶⁶.

⁴⁶² *Ibid.* par. 45.

⁴⁶³ *D. e Svezia*, cause riunite C-122/99P e C-125/99P (ECJ, 31 maggio 2001). In realtà mentre nel caso *Grant* la Corte aveva sostanzialmente ammesso la sussistenza di una discriminazione, ma aveva rilevato i propri limiti nella sindacabilità della stessa, nel caso *D. e Svezia* – pur giungendo alle medesime conclusioni – in parte contraddice il dictum di *Grant*. In quel caso, infatti, la Corte affermò che la situazione del partner registrato non poteva essere omologata a quella del rapporto di coniugio, in ragione dell'estrema «eterogeneità normativa».

⁴⁶⁴ D. Kochenov, «Gay rights in the EU: a long way forward for the Union of 27,» *Croatian Yearbook of European Law and Policy* 3 (2007) pag 9.

⁴⁶⁵ Attraverso l'art. 1-quinquies del Regolamento CE ed Euratom n. 723/2004 del Consiglio del 22 marzo 2004, che modifica lo statuto dei funzionari delle Comunità europee e il regime applicabile agli altri agenti di dette comunità, in G.U.U.E., L 124 del 27 aprile 2004, 1

⁴⁶⁶ «Direttiva del Consiglio che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro,» 2000/78/EC (27 novembre 2000).

La direttiva, che fu adottata in forza dell'articolo 13 del Trattato CE⁴⁶⁷, ha fornito nuovo slancio alla materia della discriminazione, tanto che in linguaggio accademico si parla di «nuovo diritto antidiscriminatorio», che si snoda attraverso due diverse ipotesi di discriminazione. Il primo tipo di discriminazione è quella c.d. “diretta”, che si verifica quando una delle “caratteristiche sensibili”⁴⁶⁸ fonda la circostanza per cui «una persona è trattata meno favorevolmente di quanto sia, sia stata o sarebbe trattata un'altra in una situazione analoga»⁴⁶⁹. Il secondo tipo di discriminazione è quella c.d. “indiretta”, che si verifica quando «una disposizione, un criterio o una prassi apparentemente neutri possono mettere in una posizione di particolare svantaggio le persone [dotate di una caratteristica sensibile] rispetto ad altre»⁴⁷⁰. A differenza della prima, che non è mai ritenuta ammissibile, quest'ultima può considerarsi legittima se oggettivamente giustificata da una finalità legittima e solo qualora i mezzi impiegati per il suo conseguimento siano appropriati e necessari.

Questo, comunque, non è l'unico elemento che differenzia le due ipotesi. Vi sono altri due aspetti altrettanto importanti, che vale la pena di menzionare perchè chiariranno in un momento successivo la portata delle decisioni con cui la Corte ha applicato la Direttiva in oggetto. Nell'ipotesi della discriminazione diretta, ad essere oggetto di scrutinio giurisdizionale è la situazione individuale, invece – in quella indiretta – è il gruppo, la classe di individui accomunati da una medesima caratteristica personale. In questa seconda ipotesi, paraltro, viene in considerazione anche la “posizione di particolare svantaggio” che la classe nel suo complesso subirebbe in conseguenza della misura discriminatoria. Inoltre, mentre nella discriminazione diretta è richiesta la prova dell'attualità e materialità dello svantaggio derivante da trattamento differente, nel caso di quella indiretta è sufficiente provare l'idoneità astratta del trattamento a riprodurre lo svantaggio.

L'importanza della Direttiva, in termini di tutela delle minoranze sessuali da ogni possibile discriminazione, sta anche nella possibilità di censurare questo tipo di discriminazione. Ovvero quel processo che porta un sistema di norme a creare un svantaggio per un intero gruppo. Questo svantaggio, in termini sociologici, altro non è che l'affermazione della superiorità di una classe ad un'altra, che in quanto “subordinata” non merita lo stesso tipo di tutela da parte dell'ordinamento. La filosofa Nussbaum, definisce questo processo quello di “*subordination*” e spiega: «equal protection captures the idea of nonsubordination [...] The law shows truly equal respect for citizens only if it look searchingly into apparent symmetries, examining the real opportunities different

⁴⁶⁷ L'articolo fu introdotto nel 1997 dal Trattato di Amsterdam in vigore dal 1999 e costituisce la base giuridica è la stessa della Direttiva gemella 2000/43/CE.

⁴⁶⁸ Queste sono la religione, le convinzioni personali, le disabilità, l'età o l'orientamento sessuale.

⁴⁶⁹ Art. 2, par. 2, lett. a della Direttiva.

⁴⁷⁰ Art. 2, par. 2, lett. b della Direttiva.

groups of citizens have to pursue what is important in life»⁴⁷¹.

L'importanza della Direttiva summenzionata sta proprio nel fatto di occuparsi della discriminazione indiretta, che «svela il trucco che si cela dietro una misura solo apparentemente neutra, ma che in realtà afferma un privilegio di una classe rispetto all'altra. Senza una norma che si occupi della discriminazione indiretta, probabilmente, la maggior parte dei casi di effettiva discriminazione resterebbero nell'ombra»⁴⁷².

5. Diritto alle misure di sicurezza sociale

Un ultimo aspetto legato al “riflesso pubblico” della sessualità è quello legato ai benefici sociali e, più in generale, ai sistemi di sicurezza sociale. Anche in questo campo, infatti, la sessualità come caratteristica strettamente individuale può produrre i propri effetti in termini di godimento di specifiche norme. Di tale diritto, in diversi sistemi sancito⁴⁷³, dovrebbero godere senza limiti particolari anche tutti gli individui appartenenti alle minoranze sessuali, eppure anche rispetto al godimento di tale diritto si registrano persistenti violazioni. Diverse Agenzie hanno evidenziato la sussistenza di questo tipo di violazioni, meno evidenti di quelle legate ad altri diritti fondamentali, ma altrettanto dannose per l'autodeterminazione dell'individuo.

Con riferimento ad uno dei problemi trattati nei paragrafi precedenti – ovvero il riconoscimento giuridico della riassegnazione chirurgica del sesso – è stato rilevato come, ad esempio, gli individui transessuali «encounter many practical difficulties, including when applying for employment, housing, bank credit or State benefits, or when travelling abroad»⁴⁷⁴. Nello stesso senso il Comitato per i Diritti del Fanciullo ha espresso chiaramente preoccupazione, giacché «[Acts] on equal treatment in certain areas and on protection against discrimination, and on amendments to certain acts (“the Anti-Discrimination Law”) do not provide protection from discrimination in the areas of social security, healthcare, education and provision of goods and services on the grounds of ethnicity, disability, religion or belief, and sexual orientation»⁴⁷⁵.

Sul punto si è espressa la Corte EDU, sulla base di un ricorso presentato da un cittadino austriaco, contro la decisione della Corte Suprema di non riconoscere il suo diritto a succedere nel contratto di locazione dopo la morte del suo compagno. Questi riteneva che la decisione integrasse,

⁴⁷¹ M.C. Nussbaum, *From Disgust to Humanity, Sexual orientation & Constitutional Law* (Oxford: Oxford University Press, 2010) pag. 43.

⁴⁷² M. Winkler, «I trattamenti pensionistici delle coppie dello stesso sesso: il caso Romer,» *Responsabilità civile e previdenza* (Giuffrè Editore), n. 10 (2011): 1979-1996 pag. 1986.

⁴⁷³ Articolo 22 della Universal Declaration of Human Rights; articolo 5 (e)(iv) delle International Convention on the Elimination of all forms of Racial Discrimination; articolo 9 dell'International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights; articolo 13(a) della Convention on the Elimination of Discrimination Against Women e articolo 45(h) della Charter of the OAS.

⁴⁷⁴ Human Rights Council, *Discriminatory laws and practices and acts of violence against individuals based on their sexual orientation and gender identity*, A/HRC/19/41 (Report of the United Nations High Commissioner for Human Rights, 2011) par. 71.

⁴⁷⁵ Committee on the Rights of the Child, «Concluding Observations on Slovakia,» UN Doc. CRC/C/SVK/CO/2 (10 luglio 2007) par. 27.

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'articolo 8. Il ricorrente aveva convissuto e assistito il proprio compagno fino al decesso di quest'ultimo, che aveva contratto il virus dell'Aids. In costanza della loro relazione, poco prima di morire, il ricorrente era stato designato dal compagno come proprio erede.

A seguito del decesso del partner del ricorrente il proprietario dell'appartamento dove i due avevano convissuto conveniva in giudizio il ricorrente, al fine di ottenere il riconoscimento della cessazione del contratto di locazione. Il Tribunale respingeva però il ricorso, sostenendo l'applicabilità al caso in esame dell'art. 14 della legge austriaca in materia di locazioni. La norma disciplina, in caso di morte del conduttore, la successione nel contratto dei suoi familiari, annoverando, tra i soggetti legittimati a subentrare in luogo dell'originario conduttore, il "compagno/a di vita", che con questo avesse coabitato per almeno tre anni. La decisione – confermata in appello⁴⁷⁶ – era stata, tuttavia, annullata dalla Corte Suprema, che aveva ritenuto inapplicabile la norma invocata dalle Corti inferiori al caso di specie. Non sarebbe stato possibile, infatti, interpretare – conformemente alla volontà del legislatore del '74 – la nozione di "compagno di vita" come esteso alle persone coinvolte in una relazione omosessuale.

Nonostante fosse sovvenuta la morte del ricorrente a seguito del ricorso presentato alla Corte EDU, i giudici di Strasburgo si pronunciarono comunque sulla questione⁴⁷⁷. La Corte, infatti, evidenziò la necessità di proseguire, anche dopo la morte del ricorrente, in ragione della rilevanza della dimensione morale – prima che patrimoniale – del proprio operato, la cui centralità non risulta pregiudicata dalla morte della vittima della violazione, specialmente laddove la questione trascenda la persona e gli interessi del richiedente. I giudici di Strasburgo, dunque, avevano riaffermato il principio per il quale le singole decisioni rappresentano indubbiamente strumenti atti a fornire tutele individuali, ma al contempo preziosi mezzi per chiarire, salvaguardare e sviluppare i diritti sanciti dalla Convenzione, contribuendo al rispetto, da parte degli Stati, degli impegni assunti in quanto Parti contraenti. A questo proposito, quindi per sottolineare l'importanza dell'argomento e

⁴⁷⁶ Il Tribunale Regionale di Vienna aveva respinto il ricorso presentato dal proprietario, ravvisando la ratio dell'art.14 nella necessità di proteggere contro l'improvvisa mancanza di dimora quanti avessero fino a quel momento coabitato, senza che fosse possibile procedere ad alcuna distinzione sulla base degli orientamenti sessuali dei soggetti coinvolti.

⁴⁷⁷ L'avvocato del ricorrente comunicava al Tribunale tale circostanza e la rinuncia della madre del signor Karner al diritto di successione oggetto di controversia. Il legale chiedeva, tuttavia, alla Corte di non cancellare il ricorso dal ruolo al fine di rintracciare eventuali altri eredi precedentemente sconosciuti e potenzialmente interessati a proseguire l'azione, informando la Corte sullo svolgimento delle relative indagini. Preliminarmente la Corte affrontò, quindi, il problema concernente la sussistenza della propria giurisdizione. Invero, dopo aver ricordato il contenuto degli artt. 33 e 34 della Convenzione, concernenti rispettivamente i ricorsi interstatali e quelli individuali e, ribadito altresì il consolidato orientamento per il quale non può ritenersi che l'art. 34 istituisca una sorta di *actio popularis*, dovendosi al contrario ritenere che persone fisiche, organizzazioni non governative e gruppi di privati possano agire dinanzi alla Corte solo quando colpiti da una concreta violazione di uno dei diritti garantiti dalla Convenzione e dai suoi Protocolli, respinse la richiesta del governo austriaco di procedere, a seguito della morte del ricorrente, alla cancellazione dal ruolo del ricorso in esame. Infatti, la materia oggetto della controversia, ossia la differenza nel trattamento degli omosessuali con riguardo alla successione nei contratti di locazione, integrava un'importante questione di interesse generale, non solo per l'Austria quale Stato convenuto, ma anche per gli altri Stati membri, meritando pertanto una compiuta definizione, come del resto consentito dalla stesso art. 37, che, disciplinate le condizioni per la cancellazione dei ricorsi, introduce la possibilità per la Corte di proseguire nella trattazione della causa quando ciò appaia alla stessa giustificato dalle circostanze.

l'interesse generale ad una corretta soluzione dello stesso, la Corte fece riferimento all'intervento di *ILGA-Europe*, *Liberty* e *Stonewall*, autorizzati in qualità di terzi, a norma dell'art. 36 della Convenzione.

Con riguardo alla presunta violazione dell'art. 14 in combinato disposto con l'art. 8 della Convenzione, la Corte ha in primo luogo ritenuto superflua la precisazione delle nozioni di "vita privata" e di "vita familiare", considerando evidente che la presunta discriminazione avesse pregiudicato in concreto il diritto al domicilio, il cui godimento risulta del resto espressamente tutelato dalla norma in esame.

Nel valutare, poi, le argomentazioni delle parti, i giudici si sono soffermati su quella che le stesse ritenevano essere la *ratio* della disciplina interna in materia di locazioni. Ricorrente e governo ne avevano fornito, infatti, due interpretazioni radicalmente differenti. Il primo, sottolineando l'importanza della protezione sociale e finanziaria fornita al convivente ed esplicitamente escludendo qualsiasi ulteriore finalità politica sul piano sociale e familiare; il secondo adducendo la volontà del legislatore dell'epoca di tutelare la famiglia tradizionale. In virtù di tale interpretazione, il Governo austriaco aveva, pertanto, riconosciuto il diverso trattamento riservato al ricorrente in ragione del suo orientamento sessuale, sostenendo, tuttavia, che tale disparità trovasse una ragionevole giustificazione.

La Corte valutò il fine di tutela della famiglia in senso tradizionale quale motivo importante e potenzialmente legittimante una disparità di trattamento, affermando tuttavia la necessità di stabilire se, nelle circostanze del caso concreto, il principio di proporzionalità fosse stato o meno rispettato. In presenza di una disparità di trattamento fondata sul sesso o sull'orientamento sessuale, come negli altri casi in cui agli Stati è riconosciuto un esiguo margine di apprezzamento, il principio di proporzionalità non si limita ad esigere che la misura scelta risulti in linea di principio idonea a realizzare lo scopo perseguito, dovendosi dimostrare l'ulteriore "necessità". Nel caso trattato, la Corte non ha ritenuto che gli argomenti avanzati dal Governo consentissero di pervenire ad una conclusione nel senso della legittimità della discriminazione attuata, data la mancanza di ragioni convincenti tali da giustificare l'interpretazione restrittiva dell'art. 14 della legge austriaca e la conseguente preclusione subita dal partner superstite, concludendo per la sussistenza della violazione dell'articolo 14 della Convenzione in combinato disposto con l'articolo 8.

In questo caso, si noti, la Corte non ha ritenuto di censurare la violazione del diritto al domicilio del ricorrente, ma ha dichiarato l'illegittimità della normativa interna giacché discriminatoria. Ben avrebbe potuto la Corte considerare l'intervento negativo delle autorità giurisdizionali come un'interferenza illegittima con il godimento del diritto al rispetto della vita privata, giacché di fatto ingiustificato.

6. Conclusioni

La varietà e la quantità di decisioni e prassi di organi sovranazionali esaminati nel corso di questo Capitolo inducono a sostenere che vi sia accordo nel ritenere che la sessualità dell'individuo – al pari di altre caratteristiche personali – debba essere tutelata anche nelle sue espressioni pubbliche.

Da quanto esposto, emerge chiaramente che la vita sessuale dell'individuo – intesa come orientamento sessuale o identità di genere – fuoriesce dalle strette maglie della vita privata, indipendentemente o meno dal fatto che la manifestazione sociale della stessa sia direttamente operata o, comunque, voluta dall'individuo. A tale conclusione si giunge, oltre che attraverso l'esame puramente empirico del tessuto sociale moderno, in virtù di quanto esposto nei primi due Capitoli: non si può pretendere che un individuo releghi la propria sessualità al silenzio, alla solitudine, alla non condivisione del proprio *status*, se non a costo di violare i suoi diritti fondamentali. Fin dalla prima giurisprudenza della Corte EDU, viene affermato il principio per cui ad un individuo non possa richiedersi di dissimulare il proprio orientamento sessuale, giacché una tale restrizione del proprio diritto al rispetto della vita privata sarebbe evidentemente illegittimo⁴⁷⁸.

Questa conclusione – fondamento di una cultura della completa affermazione e autodeterminazione individuale – rappresenta l'origine stessa di quei casi esaminati nel corso di questo Capitolo. Se ogni soggetto può vivere liberamente ed in modo degno la propria sessualità. È evidente che tale libertà deve potersi spingere fino all'esercizio di ogni espressione pubblica della stessa.

Questo esercizio può tradurci nella rivendicazione delle proprie istanze in forma associativa, nella espressione pubblica della propria personalità in forma individuale, così come nel non dover celare il proprio orientamento per accedere ai servizi garantiti dallo Stato. In altre parole, colui il quale appartenga ad una minoranza sessuale deve poter essere anche un cittadino. L'esercizio di tali diritti deve essere garantito anche a colui che sia espressione di una sessualità non convenzionale o comunque deviante rispetto a quella condivisa dalla maggior parte della popolazione.

Sulla base di questa argomentazione, gli organi giurisdizionali e non hanno via via esteso – a livello sovranazionale – la garanzia di tali diritti di volta in volta agli omosessuali o ai transessuali a seconda del caso di specie. Dall'esercizio della libertà di espressione, di riunione e associazione, al diritto alla salute e all'istruzione si è affermato il principio secondo cui la sessualità deve poter

⁴⁷⁸ A questo proposito è molto interessante richiamare quanto sostenuto da Bourdieu che parla al riguardo di “dominio simbolico”. Ne *Il dominio maschile* scrive: «l'oppressione come “invisibilizzazione” si esprime in un rifiuto dell'esistenza legittima, pubblica, cioè conosciuta e riconosciuta, in particolare dal diritto, e in una stigmatizzazione che si manifesta nel modo più aperto quando il movimento rivendica la visibilità. In Tal caso lo si invita esplicitamente alla “discrezione” o alla dissimulazione che è normalmente costretto a imporsi» in P. Bourdieu, *Il dominio maschile* (Milano: Feltrinelli, 2009) p. 138.

entrare a far parte del discorso pubblico ed essere tutelata anche quando influenzi la condotta sociale dell'individuo.

È evidente che – così come per ogni altro consociato – all'esercizio di alcuni diritti e libertà possono essere posti dei limiti. In particolare quelle restrizioni necessarie a garantire il perseguimento di fini e obiettivi funzionali al buon andamento di una democrazia sana. Quindi, ad esempio, l'esercizio della libertà di riunione pacifica rimarrà sempre condizionato alla eventuale necessità di tutela dell'ordine pubblico. Pur tuttavia, questa come altre vie d'accesso alla restrizione di alcune libertà democratiche non possono essere sfruttate per limitarne il legittimo esercizio in maniera puramente discriminatoria, ossia solo a causa dell'ostilità nei confronti della sessualità non convenzionale.

Se il riconoscimento della sessualità come parte della vita, anche pubblica, dell'individuo appare dalle esaminate pronunce pacifico, ciò su cui invece si riscontrano discrete divergenze sono la tecnica argomentativa e il fondamento giuridico attraverso i quali si giunge a tale conclusione.

Sicuramente, un punto ormai condiviso e non più in discussione nella giurisprudenza è l'impossibilità di ricondurre il concetto di orientamento sessuale a quello di sesso, inteso come genere. Eppure la giurisprudenza è oscillante quanto all'applicazione o meno dello strumento della c.d. *minorization*. Non sempre, a fronte di una violazione di un diritto fondamentale nei confronti di un esponente delle minoranze sessuali, viene contestata anche la violazione del divieto di discriminazione. Basti pensare alla produzione giurisprudenziale delle Corte EDU che, spesso, ritiene assorbita tale violazione, garantendo il rispetto del singolo diritto sostanziale in quanto tale, come accaduto con l'articolo 8 nel caso di assenza di una disciplina che regolasse le procedure di riassegnazione chirurgica del sesso. Altre volte, invece, ritiene di dover sottolineare la valenza di discriminatoria delle violazioni, come avvenuto per i casi di restrizioni illegittime all'esercizio della libertà di riunione. Altre volte ancora viene contestata solo la violazione del diritto sostanziale, ma nella motivazione fa espresso ricorso ad argomenti di tutela di una categoria inquadrata come minoranza, come ad esempio accaduto con l'articolo 8 nel caso dell'esclusione dei militari omosessuali dalle forze dell'ordine.

Lasciando alle conclusioni l'analisi puntuale delle implicazioni e contraddizioni dell'uno e dell'altro approccio, è necessario però ribadire che è pacificamente emerso il principio secondo cui la sessualità esce dai confini della vita privata e autoreferenziale dell'individuo per condizionarne anche la vita pubblica. Tale circostanza ha indotto, quindi, la giurisprudenza e la prassi internazionali a ritenere comunque dovuta la tutela anche dei diritti legati alla sfera pubblica nei confronti di coloro che appartengono alle minoranze sessuali. se poi ciò debba avvenire con delle

cautele particolari, derivanti dallo *status* di minoranza *lato sensu* intesa, questo non è invece ancora chiaro.

CAPITOLO IV

LA TUTELA DELLA SESSUALITÀ COME ASPETTO CARATTERIZZANTE LE RELAZIONI INTERPERSONALI

SOMMARIO: 1 INTRODUZIONE: LA SESSUALITÀ E L'ASSENZA DI LEGITTIMAZIONE DELLE RELAZIONI NON ETERONORMATIVE – 2 LA TUTELA GIURIDICA DELLE COPPIE DELLO STESSO SESSO – 2.1 LA SUCCESSIONE NEL CONTRATTO DI LOCAZIONE – 2.2 LA PENSIONE DI REVERSIBILITÀ NELLA GIURISPRUDENZA DELLA CGE – 2.3 SEGUE: LA PENSIONE DI REVERSIBILITÀ NELLA GIURISPRUDENZA DELLA CORTE EDU – 2.4 ALTRI BENEFICI ASSISTENZIALI – 3 IL DIRITTO AL MATRIMONIO PER LE MINORANZE SESSUALI – 3.1 IL DIRITTO AL MATRIMONIO NELLA GIURISPRUDENZA DELLA CORTE EDU – 3.2 IL DIRITTO AL MATRIMONIO NELLA PRASSI E NELLE DECISIONI DEGLI ORGANI ONU – 4 IL DIRITTO A FONDARE UNA FAMIGLIA: DIRITTI PARENTALI DELLE MINORANZE SESSUALI – 4.1 IL DISCONOSCIMENTO DELLA PATERNITÀ PER I TRANSESSUALI – 4.2 AFFIDAMENTO E DIRITTO DI VISITA: RILEVANZA DELLA SESSUALITÀ IN CASO DI SEPARAZIONE DEI CONIUGI NELLA GIURISPRUDENZA DELLA CORTE EDU – 4.3 AFFIDAMENTO E DIRITTO DI VISITA: RILEVANZA DELLA SESSUALITÀ IN CASO DI SEPARAZIONE DEI CONIUGI NELLA GIURISPRUDENZA DELLA CORTE INTERAMERICANA – 4.4 ADOZIONI OMOSESSUALI: OMOGENITORIALITÀ – 5 CONCLUSIONI

1.Introduzione: la sessualità nei rapporti tra individui

Uno dei principi che più ha tardato ad affermarsi nella giurisprudenza e nella prassi internazionale è quello del riconoscimento della sessualità come aspetto caratterizzante le relazioni interpersonali. Questo ritardo è pienamente comprensibile e in linea con quanto più volte ricordato nel corso della trattazione rispetto all'influenza delle tradizioni culturali e religiose in alcuni settori del diritto, nonché del forte relativismo e della dicotomia pubblico privato che caratterizza l'ordinamento internazionale.

Invero, la più dibattuta sfera di intervento dello Stato in relazione alle minoranze sessuali, da un punto di vista del godimento dei diritti fondamentali, è sicuramente quella del diritto di famiglia. Nonostante Trattati e Convenzioni tutelino dall'arbitraria interferenza dello Stato nel diritto al rispetto della vita privata e familiare, la maggior parte degli Stati negano il diritto al matrimonio delle coppie omosessuali e discriminano sistematicamente gli individui LGBTI con riferimento ai diritti e alle responsabilità genitoriali. La materia rimane più delle altre esposta all'operatività della giustificazione dell'ordine pubblico e della pubblica morale per questo tipo di interferenze.

A ciò si aggiunga che proprio le famiglie sono spesso la prima fonte di attitudini discriminatorie. È proprio all'interno della famiglia che l'individuo, appartenente ad una minoranza sessuale, può essere in prima battuta privato del godimento dei diritti fondamentali. Si pensi alle diverse possibilità che all'interno del nucleo familiare sono messe in atto per esercitare una

pressione discriminatoria: dall'allontanamento dalla casa familiare alla privazione dei mezzi di sostentamento, dal divieto di frequentare la scuola o di eseguire analisi e terapie al matrimonio forzato⁴⁷⁹.

La famiglia è il luogo dove spesso le norme sui ruoli di genere vengono applicate con particolare rigore e dove le relative trasgressioni sono punite. Nel 1997, lo *Special Rapporteur on violence against women* notò che la stessa «may also be the site of restrictions on and regulations of female sexuality ... Women who ...live out their sexuality in ways other than heterosexuality are often subjected to violence and degrading treatment»⁴⁸⁰. Gli organi delle Nazioni Unite, così come le organizzazioni non governative, hanno documentato una grande varietà di reazioni alle violazioni delle norme di genere specificamente dirette alle donne – che includono matrimoni forzati, gravidanze forzate e stupri all'interno del matrimonio – per aver assunto specifici comportamenti o orientamenti sessuali⁴⁸¹.

Se da un certo punto di vista la famiglia può essere il primo veicolo attraverso il quale viene perpetrata la discriminazione, da un altro angolo visuale incarna la prima fondamentale istituzione il cui accesso è inibito agli individui LGBTI.

Gli aspetti delle relazioni interpersonali che sono stati oggetto di interesse normativo e giurisprudenziale a livello sovranazionale riguardano per lo più – storicamente – il matrimonio e i rapporti di filiazione. Proprio questi aspetti, che gravitano nell'ambito dell'istituzione familiare, sono più di altri – sicuramente più dell'esercizio dei diritti civili o del diritto al rispetto della vita privata – soggetti all'interferenza delle norme sociali.

A ben vedere, la famiglia non è un'esperienza neutra rispetto alle dinamiche di potere, alle logiche di dominio, di riconoscibilità e legittimazione sociale. Al contrario, è stato spesso rilevato come attraverso la normazione diretta del fenomeno, lo Stato può imporre di volta in volta dei modelli eterodeterminati che costringono l'autonomia dei corpi, normalizzando e disinnescando la carica sovversiva delle esperienze che sfuggono al controllo della norma sociale dominante.

⁴⁷⁹ Questi casi sono ampiamente riportati in diversi documenti delle Nazioni Unite. Cfr. Economic and Social Council, «Report of the Special Rapporteur on violence against women, its causes and consequences, Ms. Radhika Coomaraswamy, submitted in accordance with Commission on Human Rights resolution 1997/44,» E/CN.4/2000/68/Add.5 (24 febbraio 2000) par. 13; Economic and Social Council, «Report of the Special Rapporteur on violence against women, its causes and consequences, Ms. Radhika Coomaraswamy, submitted in accordance with Commission on Human Rights resolution 2001/49,» E/CN.4/2002/83 (31 gennaio 2002) par. 99-105; Economic and Social Council, «Report of the Special Rapporteur on violence against women, its causes and consequences, Yakin Ertürk,» E/CN.4/2006/61/Add.3 (27 gennaio 2006) par. 51; General Assembly, «Report of the Special Rapporteur on violence against women, its causes and consequences, Yakin Ertürk,» A/HRC/4/34/Add.3 (6 gennaio 2007) par. 34; Committee on the Elimination of Discrimination against Women Forty-third session, «Concluding observations of the Committee on the Elimination of Discrimination against Women Guatemala,» CEDAW/C/GUA/CO/7 (10 febbraio 2009) par. 19.

⁴⁸⁰ Economic and Social Council, «Report of the Special Rapporteur on violence against women, its causes and consequences, Ms. Radhika Coomaraswamy,» E/CN.4/1997/47 (12 febbraio 1997) par. 8.

⁴⁸¹ Si vedano ad esempio: Human Rights Council, «Report of the Special Rapporteur on the situation of human rights defenders, Margaret Sekagya,» A/HRC/16/44 (20 dicembre 2010) par. 23 e 24; Economic and Social Council, «Report submitted by Ms. Hina Jilani, Special Representative of Secretary-General on human rights defenders, pursuant to the Commission on Human Rights resolution 2000/61,» E/CN.4/2002/106 (27 febbraio 2002) par. 90-92; Economic and Social Council, «Report of the Special Rapporteur on violence against women, its causes and consequences, Ms. Radhika Coomaraswamy,» E/CN.4/1997/47 (12 febbraio 1997) par 57 e 101-102; UN General Assembly, «In-depth study on all forms of violence against women : report of the Secretary-General,» A/61/122/Add.1 (6 luglio 2006) par. 57, 73, 84 e 151.

Sebbene la famiglia non possa essere intesa astrattamente, a prescindere dalla rete di istituzioni entro le quali è situata⁴⁸² e secondo i modelli che la ordinano, si deve riconoscere come essa non costituisca un'unità omogenea, indifferenziata, un elemento capsulare e, quindi, impermeabile ai molteplici fattori culturali presenti. Proprio la mutevolezza e la scarsa predisposizione alle definizioni del fenomeno familiare segnala la circostanza che la stessa idea di un soggetto "familiare" eterosessuali – alla pari dello stesso concetto di eterosessualità – è stata prodotta discorsivamente da rapporti di potere⁴⁸³. In effetti, l'esistenza di nuclei familiari "atipici", o comunque segnati dalla presenza di caratteri sessuali non convenzionali, è talmente diffusa che è difficile da ignorare. In Italia, una quota compresa tra il 40 e il 49% di uomini gay e tra il 58 e il 70% di donne lesbiche vive in una relazione stabile⁴⁸⁴. Tali famiglie si intrecciano con molteplici dinamiche relazionali e sociali di tipo collettivo. Dal punto di vista giuridico, allora, è proprio l'inerzia del diritto che tende a perpetuare al di là delle trasformazioni della famiglia reale, il modello dominante della cultura familiare e, con esso, quello della sessualità legittima, eterosessuale e orientata verso la riproduzione, modello rispetto al quale si organizzano tacitamente la socializzazione e, contemporaneamente, la trasmissione dei principi di divisione tradizionali.

Se alcuni ordinamenti interni iniziano a manifestare timidi segni di mutamento giuridico, per lo più dettati dalla mera volontà politica, l'inerzia di cui sopra sembra invece caratterizzare pienamente l'ordinamento internazionale. A titolo meramente esemplificativo, si pensi che lo *Human Rights Committee* ha affermato che gli Stati non sono obbligati, in virtù del diritto internazionale, ad autorizzare i matrimoni tra coppie dello stesso sesso⁴⁸⁵. Ciononostante, in alcune pronunce – seppure geograficamente limitate all'area europea – appare essersi affermato il principio secondo cui l'obbligo di proteggere gli individui dalla discriminazione sulla base dell'orientamento sessuale si estenda così da assicurare che le coppie di fatto omosessuali siano trattate allo stesso modo e abbiano diritto agli stessi benefici di quelle di fatto eterosessuali.

Tuttavia, si tratta di una prassi troppo poco diffusa. Infatti, la maggior parte degli Stati riconosce dei benefici per le coppie sposate e le coppie di fatto eterosessuali, ma non anche alle coppie di fatto dello stesso sesso. Tra gli esempi vi rientrano i diritti legati alla materia previdenziale e pensionistica, la possibilità di subentrare nel contratto di locazione stipulato dal

⁴⁸² A questo proposito alcuni studi hanno chiarito che: «lo sviluppo del welfare state non si è tradotto in un'erosione o riduzione tout court della famiglia, bensì nella creazione di un particolare tipo di famiglia, organizzata sulla base di una specifica divisione del lavoro tra i sessi e su una specifica organizzazione del tempo» cfr. C. Saraceno, «Il rapporto famiglia-Stato e i contributi delle analisi "dalla parte delle donne",» *Inchiesta*, n. 65 (1984) p. 28-29.

⁴⁸³ Si riconosce, dunque, come lo stigma sociale sia posto, e spesso si ponga tuttora, come fattore che esercita una specifica influenza, se è vero che la profonda differenza tra omosessualità ed eterosessualità è in parte socialmente costruita attraverso l'attribuzione alle persone gay e lesbiche di una psicologia che le rende incapaci dell'amore romantico e quindi incapaci di nulla più di un simulacro del matrimonio. Cfr. R. Collier, «Straight Families, Queer Lives? Homosexual(izing) Family Law,» in *Sexuality in the Legal Arena* (Londra: Athlone, 2004) e C. Calhoun, «Making Up Emotional People. The Case of Romantic Love,» in *The Passions of Law*, 218 (New York: New York University Press, 1999).

⁴⁸⁴ M. Barbagli e A. Colombo, *Omosessuali moderni. Gay e lesbiche in Italia* (Il Mulino, 2007).

⁴⁸⁵ *Joslin v. New Zealand*, CCPR/C/75/D/902/1999 (Human Rights Committee, 17 luglio 2002).

partner deceduto oppure i benefici legati al soggiorno per il partner straniero. Non meno importante è sottolineare come l'assenza di un riconoscimento ufficiale delle relazioni omosessuali e l'assenza di un espresso divieto di discriminazione influenzino il comportamento degli attori privati nel senso di agevolarne i comportamenti discriminatori, con riferimento ad esempio ai servizi sanitari e alle compagnie di assicurazione.

Già sin d'ora è possibile affermare che la sfera di regolamentazione statale legata alla sessualità dell'individuo che pone, in assoluto, più problemi – in termini di tutela dei diritti fondamentali – è sicuramente quella del diritto di famiglia. Nonostante le garanzie, di origine pattizia e convenzionale, volte a censurare qualsiasi tipo di interferenza illegittima dello Stato con il diritto al rispetto della vita privata, della vita familiare o, più in generale, della libertà di associazione, la più gran parte degli Stati negano recisamente qualsiasi tipo di diritto o riconoscimento alle coppie dello stesso sesso e discriminano sistematicamente gli individui LGBTI quanto al riconoscimento dei diritti parentali.

Eppure, anche in questa materia, non si può prescindere da un'analisi del parziale mutamento avvenuto con riferimento alle legislazioni interne e alla giurisprudenza, sia nazionale che delle Corti sovranazionali. Sebbene esiguo rispetto alla totalità, non è irrilevante il numero di Stati – anche piuttosto influenti – che, oggi, garantiscono il pieno riconoscimento delle coppie dello stesso sesso e alle stesse garantiscono i medesimi diritti parentali delle coppie eterosessuali. La funzionalità di tale analisi appare ancora più chiara soprattutto alla luce della forza propulsiva dei principi che si vanno affermando, di tal che – infatti – molti altri Paesi stanno comunque percorrendo la strada del riconoscimento dei *partnership rights* attraverso forme diverse da quella dell'estensione del matrimonio tradizionale.

Nel seguito della trattazione verrà riproposto il percorso di estensione nel riconoscimento di alcuni diritti in relazione all'evolversi della tutela delle relazioni personali, quando caratterizzate e segnate dall'espressione di una sessualità non conforme. In primo luogo, quindi, verrà trattato l'aspetto legato ai rapporti tra adulti e, quindi, l'eventuale aspetto discriminatorio degli ordinamenti interni con riguardo ai diritti e le facoltà riconosciute, nonché il riconoscimento giuridico del legame tra persone dello stesso sesso. La seconda parte del Capitolo sarà, invece, dedicata ai legami relazionali tra adulti e minori, con particolare attenzione all'atteggiarsi della disciplina dell'affidamento, riconoscimento dei diritti parentali e dell'adozione.

2. La tutela giuridica delle coppie dello stesso sesso

Il problema della tutela giuridica delle coppie dello stesso sesso si articola idealmente in due diversi argomenti, a seconda che il diritto reclamato sia quello ad una semplice forma di riconoscimento giuridico ovvero quello dell'accesso al matrimonio. La questione non è di poco conto e i due tipi di diritti reclamati non si equivalgono.

Infatti, nella diversa fenomenologia familiare, così come si prospetta nell'attuale contesto sociale, accanto alle strutture più diffuse e giuridicamente riconosciute, quali la famiglia fondata sul matrimonio, la famiglia mista⁴⁸⁶, la famiglia naturale, la famiglia adottiva, la famiglia affidataria ed entro certi limiti la c.d. famiglia di fatto (che sono rigorosamente improntate su un rapporto di coppia eterosessuale), vanno emergendo altre forme di convivenza di tipo familiare istaurate tra persone dello stesso sesso o tra persone che hanno cambiato sesso. Tali esperienze di convivenza, se da un lato, cominciano ad accedere nelle aule delle Corti interne e internazionali chiedendo protezione; dall'altro, con movimenti di opinione sempre più vasti, rivendicano non solo dignità sociale attraverso il riconoscimento giuridico e la non discriminazione, ma anche una precisa tutela giuridica analoga a quella prevista per la famiglia tradizionale *tout court*.

In questo senso, le minoranze sessuali possono essere spinte da diverse ragioni nel pretendere che sia espressamente garantito loro il diritto al matrimonio. Da un punto di vista concreto, il matrimonio è l'istituto giuridico più ampiamente sovvenzionato, in termini di politiche sociali, nella maggior parte dei paesi del mondo⁴⁸⁷. Oltre i doveri di assistenza reciproca che la legge impone ai coniugi, lo Stato di norma riserva diversi benefici alle coppie sposate, nella forma dei diritti alla comunione dei beni, della disciplina pensionistica e dei flussi migratori, dei diritti di successione e locazione, del diritto di visita in ospedale o in carcere, degli sgravi fiscali e del diritto a non testimoniare contro il proprio congiunto nel corso di un procedimento penale. Negli Stati Uniti, ad esempio, il governo federale garantisce alle coppie sposate una grandissima quantità di benefici assistenziali che, però, non sono generalmente riconosciuti alle coppie c.d. di fatto, incluse quelle omosessuali. Ovvio conseguenza di questo stato di cose è il sistematico trasferimento di ricchezza e di privilegi dalle coppie dello stesso sesso, che “desiderano” sposarsi, verso le coppie eterosessuali, che “decidono di” sposarsi. E ciò principalmente, se non esclusivamente, in ragione dell'intima determinazione della scelta del proprio partner.

Da un diverso punto di vista, il matrimonio crea dei diritti e degli obblighi giuridici in capo ad entrambi i coniugi, che permettono di mantenere un equilibrio nel rapporto, una medesima “forza

⁴⁸⁶ Intendendosi con questa espressione la famiglia legittima in cui sia inserito a norma dell'art. 252 c.c. il figlio adulterino di uno dei coniugi, in proposito cfr. A. Pino, *Il diritto di famiglia (Appunti)* (Padova: Cedam, 1975) p. 9 e ss.

⁴⁸⁷ cfr. M. Schmidt, «Employment, The Family, and The Law: Current Problems in Germany,» *COMP. LAB. L. & POL'YJ* 27 (2006): 451 e L. Whittington, «Manipulating Marriage? Federal Income Taxes and the Household Structure Decision,» *N.Y.L. SCH. J. HUM. RTS* 16 (1999): 129.

contrattuale”, indipendentemente dal peso di contribuzione economica all’interno della coppia. Un istituto, quindi, che oltre a celebrare l’amore tra i coniugi, di fatto, crea o rafforza un rapporto di mutuo sostegno; una sorta di *welfare system* di natura privata⁴⁸⁸.

Non meno importante è la circostanza che il matrimonio è un vero e proprio veicolo per l’affermazione di sé, laddove il mutamento di *status* altera in maniera fondamentale l’identità personale⁴⁸⁹ e, in ultima istanza, anche sociale. In un certo senso, il riconoscimento del matrimonio tra persone dello stesso sesso avrebbe il valore di un’affermazione pubblica dell’eguaglianza rispetto agli eterosessuali, in termini di diritti e di autonomia⁴⁹⁰.

Se queste costituiscono alcune delle ragioni che fondano la base delle rivendicazioni del movimento LGBTI, inerenti l’estensione del diritto al matrimonio, il tema della tutela delle coppie dello stesso sesso non si esaurisce in quello del matrimonio. Al contrario il problema dell’estensione del godimento di tale diritto fondamentale è rimasto fuori dal dibattito sui diritti delle minoranze sessuali, così come dalle aule delle corti, per molto tempo.

Le prime pronunce, che hanno interessato il problema dei diritti delle coppie dello stesso sesso, hanno piuttosto toccato altri aspetti. In particolare, gli orientamenti giurisprudenziali si sono sviluppati secondo due linee direttrici complementari: la prima, legata alla violazione del divieto di discriminazione; la seconda, alla caratterizzazione dello spazio di intimità condiviso da due persone dello stesso sesso come “vita privata”, prima, e come “vita familiare”, poi.

Le due direttrici argomentative si sono spesso intrecciate; infatti, il problema del riconoscimento – con riguardo alle coppie omosessuali – di uno spazio relazionale riconducibile al concetto di “vita familiare” è emerso proprio in relazione a quelle controversie dirette a censurare il comportamento discriminatorio degli Stati. Al fine di seguire il progresso di tali percorsi argomentativi, ci si soffermerà in particolare su tre materie che, più delle altre, hanno interessato gli organi internazionali, ovvero il problema della successione nel contratto di locazione del convivente deceduto, del diritto alle pensioni di reversibilità e dell’estensione dei benefici assicurativi e assistenziali ai partner dello stesso sesso.

⁴⁸⁸ «Marriage in most states constitutes a legally binding commitment by each to care for the other as well as any of their children financially, and so creates a formal duty of mutual aid and protection. If one spouse becomes unable to support himself or his children, due to job loss or a health problem, marriage requires the other spouse rather than the state to assume the obligation to provide for the couple.» in A.X. Fellmeth, «State Regulation of Sexuality in International Human Rights Law and Theory,» *Wm. & Mary L. Rev.* 50 (2008): 797-936, pag. 848; cfr. anche Y. Merin, *Equality for Same-Sex Couples: The Legal Recognition of Gay Partnerships in Europe and the UNited States* (Chicago: University of Chicago Press, 2002), G. Taylor, «The New Gay and Lesbian Partnerships Law in Germany,» *ALTA. L. REV.*, n. 41 (2003): 573 e W.N. Eskridge, *Case for Same Sex Marriage: From Sexual Liberty to Civilized Commitment* (Free Press, 1996).

⁴⁸⁹ «In a purely personal sense, through marriage, one's self-perception may change due to the recognition that one has made a binding, intimate, purportedly lifelong promise to love and support the other person and any preexisting or future children. This is a commitment not everyone can make, and the realization that one is capable (or, for that matter, incapable) of making it may profoundly affect one's self-perceptions and can be critical to one's feelings of fulfillment of his or her human potential, place in society, and relationship to others generally. The ubiquity of references in most societies to marital status (e.g., on job applications, driver's license, financial accounts and mortgages, automobile insurance forms, hospital admission forms, etc.) reinforces the importance of this aspect of identity by constant reminders of its relevance to society and, by extension, to one's place in that society.» Fellmeth, *op. cit.* pag. 848.

⁴⁹⁰ C.R.P. Puoncy, «Marriage and Domestic Partnership: Rationality and Inequality,» *TEMP. POL. & Civ. RTs. L. REV.*, n. 7 (1998): 365-374.

2.1 La successione nel contratto di locazione

Già nel corso del precedente Capitolo, seguendo i progressi della giurisprudenza in relazione alle pretese di eguaglianza di trattamento delle minoranze sessuali, è stata evidenziata la tendenza delle coppie dello stesso sesso a rivendicare pari tutela rispetto alle corrispondenti coppie eterosessuali. Il problema è emerso – con riferimento espresso alla violazione del divieto di discriminazione – principalmente in relazione ai casi in cui alle coppie omosessuali venivano negati i benefici di tipo assistenziale o previdenziale riconosciuti alle corrispondenti coppie eterosessuali, coniugate e non.

Prima ancora, quindi, di avanzare pretese di accesso all'istituto matrimoniale, le minoranze sessuali hanno iniziato a lamentare una disparità di trattamento, ritenuta del tutto ingiustificata.

Una delle prime pronunce sulla disparità di trattamento tra coppie eterosessuali e omosessuali ha riguardato il problema della successione nel contratto di locazione. La Corte EDU, si è pronunciata – per la prima volta sul tema – in base ad un ricorso presentato da un cittadino austriaco, contro la decisione della Corte Suprema di non riconoscere il suo diritto a succedere nel contratto di locazione dopo la morte del suo compagno⁴⁹¹. Questi riteneva che la decisione integrasse, alla luce della legislazione di settore, una discriminazione fondata sull'orientamento sessuale e pertanto una violazione dell'articolo 14 della Convenzione in combinato disposto con l'articolo 8. Il ricorrente aveva convissuto e assistito il proprio compagno sieropositivo fino al decesso. In costanza della loro relazione, poco prima di morire, il ricorrente era stato designato dal compagno come proprio erede.

Nel valutare le argomentazioni delle parti, i giudici si soffermarono su quella che le stesse ritenevano essere la *ratio* della disciplina interna in materia di locazioni. La Corte valutò il fine di tutela della famiglia in senso tradizionale quale motivo importante e potenzialmente legittimante una disparità di trattamento, affermando tuttavia la necessità di stabilire se, nelle circostanze del caso concreto, il principio di proporzionalità fosse stato o meno rispettato. Come già più volte sottolineato, in presenza di una disparità di trattamento fondata sul sesso o sull'orientamento sessuale – così come negli altri casi in cui agli Stati è riconosciuto un esiguo margine di apprezzamento – il principio di proporzionalità non si limita ad esigere che la misura scelta risulti, in linea di principio, idonea a realizzare lo scopo perseguito, dovendosi dimostrare l'ulteriore “necessità”.

Nel caso trattato, la Corte non ritenne che gli argomenti avanzati dal Governo consentissero di pervenire ad una conclusione nel senso della legittimità della discriminazione attuata, data la

⁴⁹¹ *Karner v. Austria*, n. 40016/98 (ECtHR, 24 luglio 2003).

mancanza di ragioni convincenti tali da giustificare l'interpretazione restrittiva dell'art. 14 della legge austriaca e la conseguente preclusione subita dal partner superstite, concludendo per la sussistenza della violazione dell'articolo 14 della Convenzione in combinato disposto con l'articolo 8. altri Si noti, la Corte ha ritenuto superflua la precisazione delle nozioni di "vita privata" e di "vita familiare", considerando evidente che la presunta discriminazione avesse pregiudicato in concreto il diritto al domicilio, il cui godimento risultava del resto espressamente tutelato dalla norma in esame.

Sebbene, quindi, fosse stato affermato nuovamente un importante principio, ossia quello dell'assoluta necessità della disparità di trattamento quando fondata sull'orientamento sessuale, la Corte non prese posizione circa la configurabilità, nel caso concreto, di una dimensione relazionale riconducibile all'ambito soggettivo della nozione di "vita familiare", come invece già da tempo aveva riconosciuto alle coppie di fatto eterosessuali⁴⁹².

L'orientamento della Corte non sembra mutare neanche qualche anno dopo, con il secondo caso in cui la Corte si è pronunciata su una fattispecie sostanzialmente equivalente⁴⁹³.

La controversia traeva origine dal ricorso presentato da un cittadino polacco, il quale lamentava che l'esclusione dal diritto di successione al contratto di locazione fosse motivato esclusivamente da un atteggiamento discriminatorio derivante dal proprio orientamento sessuale.

Anche questo ricorrente aveva citato in giudizio le autorità locali, richiedendo che gli fosse riconosciuto il diritto a succedere nel contratto di locazione del suo "compagno di vita" (*konkubent*) ai sensi della disciplina allora vigente⁴⁹⁴. A fronte di detta pretesa, il Tribunale fondava la propria decisione sul fatto, la successione non sarebbe potuta essere legittimamente riconosciuta poiché non avrebbe mai potuto sussistere il soddisfacimento di una delle condizioni richieste dalla legge, ovvero quella della convivenza *de facto*. Infatti, in considerazione della circostanza che il diritto di famiglia polacco riconosceva come legalmente rilevante solo l'unione tra uomo e donna e che la convivenza *de facto* era intesa come un surrogato dell'unione matrimoniale, allora la stessa doveva ritenersi possibile soltanto tra conviventi di sesso diverso. Pertanto, sarebbe stato pienamente

⁴⁹² Nella giurisprudenza della Corte EDU, l'ambito soggettivo della nozione di "vita familiare" include sia le relazioni giuridicamente istituzionalizzate, come la famiglia legittima, che quelle fondate sul dato meramente biologico, come la famiglia c.d. naturale, nonché quelle aggregazioni che possono essere definite famiglie in senso "sociale". In tutti e tre i casi è, tuttavia, richiesta la sussistenza della condizione dell'effettività dei legami personali tra coloro che compongono la struttura relazionale; cfr. *Marckx v. Belgium*, n. 6833/74 (ECtHR, 13 giugno 1979). Se è evidente che il rapporto di coniugio costituisca vita familiare, altrettanto pacifico è che parimenti qualificabile sia la relazione di fatto tra partner di sesso diverso; cfr. *Keegan v. Ireland*, n. 16969/90 (ECtHR, 26 maggio 1994). A tal fine, assume però rilievo esclusivo l'effettività dei rapporti, che possono essere rivelati da indici quali la coabitazione, anche se non costituiscono ovviamente requisiti imprescindibili; cfr. *Kroon and Others v. The Netherlands*, n. 18535/91 (ECtHR, 27 ottobre 1994).

⁴⁹³ *Kozak v. Poland*, n. 13102/02 (ECtHR, 2 marzo 2010).

⁴⁹⁴ Tale legge disponeva che, ai fini della successione nel contratto di locazione, fossero rispettate cumulativamente le seguenti condizioni: l'esistenza di un rapporto di sangue, di adozione o convivenza coniugale *de facto* col precedente inquilino; l'aver risieduto col precedente inquilino in modo permanente o comunque fino alla sua morte; il non aver ceduto il proprio diritto al padrone di casa; l'assenza, alla morte del conduttore, di alcun titolo su eventuali altri immobili l ricorrente chiedeva, così, al giudice l'ammissione di tre testimoni, KP, RM e SB, al fine di dimostrare la permanenza di un rapporto particolarmente intimo con TB fino alla sua morte. Il Tribunale, tuttavia, respingeva l'istanza e, una volta proceduto all'interrogatorio del solo ricorrente, non accoglieva il ricorso.

giustificabile la negazione di qualsiasi rilevanza giuridica ad ogni relazione di fatto che non intercorresse tra persone di sesso diverso.

Contro tale decisione il ricorrente proponeva nuovamente appello, invocando l'annullamento della sentenza e richiedendo che la Corte Suprema chiarisse se la normativa di settore dovesse essere interpretata nel senso di escludere dalla nozione di convivenza *de facto* le relazioni omosessuali. In alternativa, il ricorrente richiedeva al giudice di riferire la questione alla Corte Costituzionale insistendo sulla pretesa incompatibilità di tale interpretazione restrittiva – tale cioè da circoscrivere la nozione alle sole coppie eterosessuali – con la Costituzione Polacca e con l'art. 14 della Convenzione EDU.

La Corte tuttavia, nel respingere il ricorso, statuiva che il giudice *a quo* avesse interpretato correttamente la norma. Sebbene il ricorrente avesse correttamente sostenuto che il concetto di convivenza coniugale fosse comprensivo, nel sistema giuridico europeo, delle relazioni omosessuali, egli tralasciava il fatto che i concetti giuridici dovessero essere interpretati alla luce delle nozioni elaborate all'interno del sistema giuridico d'origine. La legge polacca non riconosceva conseguenze giuridiche alle relazioni omosessuali e, dunque, l'interpretazione della norma fornita dal giudice di prime cure risultava perfettamente coerente. Doveva, d'altronde, considerarsi insussistente la violazione del principio costituzionale di uguaglianza, non avendo lo stesso carattere assoluto e ben potendo essere limitato dalla necessità di tutelare altri diritti dello stesso rango, nel caso di la famiglia e il matrimonio quale unione tra un uomo e una donna.

Il ricorrente decise allora di adire la Corte per la violazione dell'art. 14, che vieta una differenza di trattamento non giustificata nel godimento dei diritti e delle libertà garantite dalla Convenzione, in combinato disposto con l'art. 8, ritenendo che la propria omosessualità avesse inciso in modo determinante nel mancato riconoscimento da parte dell'autorità giurisdizionali interne del suo diritto a succedere nel contratto di locazione del proprio "compagno di vita".

Nel merito, interpretando la nozione di convivenza *de facto* come comprensiva soltanto dei rapporti tra persone di diverso sesso, le autorità giudiziarie interne avevano negato la possibilità di dimostrare il rispetto dei restanti requisiti previsti dalla disciplina della successione nel contratto di locazione, operando una discriminazione sulla base dell'orientamento sessuale.

Nella valutazione della controversia, la Corte ribadì il principio per il quale non tutte le disparità di trattamento costituiscono una violazione dell'art. 14, in quanto un trattamento differenziato risulta legittimo quando presenti una giustificazione oggettiva e ragionevole ossia quando persegua un obiettivo legittimo, sussistendo un rapporto di ragionevole proporzionalità tra i mezzi impiegati e i fini perseguiti. Proporzionalità che, con il riferimento al sesso e

all'orientamento sessuale, impone la dimostrazione dell'impellente necessità del trattamento differenziato affinché questo possa considerarsi non discriminatorio.

Non essendovi dubbi sulla sussistenza di una disparità di trattamento fondata sull'orientamento sessuale del ricorrente, alla Corte restava piuttosto da valutare la legittimità dell'obiettivo perseguito e identificato dai giudici nazionali con la tutela della famiglia in senso tradizionale, fondata sul matrimonio, quale unione tra un uomo e una donna.

La Corte riconobbe che la tutela della famiglia rappresentava un motivo importante e legittimo tale persino da giustificare una differenza nel trattamento. Tuttavia, notò che lo Stato ben avrebbe potuto considerare altre misure atte al perseguimento dello stesso obiettivo, maggiormente compatibili con i mutamenti sociali e specialmente con l'esistenza di una pluralità di modi di intendere la famiglia e di condurre la propria vita privata.

Trovare un equilibrio tra la tutela della famiglia tradizionale e i diritti delle minoranze sessuali è per stessa ammissione della Corte un compito difficile e delicato, trattandosi di conciliare punti di vista e interessi contrastanti. Tuttavia, considerata la scarsa ampiezza del margine di discrezionalità attribuito agli Stati con riferimento all'adozione di misure tali da tradursi in una differenza di trattamento sulla base dell'orientamento sessuale, la Corte ritenne che la tutela della famiglia tradizionale non costituisca una ragione sufficiente per escludere dal diritto di successione coloro i quali vivevano una relazione omosessuale di convivenza.

In considerazione di ciò, la Corte accertò che le autorità polacche non avessero rispettato il requisito concernente la sussistenza di un ragionevole rapporto di proporzionalità nel respingere la domanda del ricorrente per motivi connessi alla natura omosessuale del suo rapporto e che, pertanto, nel caso esaminato fosse rinvenibile una violazione dell'art. 14 in combinato disposto con l'art. 8 della Convenzione.

Si noti che in questo caso, nella sostanza non dissimile dal precedente, la Corte si espresse sul punto della rilevanza dell'articolo 8, che dichiarò applicabile alla fattispecie concreta non tanto con riferimento alla tutela del domicilio del ricorrente, quanto piuttosto alla vita privata dello stesso. In realtà non si trattava di una pronuncia particolarmente innovativa. Infatti, la Commissione, prima, e la Corte, successivamente, avevano chiarito fin dal 1981 che la "condotta" sessuale costituisce una delle manifestazioni salienti della "vita privata", il cui rispetto è imposto dalla Convenzione e che la sessualità – sub specie l'orientamento sessuale – costituisce una caratteristica personale (innata)⁴⁹⁵, che merita protezione a prescindere da una specifica condotta dell'individuo⁴⁹⁶. Eppure era la prima

⁴⁹⁵ *Smith and Grady v. United Kingdom*, n. 33985/96; 33986/96 (ECtHR, 27 settembre 1999).

⁴⁹⁶ Il punto è specificamente rilevante perchè: «le esigenze di tutela delle famiglie formate da persone dello stesso sesso, anche quando si fondano sul principio del rispetto della vita privata dell'individuo (intesa come sfera di libertà), superano l'adagio secondo il quale il diritto dovrebbe arrestarsi davanti alle camere da letto della nazione (utile a contrastare i divieti penali un tempo in vigore nei confronti di alcuni rapporti sessuali, ma non oggi non sempre attuali); traggono, invece, ragioni convincenti dalla dimensione relazionale di cui anche la libertà individuale si compone. La speciale

volta che, con riferimento ad una fattispecie di discriminazione tra coppie omosessuali ed eterosessuali, tale principio veniva espressamente richiamato.

Ciò che invece emerge con forza dai casi sopra trattati è un punto, che verrà peraltro sempre riconfermato dalla giurisprudenza della Corte EDU, ovvero la facoltà degli Stati contraenti di accordare una tutela giuridica privilegiata all'unione coniugale⁴⁹⁷, allo stesso tempo, censurando le legislazioni che non assicurassero l'eguaglianza di trattamento tra partner di fatto eterosessuali e partner di fatto omosessuali. Anche questo principio, affermato inizialmente nella decisione *Karner*, non verrà più messo in discussione.

Questi due aspetti non esauriscono però il novero dei principi che nel corso del tempo sono stati elaborati con riferimento al pluralismo dei modelli di coppia e all'eguaglianza dei diritti riconosciuti ai vari modelli. E ciò, non solo con riferimento alla giurisprudenza delle Corte EDU, ma anche con riferimento agli organi dell'Unione, come già in parte accennato nel precedente capitolo.

2.2 La pensione di reversibilità nella giurisprudenza delle CGE

Il tema della pensione di reversibilità è proprio uno di quegli argomenti che permette di testare la corrispondenza delle argomentazioni logico giuridiche tra diversi organi giurisdizionali di stampo sovranazionale, giacché è stato affrontato sia dalla CGE che dalla Corte EDU.

Come già anticipato nel capitolo precedente, la CGE aveva stabilito nel 1998, nella causa *Grant*⁴⁹⁸, che il diniego di vantaggi salariali al convivente dello stesso sesso del prestatore di lavoro costituisce discriminazione basata sull'orientamento sessuale, laddove il regolamento del personale riconosca i medesimi vantaggi al convivente, purché di sesso diverso. In quell'occasione, quindi, la Corte rifiutò di considerare la fattispecie come una forma di discriminazione basata sul sesso, unico fattore di discriminazione all'epoca protetto dal diritto comunitario e cui il ricorrente si era appellato.

La signora Grant rimase pertanto senza adeguata protezione, a differenza di *P*, una lavoratrice transessuale che, due anni prima, aveva visto il proprio licenziamento censurato duramente dalla

considerazione per il legame sociale di cui spesso sono permeati i diritti fondamentali affiora chiaramente nelle concezioni accolte dalla Costituzione italiana, ove la persona umana assurge a centro di diritti non solo per il soddisfacimento di fini egoistici, ma anche quale soggetto *nested* in una rete di connessioni interpersonali giuridicamente rilevanti» M. Bonini Baraldi, *La famiglia de-genera: matrimonio, omosessualità e Costituzione* (Milano: Mimesis Edizioni, 2010) pag. 40-41.

⁴⁹⁷ *Quintana Zapata v. Spain*, n. 34615/97 (ECtHR, 4 marzo 1998), vedi anche G. Coussirat-Coustere, «Famille et Convention européenne des Droits de l'Homme», in *Protection des droits de l'homme: la perspective européenne, mélanges à la mémoire de Rolv Ryssdal* (Parigi, 2000).

⁴⁹⁸ Causa C-249/96, *Grant c. South West Trains*, 17 febbraio 1998, *Racc.*, 1998, I-621.

Corte proprio in applicazione delle disposizioni del Trattato che vietano la discriminazione sulla base del sesso⁴⁹⁹.

Restò, della sentenza *Grant*, l'importante affermazione che il diniego di vantaggi salariali al convivente dello stesso sesso costituisce a tutti gli effetti un'ipotesi di discriminazione, ancorché fondata sull'orientamento sessuale, all'epoca categoria non protetta dal diritto comunitario. Di lì a riconoscere, una volta che tale fattore fosse entrato nell'orbita del diritto antidiscriminatorio positivo, che tale fattispecie risultasse protetta, il passo era breve.

Tuttavia, ad impedire sviluppi maggiormente in sintonia con le esigenze di protezione della dignità e della libertà di tutti i lavoratori, compresi quelli omosessuali, si frappose nel 2001 la sentenza *D e Svezia*⁵⁰⁰, che riguardava fattispecie affine ma non identica a *Grant*, essendo in causa i vantaggi salariali riconosciuti unicamente al coniuge (e non al convivente) e dovendosi giudicare della posizione non del convivente di fatto ma del partner registrato.

Sebbene non strettamente riconducibile al problema della pensione di reversibilità, è molto interessante valutare in questa sede il contenuto di tale decisione, giacchè – come vedremo – si pone sostanzialmente in linea con i principi affermati dalla Corte EDU proprio con riguardo al tema della pensione di reversibilità. In *D*, infatti, che riguardava il diniego – ad un funzionario che aveva contratto un'unione registrata in Svezia – di un vantaggio riservato dallo Statuto dei funzionari della Comunità ai dipendenti coniugati, la Corte dapprima si rifiutò di pervenire, “per via semplicemente interpretativa”, ad un'estensione della nozione di “funzionario coniugato” applicandola anche a “persone soggette a un regime di diritto distinto dal matrimonio”⁵⁰¹.

In secondo luogo, ribadì che l'esclusione dal beneficio non comportava una violazione delle disposizioni del Trattato (che sanciscono il principio della parità di trattamento), argomentando che nel caso in esame la condizione posta dal regolamento per la concessione dell'assegno familiare al convivente era “la natura giuridica dei legami che lo uniscono al dipendente”⁵⁰². Con ciò pose l'accento sulla rilevanza dello stato di coniugio e, constatata “l'estrema eterogeneità normativa” fra gli Stati membri quanto al riconoscimento delle unioni tra persone dello stesso sesso, concluse che la situazione relazionale del dipendente unito da unione registrata non poteva essere considerata analoga a quella del dipendente coniugato⁵⁰³.

⁴⁹⁹ Causa C-13/94, *P c. S e Cornwall County Council*, 30 aprile 1996, *Racc.*, 1996, I-02143, parr. 19-22.

⁵⁰⁰ Cause riunite C-122/99P e C-125/99P, *Racc.*, 2001, I-4319.

⁵⁰¹ *Sent. cit.*, par. 39.

⁵⁰² *Sent. cit.*, par. 47.

⁵⁰³ È corretto sottolineare però che, successivamente, il Consiglio ha modificato lo Statuto del personale riconoscendo pari diritti ai dipendenti uniti da unione registrata. In seguito alla riforma del 2004, l'articolo 1-*quinquies* afferma, nella sua seconda parte, che “ai fini del presente statuto, le unioni non matrimoniali sono equiparate al matrimonio”. Tale circostanza attesta la parziale discordanza di opinioni tra gli organi non giurisdizionali dell'Unione e la CGE. Cfr. Regolamento (CE, Euratom) n. 723/2004 del Consiglio, del 22 marzo 2004, che modifica lo statuto dei funzionari delle Comunità europee e il regime applicabile agli altri agenti di dette Comunità, in *GUCE*, 2004, L 124, 1. E' invece con riguardo alle coppie formate da un partner transessuale che la Corte ha mostrato un atteggiamento di più decisa apertura, verosimilmente sostenuta anche da alcuni precedenti

La giurisprudenza della Corte non era però in linea con la prassi degli organi non giurisdizionali dell'Unione, tanto che – proprio in risposta a questo orientamento giurisprudenziale della Corte – intervenne il Consiglio con la Direttiva 2000/78/CE che rese espressamente illegittima la discriminazione basata sull'orientamento sessuale «as regards to employment and occupation»⁵⁰⁴.

La prima applicazione del divieto di discriminazione sulla base dell'orientamento sessuale imposto dalla summenzionata Direttiva è avvenuta con la sentenza *Maruko*. Il ricorrente aveva costituito un'unione registrata (*Lebenspartnerschaft*)⁵⁰⁵ in base alla disciplina tedesca con un costumista del settore teatrale. Quest'ultimo, iscritto all'ente di previdenza per i lavoratori dei teatri, aveva versato allo stesso i contributi anche nei periodi di inattività lavorativa.

Una volta deceduto il proprio partner, il signor Maruko aveva richiesto all'ente competente l'erogazione della pensione di reversibilità, così come previsto dallo statuto dell'istituto previdenziale. Pur tuttavia, la richiesta gli veniva rifiutata, giacché le disposizioni dello statuto non prevedevano la possibilità di erogare le prestazioni previdenziali ai partner registrati superstiti. Sull'impugnazione di tale diniego si innestò il procedimento che condusse le autorità giurisdizionali nazionali a sollevare di fronte la Corte di Giustizia – con ricorso incidentale – cinque questioni legate alla Direttiva di cui sopra. In primo luogo e in via prodromica, le autorità interrogarono la Corte su tre questioni legate all'ambito di applicazione materiale della Direttiva. In particolare, «il giudice *a quo* chiede, in sostanza, se una prestazione ai superstiti concessa nell'ambito di un regime previdenziale di categoria come quello gestito dalla VdB rientri nella sfera di applicazione della direttiva 2000/78»⁵⁰⁶. La risposta affermativa ai quesiti, così indicati, permise alla Corte di concentrarsi sulla questione centrale.

L'aspetto più importante della vicenda si rinveniva, infatti, in un altro quesito; il giudice *a quo* chiedeva se il combinato disposto degli artt. 1 e 2 della direttiva 2000/78 (vale a dire le disposizioni che pongono il principio della parità di trattamento ed il divieto alla discriminazione diretta ed indiretta) fosse incompatibile con una normativa in base alla quale il partner superstite non percepisce una prestazione equivalente a quella concessa ad un coniuge superstite, «mentre, al pari

favorevoli della giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani. In *K.B.* la Corte ha statuito su una fattispecie virtualmente identica a quella decisa nella sentenza in esame, dal momento che al partner transessuale di una lavoratrice inglese non era stata riconosciuta la pensione di vedovanza proprio perché la coppia, che non poteva contrarre matrimonio secondo la legislazione allora vigente, non era stata in grado di integrare la condizione posta dallo schema pensionistico relativa alla presenza di un legame di coniugio. La Corte ha concluso che la normativa interna che subordina al matrimonio la possibilità per il partner transessuale di beneficiare di una parte della retribuzione del lavoratore si pone potenzialmente in contrasto con l'art. 141 del Trattato CE sulla parità tra uomo e donna. In tal modo, la Corte ha posto l'importante principio secondo cui l'applicazione della normativa in materia pensionistica che produca effetti discriminatori sul godimento dei diritti previsti dal diritto comunitario, ponendo requisiti che – per via della normativa nazionale in tema di famiglia peraltro già censurata dalla Corte di Strasburgo in *Christine Goodwin* – determinati soggetti non possono soddisfare (quali il matrimonio) può e deve essere sospesa nei confronti di tali soggetti. Cfr. Causa C-117/01, *K.B. c. National Health Service Pensions Agency*, 7 gennaio 2004, *Racc.*, 2004, I-541.

⁵⁰⁴ «Direttiva del Consiglio che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro», 2000/78/EC (27 novembre 2000).

⁵⁰⁵ La disciplina tedesca istituisce un regime parallelo a quello coniugale, attraverso delle norme ad hoc che tutelano la coppia omosessuale, disciplinandone la costituzione, la vita e lo scioglimento. La normativa presenta alcune analogie rispetto al matrimonio, ad esempio è previsto l'obbligo di mantenimento a carico del partner e la libertà dello stesso di regolare con precisi accordi i rapporti patrimoniali tra i due. Infine, il convivente regolarmente registrato è l'erede legittimo del proprio partner.

⁵⁰⁶ *Tadao Maruko v. Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen*, n. C-267/06 (ECJ, 1 aprile 2008) par. 34.

dei coniugi, i partner di unione solidale sono vissuti in seno ad una comunione fondata sull'assistenza e sull'aiuto reciproco, formalmente costituita per tutta la durata della vita»⁵⁰⁷.

Con la sentenza in rassegna la Corte stabilì che la fattispecie ricadeva entro il campo di applicazione della direttiva 2000/78, che il considerando n. 22 non sollevava gli Stati dall'obbligo di rispettare il diritto comunitario ed in particolare le disposizioni relative al principio di non discriminazione e che le circostanze del caso integravano una discriminazione direttamente fondata sull'orientamento sessuale. Spettava al giudice nazionale poi valutare se, secondo la legislazione domestica, l'unione registrata fosse comparabile al matrimonio e vi fosse stata, quindi, disparità di trattamento.

Il punto di maggior interesse della sentenza in esame è costituito dalla circostanza che la disparità di trattamento tra convivente registrato e coniuge veniva qualificata come discriminazione diretta. A differenza dell'avvocato generale⁵⁰⁸, della Commissione europea e del ricorrente, che avevano argomentato nel senso dell'esistenza di una discriminazione indiretta, la Corte adottò, senza esprimere motivazioni approfondite, la tesi che vedeva l'unica differenza tra unione registrata e matrimonio proprio nell'orientamento sessuale.

Con *Maruko*, il dibattito sembra pertanto assestarsi su di un'elaborazione che pone in primo piano il problema della comparabilità tra unione registrata e matrimonio. Ciò in ragione della nozione di discriminazione diretta e dal *but for* test che la Corte sembra aver applicato, il quale presuppone che l'unica differenza tra le situazioni poste a confronto risieda nella sussistenza o meno della caratteristica protetta come base dell'effetto discriminatorio lamentato.

A ben vedere, il principio affermato dalla Corte sembra essere così riassumibile: una differenza di trattamento tra lavoratori, il cui stato civile differisca in ragione della sussistenza dell'unione registrata in un caso e del matrimonio nell'ipotesi di comparazione – sempreché i due status siano comparabili ed il secondo sia esclusivamente riservato alle coppie di persone di sesso diverso –, costituisce discriminazione basata sull'orientamento sessuale. E' interessante a tal fine rammentare come la Corte avesse passato in rassegna, in apertura dell'esame della normativa nazionale, proprio la legge relativa all'unione solidale registrata, rimarcando i caratteri del vincolo, gli effetti della registrazione sullo stato dell'individuo e le sue conseguenze personali e patrimoniali. Tutti indici questi che sembravano contribuire ad attrarre l'istituto nell'orbita del

⁵⁰⁷ *Ibid.* par. 62.

⁵⁰⁸ «Al riguardo, l'Avvocato generale aveva qualificato la fattispecie come una discriminazione indiretta, in virtù di due elementi. Da un lato, non risultava che la pensione fosse stata «concessa ad altri in una situazione analoga o identica»; dall'altro, «[i] rifiuto [opposto dall'ente] non si basa nemmeno sull'inclinazione sessuale [sic] del- l'interessato ». Egli dunque rifiuta recisamente di trattare la questione come un caso di discriminazione diretta. Peraltro, questa conclusione era già stata anticipata dal giudice del rinvio, il quale aveva affermato che nell'ordinamento tedesco il matrimonio e l'unione civile sono due situazioni analoghe, dal momento che, normativamente parlando, una coppia registrata [...] è titolare di un sistema di diritti e di doveri analogo a quello del matrimonio» M. Winkler, «I trattamenti pensionistici delle coppie dello stesso sesso nell'Unione Europea: il caso Romer,» *Responsabilità civile e previdenza* (Giuffrè Editore), n. 10 (2011): 1979-1996 pag. 1990.

diritto di famiglia e ad assimilare la relazione tra partner solidali a quella di coniugio, per lo meno dal punto di vista delle categorie generali.

La peculiarità dell'approccio adottato in *Maruko* tramite la nozione di discriminazione diretta – che mira a minimizzare i rischi “politici” insiti in un'estensione dei benefici tradizionalmente riservati al coniuge – risiede proprio nella considerazione che il convivente registrato debba essere trattato alla pari del coniuge, laddove combacino le caratteristiche intrinseche dell'istituto di riferimento. «Riemerge qui in tutta la sua forza il classico paradigma dell'uguale trattamento di situazioni simili che, pertanto, assiste la Corte nel proporre una soluzione ambigua ad un problema che chiama in causa non solo le competenze nazionali ma anche la discrezionalità del datore di lavoro nell'offerta di benefici economici. A ben vedere, una reale esigenza di comparazione, al fine di pervenire ad un giudizio di discriminatorietà, andrebbe riferita principalmente agli elementi essenziali del rapporto che identificano la natura e l'oggetto dell'unione registrata e del matrimonio, al fine di ritenere non comparabili, ad esempio, l'unione fondata sull'*affectio maritalis* (fra persone dello stesso sesso o di sesso diverso) e quella fondata su un rapporto di amicizia, di mera solidarietà o coabitazione sotto lo stesso tetto per molteplici ragioni, o addirittura quella fondata su un rapporto di lavoro per la cura e l'assistenza altrui. Ogni altro esercizio intellettuale rischierebbe di isolare le scelte del legislatore da un adeguato vaglio critico, giustificandole sulla base di una logica puramente intrinseca alle stesse, pertanto del tutto inappropriata a valutarne la rispondenza a criteri razionali di giustificazione»⁵⁰⁹.

In definitiva, la Corte di giustizia non giunge fino ad affermare che sussista effettivamente una comparabilità in concreto tra unione solidale registrata e matrimonio, ciò che è rimesso al giudice nazionale. Rimane, pertanto, una certa vaghezza connessa all'approccio prescelto dalla Corte, vaghezza nella quale potrebbe leggersi anche un più che leggero disagio a muoversi nel campo delle legislazioni nazionali in tema di stato civile e di diritto di famiglia in generale, ancorché rilevanti solo tangenzialmente.

In altri termini, altro è affermare che il convivente di fatto dello stesso sesso deve poter fruire di un determinato vantaggio su un piede di parità rispetto al convivente di fatto di sesso diverso, altro è affermare che il convivente di fatto (o registrato, nel caso in esame) debba essere destinatario dello stesso trattamento riservato al coniuge. «Nel primo caso, infatti, si può riassuntivamente affermare che il salto “politicalmente” più sensibile è stato già compiuto, sicché al giudice sarà eventualmente richiesta una soluzione che può essere percepita come di minore “rottura” per lo meno sul piano valoriale. Nel secondo caso, è proprio la caratteristica apparente del *petitum* (“applicare un beneficio riservato al coniuge a chi coniugato non è”) a produrre un apparente effetto

⁵⁰⁹ M. Bonini Baraldi, «La pensione di reversibilità al convivente dello stesso sesso: prima applicazione della Direttiva 2000/78/CE in materia di discriminazione basata sull'orientamento sessuale,» *Fam. dir.*, 2008: 660 e ss. pag. 667.

“destabilizzante” che, tuttavia, può essere neutralizzato utilizzando un duplice approccio: o considerando che – secondo i canoni della parità di trattamento – non è lecito subordinare la concessione un beneficio ad una condizione che alcuni soggetti non possono soddisfare, subendo quindi un particolare svantaggio (l’argomento della discriminazione indiretta), o considerando che il beneficio deve essere applicato anche a chi coniugato non è, ma si trovi in una situazione comparabile (l’argomento della discriminazione diretta)»⁵¹⁰.

Il secondo profilo degno di nota è che anche la nozione giuridica di “orientamento sessuale” acquisisce profondità e spessore, laddove sia ora da intendersi non solo come una caratteristica delle persone, ma anche come caratteristica delle relazioni tra le persone⁵¹¹. Ciò significa che la formula ‘orientamento sessuale’, così come restituita dal diritto vigente, non copre unicamente la condotta dell’individuo, come già affermato dalla Corte europea dei diritti umani in *Dudgeon*⁵¹², o quella dell’identità personale, come stabilito in *Smith e Grady*⁵¹³, ma anche la dimensione delle relazioni affettive. La Corte di giustizia acquisisce pertanto l’ampio concetto che era già stato affermato dalla Corte europea dei diritti umani in *Karner c. Austria*⁵¹⁴, e dal Comitato dei diritti umani delle Nazioni Unite in *Young c. Australia*⁵¹⁵, arricchito dal carattere ‘diagonale’ sopra menzionato, assente nelle pronunce citate.

La CGE si è confrontata una seconda volta sul tema della pensione di reversibilità nel più recente caso *Römer*⁵¹⁶. Il *casus belli* risiede in una normativa locale in vigore nel *Land* di Amburgo, che contempla due differenti scaglioni ai fini del calcolo della pensione rispettivamente delle persone coniugate e di «tutti gli altri beneficiari». Gli scaglioni prevedono due importi diversi in modo che, a parità di contributi, la persona che contragga matrimonio riceverebbe a titolo di pensione di vecchiaia un importo sensibilmente maggiore rispetto al partner di un’unione civile. Il Signor Römer ravvisava in questo trattamento una discriminazione fondata sull’orientamento sessuale a proprio danno, in violazione della succitata Direttiva 2000/78/CE. Così come per il caso precedente, occorre stabilire se una regolamentazione che riconosca a una persona coniugata una pensione di vecchiaia d’importo maggiore rispetto a quella di un partner di un’unione solidale costituisca una discriminazione diretta o indiretta. Nel primo caso, si sarebbero dovute comparare le due situazioni individuali (coniuge contro partner di un’unione solidale) e verificare se vi fosse un trattamento sfavorevole della seconda rispetto alla prima in base all’orientamento sessuale. P nel

⁵¹⁰ *Op. cit.* pag 669

⁵¹¹ Waaldijk, nota a *Maruko*, *European Human Rights Cases*, 2008, in corso di pubblicazione.

⁵¹² *Dudgeon c. Regno Unito*, 22 ottobre 1981, ricorso n. 7525/76, *Series A*, n. 45, 11.

⁵¹³ *Smith e Grady c. Regno Unito*, 27 settembre 1999, ricorsi nn. 33985/96 e 33986/96, *Reports of Judgments and Decisions*, 1999-VI.

⁵¹⁴ 24 luglio 2003, n. 40016/98,

⁵¹⁵ *Young v. Australia Communication No. 941/2000*, CCPR/C/78/D/941/2000 (Human Rights Committee, 6 agosto 2003).

⁵¹⁶ *Jürgen Römer contro Freie und Hansestadt Hamburg*, C-147/08 (ECJ, 10 maggio 2011).

secondo caso, auspicato dall'Avvocato Generale nel caso *Maruko*, lo status di coniuge si sarebbe atteggiato come neutro, ma sindacabile per il fatto che un gruppo (le persone omosessuali) non potessero acquisire il beneficio che ne discendeva. Si configurava pertanto un «particolare svantaggio» per i partner di un'unione solidale. L'oggetto della contesa si sarebbe poi spostato sulla giustificazione destinata a supportare tale disparità di trattamento pensionistico.

A questo proposito, è interessante notare la quasi totale irrilevanza di questo tipo di valutazioni nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo. Come si vedrà, e come in parte già visto, per la Corte si ha una discriminazione illegittima ogniqualvolta una disparità di trattamento non risulti sorretta da una giustificazione “oggettiva e ragionevole”. Nel c.d. *strict scrutiny* sulla proporzionalità della scelta di escludere la coppia omosessuale da un determinato beneficio, i termini del raffronto vengono in rilievo nella semplice forma delle *relevantly similar situations*, tali per cui l'unica differenza risiede in una delle caratteristiche protette, implicitamente o esplicitamente, dall'articolo 14 della Convenzione.

Il momento centrale del ragionamento per i giudici di Strasburgo si colloca, sotto questo profilo, nel ruolo della caratteristica sensibile, ovvero se per accedere a un determinato beneficio è richiesto alla persona di rinunciare o modificare in qualche modo la propria caratteristica sensibile, allora deve ravvisarsi una violazione della Convenzione. Il più delle volte i giudici si concentrano sull'accertamento della fondatezza della giustificazione addotta, attraverso un esame — come si è detto — della sua oggettività e ragionevolezza.

Il caso *Römer* ripropone le tematiche già trattate dalla Corte di Giustizia nel precedente caso *Maruko*, costituendone in parte una fedele riproduzione. Quanto alla sussistenza di una discriminazione fondata sull'orientamento sessuale, in primo luogo, la Corte chiarisce che le situazioni da comparare non devono essere identiche, ma semplicemente paragonabili. Mentre in *Maruko* la Corte era rimasta più generica, limitandosi a parlare di analogia, qui i giudici europei indicano con precisione il ragionamento che il giudice nazionale deve seguire. In questo senso, il «paragone» deve essere effettuato «non in maniera globale e astratta, bensì in modo specifico e concreto in riferimento alla prestazione di cui trattasi»⁵¹⁷. Dunque, il raffronto tra le situazioni «non deve consistere nel verificare se il diritto nazionale abbia operato un'equiparazione generale e completa, sotto il profilo giuridico, dell'unione civile registrata rispetto al matrimonio»⁵¹⁸, ma se tale equiparazione sussista con riguardo alla specifica prestazione controversa.

Sotto il profilo pratico, la Corte individua tre elementi in grado di supportare il paragone tra le due situazioni: (1) la finalità della pensione di vecchiaia, che consiste nel «procurare [...] un reddito

⁵¹⁷ *Jürgen Römer contro Freie und Hansestadt Hamburg*, C-147/08 (ECJ, 10 maggio 2011) punto 42.

⁵¹⁸ *Sent. cit.* punto 43.

sostitutivo che si presume andare a vantaggio dell'interessato, ma anche, indirettamente, di coloro che vivono con lui»⁵¹⁹; (2) l'identità di contributi per le coppie sposate e per i partner dell'unione civile; infine (3) la totale irrilevanza di altre componenti (quali i redditi dei partner, le loro esigenze economiche o l'esistenza di figli), che non concorrono a fondare una giustificazione della diversità di trattamento. Tutti questi elementi dimostrano, in un ragionamento che sembra seguire la logica del «but for», che l'unico elemento diversificatore sia l'orientamento omosessuale del partner rispetto a quello eterosessuale del coniuge. Proprio in questo risiede la discriminazione diretta.

Prescindendo dalle peculiarità del modello argomentativo applicato dalla Corte, vi è un dato che non può assolutamente essere ignorato. Di fatto la Corte assume l'equivalenza qualitativa sostanziale – seppure a determinati fini e condizioni – tra rapporto di coniugio e rapporto di fatto tra persone dello stesso sesso. e ciò, ben prima che la Corte EDU si spinga fino a qualificare tali unioni come vita familiare. Circostanza questa che, peraltro, non si verificherà con riferimento al tema della pensione di reversibilità.

2.3 segue: la pensione di reversibilità nella giurisprudenza delle Corte EDU

In effetti, anche la Corte EDU si è occupata del problema della pensione di reversibilità da riconoscere al partner dello stesso sesso.

La prima volta se ne è occupata nel caso *Mata Estevez*⁵²⁰. Antonio Mata Estevez aveva convissuto con un altro uomo, condividendo con il compagno le spese, la gestione dell'ambiente domestico e dei rispettivi redditi, senza però poter ufficializzare la loro unione, poiché – all'epoca della controversia – nell'ordinamento spagnolo il matrimonio era un istituto giuridico riservato alle sole coppie eterosessuali.

Dopo la morte del compagno, il ricorrente aveva proposto un ricorso sollecitando il pagamento dei benefici previdenziali per i coniugi superstiti. L'Istituto Nazionale per la Previdenza Sociale aveva rifiutato di concedergli la pensione di reversibilità, asserendo che, non avendo mai contratto matrimonio con il *de cuius*, al ricorrente non poteva essere riconosciuto lo *status* di coniuge superstite. La norma, del resto, escludeva altresì dal godimento del diritto alla pensione di reversibilità anche il partner superstite di un'unione eterosessuale, ma extra-coniugale, di coabitazione. In virtù di tale previsione legislativa, la concessione della pensione di reversibilità appariva dunque subordinata all'esistenza, tra il titolare del diritto e il dante causa, di un matrimonio regolare, con la sola eccezione di quanti si fossero trovati nell'impossibilità di contrarre

⁵¹⁹ *Sent. cit.* punto 46.

⁵²⁰ *Mata Estevez v. Spain*, 56501/00 (ECtHR, 10 maggio 2001).

un nuovo matrimonio in ragione del mancato riconoscimento giuridico del divorzio prima del 1981⁵²¹.

Il ricorrente aveva così deciso di lamentare tale ingiustificata differenza di trattamento tra unioni di fatto omosessuali e quelle eterosessuali che non avevano potuto contrarre nuovo matrimonio quale violazione dell'art. 8, in combinato disposto con l'art. 14 della Convenzione.

La Corte si trovava, quindi, a dover esaminare l'aspetto dell'orientamento sessuale non soltanto nella sua accezione di espressione intima della sfera privata individuale, bensì nella sua valenza relazionale. La Corte a questo proposito ricordò che, sulla base di una giurisprudenza costante degli organi della Convenzione, le relazioni durature tra persone omosessuali non rilevavano in relazione al diritto al rispetto della vita familiare. Nonostante l'evoluzione constatabile fino a qual momento negli ordinamenti dei diversi Stati membri, tendente ad estendere il riconoscimento legale e giuridico delle unioni tra omosessuali, i giudici di Strasburgo evidenziarono l'ampio margine di apprezzamento riconosciuto in quest'ambito agli Stati contraenti.

Con riferimento alla "vita privata", la Corte riconobbe che la relazione affettiva e sessuale mantenuta dal ricorrente rilevasse ai sensi dell'art. 8 della Convenzione. Tuttavia con riguardo al diritto alla pensione di reversibilità, essa sottolineò in primo luogo che la Convenzione non garantiva un diritto alla pensione come tale, trattandosi piuttosto di stabilire se la decisione contestata rappresentasse o meno un'ingerenza discriminatoria in violazione dell'art. 8 in combinato disposto con l'art. 14. A questo riguardo la Corte ritenne che, anche laddove il rifiuto opposto al denunciante si fosse potuto qualificare come ingerenza nella sua vita privata, lo stesso sarebbe apparso comunque giustificato ai sensi del secondo comma dell'art. 8.

Nel caso di specie, la legislazione spagnola in materia di previdenza per il coniuge superstite presentava, in effetti, uno scopo legittimo coincidente con la protezione della famiglia fondata sul matrimonio. La differenza di trattamento poteva dunque essere considerata come espressione della discrezionalità lasciata agli Stati e non comportava alcuna ingerenza discriminatoria con la vita privata del ricorrente. La decisione si collocava perfettamente in linea con le prime decisioni della

⁵²¹ In virtù di tale previsione legislativa la concessione della pensione di reversibilità appariva dunque subordinata all'esistenza, tra il titolare del diritto e il dante causa, di un matrimonio regolare, ossia celebrato secondo le forme stabilite dall'art. 149 del codice civile, con la sola eccezione di quanti si fossero trovati nell'impossibilità di contrarre un nuovo matrimonio con il partner defunto in ragione del mancato riconoscimento giuridico del divorzio prima del 1981. Contro tale decisione il signor Mata Estevez ha dunque presentato un ulteriore ricorso innanzi al giudice sociale di Madrid, il quale ha tuttavia rigettato lo stesso con una sentenza del 26 gennaio 1996. Il giudice ha in particolare modo considerato quanto stabilito da una consolidata giurisprudenza costituzionale, volta ad escludere il riconoscimento di tale beneficio a quanti, ricorrenti eterosessuali, avessero liberamente deciso di non contrarre matrimonio. Il giudice ha ritenuto tale giurisprudenza applicabile anche alle unioni di fatto tra omosessuali, nella misura in cui tali relazioni non possono essere poste sullo stesso piano della famiglia tradizionale e del matrimonio protetti dal legislatore e dalla Costituzione spagnola. Il giudice ha inoltre ritenuto opportuno ribadire l'ulteriore circostanza per la quale gli artt. 8, 12 e 14 della Convenzione Europea non garantiscono l'uguaglianza di trattamento tra unioni di fatto tra omosessuali e matrimonio tra eterosessuali. Contro tale decisione il ricorrente ha dunque proposto ricorso in appello, ma i giudici di secondo grado hanno confermato la precedente sentenza, sottolineando la necessità che un eventuale estensione della disciplina concernente la pensione di reversibilità alle coppie di fatto, omosessuali o meno, dovesse essere stabilita dal legislatore, non potendo i tribunali sostituirsi a quest'ultimo. La Corte d'appello ha dunque coerentemente ritenuto l'art. 174 c. 1 della legge generale sulla sicurezza sociale conforme tanto alla Costituzione quanto ai trattati internazionali ai quali la Spagna aderisce.

CGE e arrivava subito dopo l'entrata in vigore della Direttiva 2000/78/CE. Eppure, a differenza della CGE, la giurisprudenza di Strasburgo sul tema non ha subito rilevanti mutamenti.

La Corte si espresse ancora una volta sull'estensibilità del beneficio della pensione di reversibilità al coniuge superstite nel caso di stabile convivenza, non legalmente riconosciuta, tra persone dello stesso sesso, nove anni dopo, con la decisione *M.W. c. Regno Unito*⁵²², l'anno successivo la decisione *Maruko*.

Nel dichiarare nuovamente l'inammissibilità del ricorso e nel negare l'omogeneità tra coppie sposate e coppie non legalmente riconosciute, la Corte non ha tuttavia sbarrato la strada ad una simile possibilità. Al contrario, ne ha individuato le condizioni che non solo renderebbero una tale estensione legittima, ma altresì dovuta.

Il ricorrente aveva stabilmente convissuto con il compagno in un appartamento in proprietà per ventitré anni, fino alla morte dello stesso. Sebbene avessero delle entrate economiche distinte, avevano vissuto in una sostanziale comunione di beni e si erano vicendevolmente designati quali eredi l'uno dell'altro. Sostanzialmente, quindi, il grado di impegno reciproco, così come riconosciuto da amici e parenti, era tale che, se fossero stati una coppia eterosessuale, avrebbero indubbiamente contratto un regolare matrimonio.

Circa due settimane dopo la morte del compagno, il ricorrente aveva inutilmente presentato la richiesta, quale coniuge superstite, per poter essere ammesso a godere della pensione di reversibilità (*Bereavement Payment*); beneficio all'epoca garantito soltanto alle coppie regolarmente sposate⁵²³.

A fronte di tale prevedibile diniego, innanzi alla Corte di Strasburgo, il ricorrente aveva lamentato la violazione dell'articolo 14 della Convenzione in combinato disposto con l'articolo 8 e con l'articolo 1 del Protocollo n. 1. La disparità di trattamento tra il coniuge superstite di una coppia dello stesso sesso e quello di una coppia sposata non sarebbe stata legittima né giustificata da una effettiva disomogeneità delle due fattispecie.

A parere del ricorrente, infatti, l'esclusione dal beneficio assistenziale, fondato sull'assimilazione della propria condizione a quella di una coppia di fatto eterosessuale, sarebbe stata discriminatoria, perché fondata sull'errato presupposto dell'equivalenza delle due situazioni. Invero, a differenza di una coppia non sposata eterosessuale, questi non si trovava nella condizione

⁵²² *M.W. v. United Kingdom*, n. 11313/02 (ECtHR, 26 settembre 2009).

⁵²³ Il ricorrente aveva allora esposto le proprie doglianze per tale inleggibilità legislativa ai propri rappresentanti parlamentari. Agli stessi era stato risposto, con una lettera datata 17 luglio 2001, dal direttore esecutivo dell'Agenzia per le prestazioni sociali (*Chief Executive of the Benefits Agency*) che il diritto alla suddetta prestazione poteva essere riconosciuto, al momento della morte di uno dei due coniugi, soltanto quando fosse stata coinvolta una coppia regolarmente sposata. In particolare, le condizioni per la corresponsione della pensione di reversibilità, così come indicate nella sezione 36 del *Social Security Contributions and Benefits Act* del 1992, imponevano – oltre al raggiungimento di alcuni requisiti contributivi – che la coppia fosse regolarmente sposata, così escludendo dal beneficio anche qualsiasi altro tipo di unione legalmente riconosciuta. Il ricorrente non aveva, tuttavia, desistito ed aveva esposto le proprie doglianze anche al Primo Ministro. La risposta del 21 settembre 2001, trasmessa dall'ufficio del Ministero del Lavoro (*Department of Work and Pensions*), era stata altresì negativa. Testualmente, si leggeva nella missiva di risposta che: il matrimonio è la pietra angolare del sistema contributivo e previdenziale. I benefici e tutti i diritti alle prestazioni contributive derivanti dai contributi di un'altra persona si basano sul concetto di matrimonio legale. Modificare o ampliare la definizione di matrimonio comporterebbe conseguenze troppo consistenti sull'intero sistema pensionistico per poter concedere una deroga anche per un singolo caso.

di poter ottenere un formale riconoscimento giuridico della propria relazione. Non si trattava di una coppia che, pur potendo accedere all'istituto matrimoniale, aveva preferito non farlo, bensì di una coppia che non aveva avuto alcun margine di scelta e che, se l'avesse avuta, avrebbe optato per l'unione matrimoniale. Pertanto, la propria condizione di coniuge superstite sarebbe dovuta essere assimilata a quella di un coniuge superstite di una coppia sposata e non certo a quella di una coppia non sposata eterosessuale.

A parere del ricorrente, negare l'omogeneità tra coppie dello stesso sesso e coppie sposate avrebbe generato la curiosa situazione in virtù della quale le prime non avrebbero potuto lamentare alcun tipo di discriminazione fino al momento in cui lo Stato convenuto non avesse fatto autonomamente dei passi in avanti, per garantire l'eguaglianza di trattamento con le coppie sposate attraverso il loro riconoscimento giuridico⁵²⁴.

L'apparente linearità di tali argomentazioni aveva però trovato la netta opposizione della difesa dello Stato convenuto, che aveva rievocato le argomentazioni già accolte dalla Corte nel caso *Courten*⁵²⁵. Nella decisione, la Corte individuava nel matrimonio – il cui corrispondente diritto era tutelato dall'art. 12 della Convenzione – una istituzione comunemente accettata e non assimilabile ad altri tipi di unione, riconosciute o meno. Qualche anno prima, in una situazione sostanzialmente assimilabile a quella del caso in esame, la Corte aveva negato che l'unione matrimoniale potesse essere considerata omogenea a quella di altre unioni. Tale istituto manteneva sempre una propria specificità che non avrebbe permesso di imporre agli Stati membri la necessaria estensione di tutti i benefici ad esso accordati ad altri tipi di unioni.

Nel merito, la Corte si è sostanzialmente assestata sul proprio precedente orientamento.

In primo luogo, i giudici di Strasburgo hanno ricordato che, affinché possa sorgere un problema di eventuale violazione dell'articolo 14, è necessario che possa essere ravvisato un trattamento differenziato rispetto a circostanze significativamente omogenee. Sarebbe stato proprio il mancato soddisfacimento di questa preconditione a portare la Corte a concludere per l'infondatezza del ricorso. La Grande Camera, nel caso *Burden*⁵²⁶, aveva già infatti definito il confine tra matrimonio e unioni civili, statuendone la sostanziale disomogeneità. Se anche vi fosse stata – al tempo dei fatti in causa – una possibilità di riconoscimento legale per le coppie dello

⁵²⁴ A sostegno di tali argomentazioni, gli intervenienti FIDH, ICJ, il Centro AIRE, e ILGA-Europe lamentavano la perpetrazione di una discriminazione indiretta fondata sull'orientamento sessuale del ricorrente. A parere di tali associazioni, il diritto alla parità di trattamento avrebbe imposto allo Stato di individuare strumenti giuridici alternativi che consentissero al superstite di una coppia dello stesso sesso di accedere al beneficio della pensione di reversibilità. L'inammissibilità al beneficio suddetto delle coppie dello stesso sesso, peraltro, avrebbe potuto essere giustificata soltanto qualora fosse stato dimostrato che si trattasse di una misura necessaria per la tutela del matrimonio. Ciò che, nel caso di specie, non era avvenuto. Infine, i terzi intervenienti non avevano trascurato di porre all'attenzione della Corte la chiara tendenza, tra gli Stati membri del Consiglio e Stati non membri, verso il riconoscimento formale delle coppie dello stesso sesso e verso l'estensione ad esse di diritti e benefici concessi alle coppie sposate.

⁵²⁵ *Courten v. United Kingdom*, n. 4479/06 (ECtHR, 4 novembre 2008).

⁵²⁶ *Burden and Another v United Kingdom*, 13378/05 (ECtHR GC, 29 aprile 2008).

stesso sesso, queste sarebbero comunque confluite nella categoria delle unioni civili, alle quali non sarebbe stato comunque esteso il beneficio delle pensione di reversibilità.

Tuttavia, la Corte non ha ommesso di affrontare un ulteriore problema legato alla sopravvenienza, nelle more del giudizio, del *Civil Partnership Act* del 2004 che, con effetto dal 5 dicembre del 2005, aveva esteso il beneficio della pensione di reversibilità alle unioni civili.

Tale circostanza, invero, impone una ulteriore riflessione di non trascurabile rilevanza, anche e soprattutto delle precedenti pronunce della Corte⁵²⁷. Ebbene, se – al tempo dei fatti in causa – il beneficio fosse già stato riconosciuto alle coppie di fatto o alle unioni civili e se dall'accesso al beneficio fossero rimasti esclusi soltanto i partner superstiti di coppie omosessuali, allora probabilmente il ricorso sarebbe stato fondato. Ciò perché, atteso che si sarebbe trattato di situazioni omogenee, il diniego imposto rispetto il godimento del beneficio avrebbe costituito un trattamento differenziato basato soltanto sull'orientamento sessuale e, pertanto, discriminatorio in violazione dell'articolo 14 della Convenzione.

In quest'ottica, allora, la censura del ricorrente, secondo cui non era stato possibile ottenere il riconoscimento formale della propria relazione, costituiva più che altro una critica circa il ritardo con cui lo Stato convenuto avrebbe introdotto una disciplina volta ad estendere il godimento del beneficio anche alle coppie di fatto. Giacché, se l'atto fosse stato adottato prima della sopravvenienza del decesso del compagno del ricorrente, questi avrebbe potuto fondatamente richiedere l'accesso alla pensione di reversibilità⁵²⁸.

L'infondatezza del ricorso, nel caso di specie, era ridotta ad una questione di tempestività. La Corte non ha inteso, quindi, avallare un'eventuale disciplina normativa che escluda le relazioni omosessuali dall'estensione di determinati benefici accordati ad altri tipi di unioni, bensì ha semplicemente richiamato la propria, seppure discutibile, consolidata giurisprudenza che esclude l'omogeneità tra istituto matrimoniale e unioni civili o coppie di fatto. Quando un Stato membro riconosca una disciplina specifica dettata solo ed esclusivamente per l'istituto matrimoniale, non se ne può inferire necessariamente una discriminazione nei confronti delle coppie dello stesso sesso basata sull'orientamento sessuale, bensì l'intenzione di disciplinare e tutelare in modo diverso un'unione disomogenea e, comunque, degna di specifica tutela anche alla luce dei principi della Convenzione. Al più, la Corte, nel dichiarare il ricorso inammissibile, ha suggerito (più o meno volontariamente) al contrario che, se una volta esteso il beneficio alle coppie di fatto, ne fossero

⁵²⁷ *Karner v. Austria*, n. 40016/98 (ECtHR, 24 luglio 2003), *Kozak v. Poland*, n. 13102/02 (ECtHR, 2 marzo 2010) e *P.B. and J.S. v. Austria*, 18984/02 (ECtHR, 22 luglio 2010).

⁵²⁸ Tuttavia, il governo convenuto non può essere criticato per non aver introdotto il *Civil Partnership Act* in una data precedente, trattandosi di una scelta di opportunità politica, che indubbiamente rientra nel margine di apprezzamento di cui godono le Parti contraenti in situazioni analoghe. Peraltro, da un'analisi comparatistica non si sarebbe neanche potuto affermare che in quel periodo vi fosse un consenso sufficiente tra gli Stati membri del Consiglio sul riconoscimento formale delle relazioni tra persone dello stesso sesso, tale da ridurre sensibilmente il margine di apprezzamento del Regno Unito in questo senso.

rimaste escluse le sole coppie omosessuali, si sarebbe trattato di una discriminazione basata sull'orientamento sessuale. In questo modo, adattandosi e, in parte, avvalorando l'andamento di estensione di tali benefici che inizia a diffondersi tra gli Stati membri.

La Corte non ha fatto altro che affermare i principi che aveva già confermato con la giurisprudenza legata al tema della successione nel contratto di locazione. Fermo restando che il rapporto di coppia tra persone dello stesso sesso costituisce comunque un'*affectio* tutelata dalla Convenzione in quanto "vita privata" e che il trattamento differenziato basato sull'orientamento sessuale, per essere legittimo, deve essere assolutamente necessario al perseguimento di un fine legittimo, gli Stati contraenti possono accordare una tutela giuridica privilegiata all'unione coniugale. Pertanto, ancora una volta, non possono ritenersi contrarie agli art. 8 e 14 CEDU normative nazionali che non equiparino alle coppie coniugate le coppie eterosessuali di fatto per il godimento di benefici previdenziali.

Mentre un anno prima la CGE riconosceva l'omogeneità tra coppie di fatto omosessuali e coppie sposate, la Corte di Strasburgo rimaneva ferma nell'affermarne la netta incomparabilità, escludendo addirittura le coppie *same-sex* dal novero dei rapporti che possono essere considerati quali espressioni di vita familiare.

2.4 Altri benefici assistenziali

Dai principi sopra citati, la Corte EDU non si è più discostata, almeno sino ad oggi. Al contrario ha più volte affermato la disomogeneità tra coppie di fatto omosessuali e coppie regolarmente coniugate.

Un esempio, assolutamente in linea con la giurisprudenza citata è quello trattato nella sentenza *J.M. c. Regno Unito*⁵²⁹, un caso di discriminazione nella determinazione dell'ammontare

⁵²⁹ *J.M. v. United Kingdom*, n. 37060/06 (ECtHR, 28 settembre 2010). La ricorrente, madre divorziata di due bambini affidati al padre, viveva con una donna in quella che è stata descritta nel procedimento interno come una "relazione intima, amorosa e monogama caratterizzata da una duratura intimità sessuale". La ricorrente era tenuta a contribuire economicamente al mantenimento dei figli con riguardo a tutte le disposizioni di legge vigenti in materia. Il 12 Settembre 2001, il Segretario di Stato aveva stabilito che la ricorrente dovesse corrispondere un assegno di mantenimento di 46.97 GBP alla settimana, con valore retroattivo a partire dal 13 agosto 2001. La ricorrente comunque aveva presentato appello, ritenendo necessario paragonare il trattamento accordato alla ricorrente con quello di un individuo che fosse parte di una coppia eterosessuale (sposata o no), e aveva riscontrato una evidente differenza di trattamento nella determinazione dell'ammontare dell'assegno di mantenimento. Peraltro, considerato che la decisione proveniva dalla *Child Support Agency* e implicava quindi una responsabilità statale, la situazione ricadeva nell'ambito dell'Art. 1 Protocollo 1 della CEDU. Inoltre, il Tribunale aveva riscontrato che, non avendo il Governo fornito alcuna spiegazione della differenza di trattamento, essa doveva essere considerata discriminatoria. Il Segretario di Stato contro questa decisione il Segretario di Stato aveva fatto appello, arrivando alla *House of Lords*. In questa sede, il ricorso era stato accolto sulla base del fatto che l'art. 8 in coordinato disposto con l'art. 14 CEDU non riguardasse qualunque tipo di discriminazione ma, basandosi sulla giurisprudenza di Strasburgo, fosse necessario che si trattasse di una vera e propria intrusione strettamente connessa con la vita familiare e non di una semplice interferenza. E che in questo caso, pur ammettendo che la ricorrente, la sua partner e i figli del precedente matrimonio, andassero considerati una famiglia alla luce dell'art. 8, la connessione tra le disposizioni appellate e la vita familiare fosse troppo tenue per rientrare nel margine dell'art.8. Inoltre, poiché il Regno Unito con l'adozione del *Civil Partnership Act* nel 2004 aveva in modo relativamente rapido seguito l'esempio di altri Stati membri del Consiglio d'Europa in materia di regolamentazione della coppie omosessuali, non si poteva ritenere che fosse uscito dal suo margine di apprezzamento. La discriminazione contro gli omosessuali, per quanto moralmente ingiustificabile, andava comunque messa in relazione alla normativa ed alle convinzioni sociali vigenti al momento del primo ricorso. In particolare, la ricorrente non poteva ritenersi discriminata con riferimento al periodo in cui aveva pagato un assegno di mantenimento differente dalle coppie eterosessuali, considerato che la legislazione cui si faceva riferimento era stata approvata in seguito e la giurisprudenza interna solo recentemente aveva riconosciuto alle coppie omosessuali la natura di vita familiare.

dell'assegno di mantenimento che il coniuge separato deve corrispondere, quando – a seguito della separazione – intraprenda una relazione con un partner dello stesso sesso. La Corte, anche in questo caso, scelse di non discostarsi dall'orientamento adottato in *Mata Estevez*, citata numerosissime volte dalle parti e dall'organo giudicante stesso. Pur riconoscendo che l'evoluzione avutasi a livello sovranazionale nella propria giurisprudenza e i progressi normativi e sociali di molti degli Stati membri non segnano semplicemente lo stato dell'arte della legislazione in materia di libertà sessuali ma, soprattutto, costituiscano la probabile indicazione di una direzione di espansione dei diritti di libertà sessuale ormai ben delineata.

La Corte non ritenne peraltro necessario affermare se la Convenzione comportasse una generalizzata tutela delle unioni *same-sex* ai sensi dell'art. 8. Ritenne piuttosto di tralasciare la natura discriminatoria della legislazione sul mantenimento dei figli con riferimento all'art. 14 come complemento dell'art.8 e di affrontare il caso leggendo il divieto di discriminazione nell'ottica dell'art. 1 Protocollo 1, con riferimento alle lesioni patrimoniali⁵³⁰.

Nell'interpretazione di tale articolo, la Corte ammise che la situazione della ricorrente, donna divorziata con obblighi di mantenimento ed una relazione con un'altra donna, e quella di un individuo in una situazione omologa ma con un partner di sesso opposto fossero completamente assimilabili, se non per la differenza di orientamento sessuale. E, con riguardo alle differenze normative basate sull'orientamento sessuale, la Corte specificò di avere elaborato una

⁵³⁰ La ricorrente lamentava che le modalità con cui l'ammontare dell'assegno di mantenimento della prole era stato determinato avevano comportato una violazione dell'art. 14. Tale articolo andava considerato in coordinato disposto o con l'art. 8 o con l'art. 1 protocollo 1. La Corte inizia la sua analisi del caso partendo dall'applicabilità dell'art. 14, ricordando che l'art. 14 è stato formulato a complemento delle altre previsioni normative di ordine sostanziale contenute nella Convenzione e nei Protocolli addizionali. Non è passibile di un'esistenza autonoma in quanto ha effetti unicamente se riferito al "godimento di diritti e libertà" previsti da tali testi. L'applicazione dell'art. 14 non presuppone necessariamente la violazione di un diritto sostanziale garantito dalla Convenzione, è al contrario necessario e sufficiente che le circostanze di fatto ricadano "all'interno dell'ambito" di uno o più articoli della Convenzione. (inter alia *Burden c. Regno Unito 13378/05*). La Corte inoltre ha già spiegato come l'articolo 14 entri in gioco non appena "la materia oggetto dello svantaggio ... costituisca una delle modalità di esercizio del diritto garantito" (*National Union of Belgian Police c. Belgio 4464/70*), oppure le misure incriminate siano "collegate all'esercizio di un diritto protetto" (*Schmidt e Dahlstrom c. Svezia 5589/72*). Inoltre, il divieto di discriminazione dell'articolo 14 si estende oltre gli articoli che la Convenzione richiede agli Stati di garantire e ricomprende anche tutti quei diritti aggiuntivi che gli Stati hanno autonomamente deciso di fornire a livello interno (*Andrejeva c. Lettonia 55707/00*). Nel caso in questione, nei ricorsi interni l'applicabilità dell'art. 14 era stata analizzata principalmente in coordinato disposto con l'art. 8. Anche per la House of Lords la lettura maggioritaria era stata che i fatti di questo caso non rientrassero nell'ambito dell'art. 1 Protocollo 1, in quanto tale articolo riguardava primariamente l'espropriazione di beni per la pubblica utilità e non l'adempimento di obbligazioni personali. Dal punto di vista della Corte, tale lettura dell'articolo è eccessivamente restrittiva se applicata ad un caso di discriminazione. Essa ha, infatti, più volte stabilito nella propria giurisprudenza che una richiesta possa rientrare nell'art. 1 del Protocollo 1 in coordinato disposto con l'art 14, anche in assenza di qualunque forma di diminuzione, o di interferenza, con i beni esistenti del ricorrente (in particolare in materia di previdenza sociale vedi *Stec e altri c. Regno Unito 65731/01*, *Carson e altri c. Regno Unito 42184/05*). Come notato dalla ricorrente, gli assegni di mantenimento della prole sono materia che è già stata trattata nel caso *Burrows*, in quel caso il ricorrente aveva allegato inter alia la violazione dell'art.1. Protocollo 1 da solo ed in coordinato disposto con l'art. 14. In quel caso la Corte con riferimento all'articolo di per sé considerato aveva ritenuto dubbio che si potesse parlare di una vera e propria lesione della proprietà, ma aveva fatto rientrare la materia nell'ambito dell'art. 1 Prot. 1 tenuto conto che, sebbene si trattasse di rapporti fra privati, lo Stato aveva avuto un ruolo attivo nel caso, in quanto la legislazione in materia di assegni di mantenimento stabiliva e regolava i rapporti di diritto privato tra gli individui implicati. Il ricorso era però stato rigettato, in quanto si riteneva che l'interferenza con i beni del ricorrente non fosse sproporzionata rispetto al fine perseguito dalla norma. Riguardo la discriminazione, che qui si voleva basata sul suo status di genitore separato, la Commissione pur ammettendo rientrasse nell'ambito dell'art.1 Prot. 1 in coordinato disposto con l'art.14 aveva rigettato il ricorso in quanto non vedeva sussistere alcun trattamento discriminatorio. La Corte non vede alcuna ragione nel caso in questione per discostarsi dall'orientamento sopra elaborato. Inoltre la Corte aveva avuto un'altra occasione per occuparsi del sistema britannico di mantenimento dei figli, nel caso *P.M. c. Regno Unito 6638/03* c'erano gli sgravi fiscali garantiti agli individui separati che avessero oneri patrimoniali di mantenimento. In quel caso il Governo britannico aveva riconosciuto che la situazione rientrava nell'art.1 Protocollo 1. Per quanto qui non si discuta di materia tributaria, la Corte ritiene che le somme corrisposte dalla ricorrente per il mantenimento dei figli siano da considerare come "contributi" ai sensi del secondo paragrafo dell'art.1. (*Darby c. Svezia 11581/85*, *Van Raalte c. Paesi Bassi 20060/92*). La Corte pertanto riconosce che la situazione sia rilevante ai sensi di tale articolo e che sia pertanto applicabile l'art. 14.

giurisprudenza consolidata che accorda agli Stati membri un margine di discrezionalità molto stretto, che nel caso in questione era stato violato.

Ancora una volta, ciò che rileva è soprattutto la scelta di non pronunciarsi in maniera definitiva sulla natura di vita familiare delle unioni omosessuali⁵³¹. Al riguardo, estremamente significativa è la *concurring opinion* dei giudici *Garlicki*, *Hirvelä* e *Vučinić*, tre su un organo giudicante formato da sette membri, che rimproverarono alla Corte di non essersi espressa, con riguardo all'ambito di applicazione dell'art. 8, in termini sufficientemente chiari. Nel caso di specie, non si trattava di un rapporto di coabitazione occasionale, ma di un rapporto descritto dalle corti interne come una relazione intima, amorosa e monogama caratterizzata da una durata intimità sessuale.

Era fondamentale chiarire se tale tipo di relazione rientrasse nella definizione di "vita familiare". Se la risposta tradizionale della Corte è sempre stata negativa (in *Mata Estevez* si ammetteva il ricorso all'art. 8 con riferimento unicamente all'aspetto della "vita privata"), secondo i tre giudici *J.M.* rappresentava un'ottima occasione per inaugurare un indispensabile mutamento giurisprudenziale. La maggioranza avrebbe dovuto confermare in modo inequivoco che, al 2010, la nozione di vita familiare non potesse più essere limitata soltanto alle coppie eterosessuali⁵³².

Eppure nello stesso anno, in relazione ad un altro caso, la Corte affrontando nuovamente un caso di disparità di trattamento tra coppie di fatto eterosessuali e omosessuali, fa un passo avanti e modifica in parte la propria giurisprudenza. Il caso, *P.B. e P.J. c. Austria*⁵³³, riguardava la mancata

⁵³¹ Con riguardo all'art. 8 la Corte nota che di fronte la House of Lords sono state espresse diverse posizioni riguardo la possibilità o meno di poter definire la relazione tra la ricorrente, la sua partner e i suoi figli vita familiare ai sensi della Convenzione, sia in riferimento al tempo materiale del caso 2001-2002 che riguardo al momento della sentenza della House of Lords nel 2006. La ricorrente sosteneva che la Corte avrebbe dovuto allontanarsi definitivamente dall'approccio alla materia contenuto in *Mata Estevez*, basandosi inter alia sugli sviluppi normativi avutisi nel frattempo in molti Stati contraenti. Il Governo pur non intendendo opporsi a tale interpretazione evolutiva dell'art. 8 riteneva che tali cambiamenti si dovessero intendere come unicamente rivolti al futuro. La Corte riconosce che il consensus tra gli Stati Europei a favore dell'assimilazione delle relazioni same-sex a quelle eterosessuali si è indubbiamente rafforzato rispetto al momento in cui era stato giudicato il caso *Mata Estevez*. Nondimeno, considerato che già si è riconosciuto che il caso indubbiamente rientra nell'ambito di protezione dell'art. 1 Prot. 1, che sembra essere il riferimento legislativo più naturale per la risoluzione della controversia, ritiene non necessario decidere se i fatti allegati, il cui svolgimento materiale è tra l'altro coevo a quelli allegati in *Mata Estevez*, ricadano nell'ambito dell'art. 8 della Convenzione, né con riferimento alla vita familiare, né con riferimento alla vita privata.

⁵³² «J.M. offered a good opportunity to contribute to the emerging change in our case-law. Regrettably, the majority chose to avoid taking a clear position. In paragraph 50 the Court observes that the case is related to situations that took place in 2001-2002 and 2006. The Court confirms that "the consensus among European States in favour of assimilating same-sex relationships to heterosexual relationship has undoubtedly strengthened since it examined the issue in 2001 in the *Mata Estevez* decision". However, the Court did not find it necessary to "decide whether the facts of the case, which are virtually contemporaneous with those of *Mata Estevez* case itself, also fall within the ambit of Article 8 in its family life aspect". Judicial self-restraint is often a virtue, but not in cases in which courts should admit their own mistakes. It cannot be excluded that the Court was wrong already in *Mata Estevez*. In any case, we should not have refrained from unequivocal confirmation that today, in 2010, the notion of family life can no longer be restricted to heterosexual couples alone.» *J.M. v. UNited Kingdom*, n. 37060/06 (ECtHR, 28 settembre 2010) *Concurring opinion*.

⁵³³ *P.B. and J.S. v. Austria*, 18984/02 (ECtHR, 22 luglio 2010). Uno dei due ricorrenti, una coppia omosessuale convivente, era un funzionario pubblico, coperto con riferimento ad incidenti e malattie dalla compagnia di assicurazione dei funzionari pubblici (CSIC) (*Versicherungsanstalt Öffentlicher Bediensteter*). Il primo ricorrente aveva chiesto al CSIC di riconoscerlo come persona a carico del secondo (*Angehöriger*) e pertanto di estendergli la copertura assicurativa di questi. Egli aveva constatato che il paragrafo 56(6) del regolamento di assicurazione dei dipendenti pubblici da infortuni e malattie (CSSAIA) (*Beamten-Kranken- und Unfallversicherungsgesetz*) faceva riferimento a una persona dell'altro sesso convivente dell'assicurato e senza stipendio, ma ne chiedeva una interpretazione estensiva, non ostando, a suo dire, ragionevoli motivi di esclusione delle relazioni omosessuali dalla norma. Il CSIC aveva però respinto tale richiesta sulla base del fatto che il richiedente fosse dello stesso sesso dell'assicurato. Il primo ricorrente aveva presentato ricorso e, una volta respinto, aveva depositato un ricorso presso la Corte Costituzionale, in cui sosteneva che l'esclusione ai sensi del paragrafo 56(6) del CSSAIA delle coppie omosessuali dall'estensione della copertura assicurativa costituiva una violazione dell'art. 14, in coordinato disposto con l'art. 8, della CEDU e che pertanto era incostituzionale. Anche la Corte, tuttavia, aveva respinto il ricorso asserendo che, sulla base della giurisprudenza precedente, il legislatore godeva rispetto alla specifica materia di un margine di discrezionalità molto ampio e che pertanto la norma impugnata rientrava in tale margine. La Corte però aveva riconosciuto come fondata la richiesta del ricorrente di trasferire il ricorso presso il Tribunale amministrativo, che però – a sua volta – aveva respinto il ricorso, riscontrando che le conclusioni delle autorità convenute sull'applicabilità unicamente alle coppie eterosessuali del paragrafo 56(6) del CSSAIA fossero corrette. Allo

estensione della copertura assicurativa del convivente a carico al componente di una coppia omosessuale, quando la stessa fosse normalmente garantita al convivente di una coppia eterosessuale nelle medesime condizioni di fatto. Nel riaffermare il principio secondo cui non può operarsi una discriminazione tra coppie di fatto etero e omosessuali in assenza dell'assoluta necessità di perseguire un fine legittimo, la Corte ha ritenuto di poter ricondurre nell'ambito soggettivo della nozione di "vita familiare" anche le coppie di fatto omosessuali.

Sebbene, nella valutazione sull'applicabilità dell'articolo 8, fosse ormai indubbio che la relazione di una coppia formata da persone dello stesso sesso fosse coperta dalla definizione di "vita privata" come definita nell'art. 8., la Corte ritenne comunque appropriato – alla luce delle richieste di parte – rilevare se la loro relazione potesse costituire una forma di "vita familiare". La Corte, in primo luogo, richiamò la propria giurisprudenza, ormai consolidata, in materia di coppie di fatto, laddove in particolare era da ritenersi pacifico che la nozione di "famiglia" non fosse confinata alle relazioni fondate sul matrimonio. Al contrario, dovevano ritenersi inclusi i legami familiari di fatto in cui le parti convivono al di fuori del matrimonio, laddove ad esempio un figlio nato da una relazione del genere è *ipso iure* parte di un nucleo familiare dal momento della sua nascita⁵³⁴. Eppure, in senso contrario, la giurisprudenza della Corte aveva affermato come fino a quel momento che le relazioni emotive e sessuali di coppie monosesso rientravano nella definizione di "vita privata", ma non in quella di "vita familiare" e ciò anche quando tali coppie davano vita a situazioni di convivenza di lungo termine.

La Corte osservò anche che, nonostante la tendenza crescente in numerosi paesi europei, al riconoscimento legale e giudiziario delle *partnership* stabili tra omosessuali dato il ridotto terreno comune tra le Parti Contraenti, in quest'area esse godessero ancora di un margine di apprezzamento molto ampio. Nel caso *Karner* citato sopra, la Corte aveva infatti volutamente lasciata aperta la questione se il caso riguardasse anche la "vita privata e familiare" del ricorrente.

La Corte tuttavia constatò che dal 2001, quando la decisione *Mata Estevez* era stata presa, si era assistito ad una rapida evoluzione in molti Paesi della percezione sociale delle coppie dello stesso sesso. Da allora un considerevole numero di Stati membri aveva garantito un riconoscimento giuridico a tali coppie e certe disposizioni normative di diritto comunitario avevano riflettuto la tendenza crescente all'inclusione delle coppie dello stesso sesso nella nozione di "famiglia".

La Corte, registrando queste evoluzioni, ritenne artificioso mantenere il punto di vista che, a

stesso tempo, non vi era violazione dell'art. 8, perché tale articolo non garantisce la protezione di specifici diritti sociali. L'esclusione delle coppie omosessuali inoltre, dal punto di vista del Tribunale, obbediva al principio di eguaglianza perché costituiva una differenza di trattamento giustificata. Infatti, mentre nel caso di convivenze tra persone di sesso diverso – in cui tale convivenza gravava sulle spalle di uno dei due – si potesse, di regola, presumere che si trattava di coppie di fatto, la medesima presunzione non poteva essere tratta per persone conviventi dello stesso sesso. In assenza di qualunque possibilità di registrare legalmente le coppie omosessuali sarebbe stato necessario condurre inchieste delicatissime nella sfera più intima della loro vita privata. Questa differenza nelle situazioni di fatto avrebbe costituito la ragione giustificativa del differente trattamento legislativo.

⁵³⁴ *Elsholz v. Germany*, n. 25735/94 (ECtHR, 13 luglio 2000).

differenza delle coppie eterosessuali, le coppie omosessuali non potessero godere della tutela della “vita familiare” ai sensi dell’art. 8. Pertanto fece rientrare la relazione tra i ricorrenti, una coppia dello stesso sesso convivente in una partnership stabile di fatto, nella nozione di “vita familiare”, esattamente come vi sarebbe rientrata una coppia eterosessuali nella medesima situazione.

Conclusivamente, nel seguire le evoluzioni della giurisprudenza “europea” con riguardo ai diversi tipi di trattamenti discriminatori, di volta in volta fatti valere dalle coppie dello stesso sesso, emergono sostanzialmente due principi non del tutto coerenti. Da un lato, appare in alcuni casi pacifico che ai fini della sussistenza di un trattamento discriminatorio il punto di riferimento non possano essere le coppie sposate, bensì le coppie di fatto eterosessuali, giacché l’istituto matrimoniale non può ritenersi giuridicamente omogeneo a un una convivenza di fatto. Dall’altro, si è affermato il principio secondo cui anche le unioni omosessuali devono essere considerate, alla stregua di quelle eterosessuali, riconducibili al concetto di “vita familiare” e non solo, quindi, a quello di vita privata, segnando un principio di equivalenza qualitativa tra relazioni eterosessuali e omosessuali. Ma proprio questo riconoscimento è il punto di partenza per mettere in discussione il principio della disomogeneità tra coppie coniugate e coppie di fatto omosessuali, ovvero la circostanza che entrambe ricadano nell’ambito soggettivo della nozione di “vita familiare”, sul solco peraltro delle linea interpretativa dell’ultima giurisprudenza della CGE. Tenendo però conto del fatto che non vi è stata ancora la possibilità di vagliare un’ipotetica evoluzione della giurisprudenza della CGE sul tema dell’equiparazione tra rapporto di coniugio e coppie di fatto omosessuali, dopo i casi *Maruko* e *Römer*.

In ogni caso è proprio questo il punto centrale legato alla *vexata quaestio* dell’estensione del diritto al matrimonio anche alle coppie omosessuali, di cui al prossimo paragrafo.

3. Il diritto al matrimonio per le minoranze sessuali

Questa evoluzione della giurisprudenza della Corte EDU, nonché della CGE, seppure sia da considerarsi come sorprendente se paragonata alla quasi totale assenza di pronunce equiparabili da parte di altri organi internazionali, appare invece timida se messa a confronto con la prassi degli organi non giurisdizionali del COE e dell’Unione Europea.

L’Assemblea parlamentare del COE, già nel 2000, pressava gli Stati membri affinché introducessero istituti per il riconoscimento (di norma le c.d. *registered partnership*) delle coppie omosessuali⁵³⁵. Nello stesso anno, anche il Parlamento europeo rivolse un appello agli Stati membri, «to recognise unmarried partnerships, between both couples of different sexes and same-

⁵³⁵ Council of Eur. Parl. Ass., Recommendation 1474,11(iii)(i) (Sept. 2000).

sex couples, and to link them to the same rights as apply to marriage», sottolineando altresì l'urgenza che fosse inserito nell'agenda dei lavori parlamentari il tema del matrimonio tra persone dello stesso sesso⁵³⁶. Lo stesso tipo di invito venne, poi, riproposto nel 2006, quando fu dato risalto alla circostanza per cui alcuni Stati membri – come sottolineato in precedenza – offrivano benefici contributivi diversi a seconda dell'orientamento sessuale espresso dalla coppia, richiedendo alla Commissione un contestuale intervento per censurare la discriminazione verso le coppie omosessuali di fatto o riconosciute⁵³⁷.

Tuttavia, come sopradetto, le Corti non si sono spinte mai fino ad imporre agli Stati il riconoscimento delle unioni omosessuali, né a riconoscere agli omosessuali un diritto fondamentale come quello al matrimonio. E ciò, nonostante la giurisprudenza della Corte EDU si fosse invece spinta al riconoscimento di questo diritto nei confronti dei transessuali. Con la celebre decisione sul caso *Goodwin*⁵³⁸, la Corte aveva operato il suo *revirement* sulla disciplina inglese che sanzionava con la nullità *ab initio* del matrimonio contratto da persone che non fossero rispettivamente uomo e donna e su cui si era già pronunciata nell'altrettanto celebre caso *Rees*⁵³⁹. In quest'ultimo caso, infatti, secondo l'interpretazione delle Corti inglesi – ai fini della validità del matrimonio – il sesso dei nubendi doveva essere determinato attraverso la valutazione degli elementi biologici, così come peraltro risultino dagli atti di nascita. In questo senso, il mutamento di genere non poteva valere a fondare un valido matrimonio, perché non veniva iscritto negli atti di nascita. Di conseguenza i transessuali non potevano sposarsi con persone di genere opposto a quello da loro acquisito in un secondo momento.

La Corte EDU ritenne di non dover censurare la normativa inglese, perchè «the right to marry guaranteed by Article 12 refers to the traditional marriage between persons of opposite biological sex. This appears also from the wording of the Article which makes it clear that Article 12 is mainly concerned to protect marriage as the basis of the family»⁵⁴⁰. In tal modo, si voleva chiaramente valorizzare una sorta di interdipendenza funzionale tra matrimonio e procreazione, di tal che il diritto di sposarsi fosse poi condizionato alla capacità di fondare una famiglia.

L'inversione giurisprudenziale avvenuta con la decisione *Goodwin*, nasce proprio dalla contestuale evoluzione giurisprudenziale della Corte sulla natura e le caratteristiche dell'istituto matrimoniale, giustificati dal progresso della coscienza sociale, nonché della medicina e della

⁵³⁶ Resolution on the Situation Concerning Basic Rights in the European Union, 2001/2014(INI), EUR. PARL. DOC. P5_TA(2003)(0012), 102-03.

⁵³⁷ Resolution on Homophobia in Europe, EUR. PARL. Doc. P6_TA(2006)0018, E, paragrafo 11; Resolution on Non-Discrimination and Equal Opportunities Framework Strategy, 2005/2191(INI), EUR. PARL. DOC. P6_TA(2006)0261 paragrafo 30.

⁵³⁸ *Christine Goodwin v. United Kingdom*, n. 28957/95 (ECtHR, 11 luglio 2002).

⁵³⁹ *Rees v. United Kingdom*, 9532/81 (ECtHR, 17 ottobre 1986).

⁵⁴⁰ *Sent. cit.* par. 49

ricerca scientifica. Infatti, nella motivazione della decisione, viene ripreso il nuovo principio⁵⁴¹ in base al quale non sussiste un rapporto di condizionalità necessaria tra il diritto a sposarsi e quello a fondare una famiglia⁵⁴². Inoltre, la Corte modifica anche la precedente interpretazione dei termini “uomo” e “donna”, svincolandoli dal dato meramente biologico; il genere, quindi, può essere definito anche in relazione a seguito di una riassegnazione chirurgica⁵⁴³.

Sulla base di questi presupposti, pertanto, è stata ritenuta artificiosa l’obiezione secondo cui coloro i quali avessero subito un mutamento di sesso non sarebbero stati privati del diritto a sposarsi, conservando comunque la possibilità di contrarre matrimonio con persone dal sesso biologico opposto. Né, peraltro, il diritto di cui all’articolo 12 poteva ritenersi inestendibile anche ai transessuali, in virtù della sola disomogeneità della prassi degli Stati contraenti.

A parere della Corte, il margine di apprezzamento degli Stati non poteva estendersi sino al punto di negare l’esercizio del diritto di sposarsi e, quindi, doveva ritenersi illegittima qualunque disciplina che facesse dipendere la capacità a contrarre matrimonio dal sesso biologico registrato al momento della nascita, pena la violazione del nucleo essenziale del diritto di sposarsi⁵⁴⁴.

Riprendendo proprio questa sentenza peraltro anche la CGE ha affermato che costituisce una discriminazione basata sul sesso, contraria quindi all’attuale art. 157 TFUE, il diniego dell’accesso al matrimonio previsto per le persone transessuali⁵⁴⁵.

È interessante notare che, in due casi successivi⁵⁴⁶ alla sentenza *Goodwin*, la Corte è stata invece chiamata a pronunciarsi sugli effetti del mutamento di sesso di uno dei coniugi sul matrimonio contratto prima della riassegnazione. La questione ci riporta, infatti, nuovamente sul problema dell’estensione dell’istituto matrimoniale alle coppie dello stesso sesso.

La circostanza da cui traeva origine la controversia era nuovamente legata ad una disposizione della legislazione britannica, che subordinava il pieno riconoscimento legale della nuova identità sessuale allo scioglimento del precedente matrimonio, nonostante gli stessi non volessero divorziare. Entrambi i ricorsi furono dichiarati manifestamente inammissibili, in quanto non poteva ritenersi contraria all’articolo 12 una disciplina che riservasse l’accesso all’istituto matrimoniale soltanto a persone di genere opposto, fosse esso biologico o di elezione, cosicché

⁵⁴¹ *Cossey v. United Kingdom*, n. 10843/84 (ECtHR, 27 settembre 1990).

⁵⁴² «Reviewing the situation in 2002, the Court observes that Article 12 secures the fundamental right of a man and woman to marry and to found a family. The second aspect is not however a condition of the first and the inability of any couple to conceive or parent a child cannot be regarded as *per se* removing their right to enjoy the first limb of this provision.» *Goodwin cit.* par. 98.

⁵⁴³ La Corte ha anche richiamato, al fine di supportare la propria tesi, l’articolo 9 della Carta dei Diritti Fondamentali dell’Unione, osservando come nella sua elaborazione siano stati deliberatamente espunti i riferimenti all’uomo e alla donna.

⁵⁴⁴ Agli Stati veniva rimessa la determinazione discrezionale delle modalità di esercizio del suddetto diritto.

⁵⁴⁵ *K.B. - National Health Service Pensions Agency, Secretary of State for Health*, C-117/01 (ECJ, 7 gennaio 2004).

⁵⁴⁶ *Parry v. United Kingdom*, n. 42971/05 (ECtHR, 28 novembre 2006) e *R. and F. v. United Kingdom*, n. 35748/05 (ECtHR, 28 novembre 2006).

l'effetto della riassegnazione sul matrimonio doveva ritenersi completamente rientrante nel margine di apprezzamento degli Stati contraenti⁵⁴⁷.

3.1 Il diritto al matrimonio nella giurisprudenza della Corte EDU

Nonostante quindi la Corte EDU fosse giunta ad ammettere che anche le coppie di fatto omosessuali dovevano ritenersi come ricomprese nell'ambito soggettivo di applicazione della nozione di vita familiare, in nessun caso la Corte stessa si è spinta a creare un collegamento tra questa vita familiare e il diritto di accesso all'istituto matrimoniale. Vale la pena pertanto dedicare una specifica analisi alla decisione con cui la Corte ha per la prima volta trattato espressamente il problema del matrimonio tra persone dello stesso sesso.

Il caso *Shalk e Kopf*⁵⁴⁸, trae origine da un ricorso presentato da due cittadini austriaci contro il proprio Stato d'origine. I ricorrenti chiedevano che il diniego opposto dalle autorità austriache alla loro richiesta di contrarre matrimonio, in quanto coppia omosessuale, fosse censurato dai giudici di Strasburgo come violazione dell'articolo 12 nonché dell'articolo 8 in combinato disposto con l'articolo 14 della Convenzione. In particolare, gli stessi ritenevano che il rifiuto rispetto all'accesso all'istituto matrimoniale o ad una qualsiasi altra unione diversamente riconosciuta per legge integrasse una discriminazione operata sulla base dell'orientamento sessuale.

I ricorrenti avevano presentato la richiesta, all'Ufficio dello stato civile (*Standesmat*), di immissione alle pratiche necessarie per procedere ad una unione coniugale. La suddetta richiesta era, però, stata respinta dal competente ufficio comunale di Vienna (*Magistrat*), in virtù dell'espressa previsione normativa di cui all'articolo 44 del codice civile austriaco (*Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch*). La norma, invero, consentiva che il matrimonio potesse essere contratto solo da soggetti di sesso diverso e, in accordo alla costante giurisprudenza elaborata sul tema, l'unione tra individui dello stesso sesso sarebbe stata affetta da vizio di nullità, giacché gli stessi sarebbero stati privi della capacità di contrarre matrimonio.

A fronte di tale decisione, i ricorrenti proponevano appello al competente ufficio regionale (*Landeshauptmann*), che confermava la decisione impugnata, a supporto della quale richiamava non solo la giurisprudenza amministrativa, ma anche l'articolo 12 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, che – a sua volta – avrebbe riservato il diritto a contrarre matrimonio solo a soggetti di sesso opposto.

⁵⁴⁷ Peraltro, con riferimento all'ordinamento inglese i coniugi avrebbero ben potuto poi accedere ad una partnership registrata.

⁵⁴⁸ *Schalk and Kopf v. Austria*, 30141/04 (ECtHR, 24 giugno 2010).

I ricorrenti reagivano, allora, presentando un ricorso alla Corte Costituzionale (*Verfassungsgerichtshof*). Questi sostenevano che l'impossibilità giuridica di contrarre matrimonio costituisse una violazione del proprio diritto al rispetto della vita privata e familiare e del principio di non discriminazione, in ragione – soprattutto – dell'evoluzione subita dalla nozione sociale di matrimonio rispetto al momento in cui, nel 1812, era entrato in vigore il codice civile. *Sub specie*, la procreazione e l'educazione dei figli non avrebbero costituito più elementi fondanti e caratterizzanti l'istituto in questione; si sarebbe trattato, piuttosto, di un'unione permanente e trasversale ad ogni aspetto della vita privata. A parere dei ricorrenti, non sussisteva alcuna ragione prettamente oggettiva che avrebbe potuto giustificare la disparità di trattamento basata sull'orientamento sessuale, che – nelle parole dei giudici di Strasburgo – richiedeva precise e rilevanti ragioni giustificative. Infine, questi ritenevano fosse anche stato violato il loro diritto al libero e pieno godimento della proprietà privata, sulla base del fatto che, in caso di morte di uno dei componenti della coppia, il regime fiscale sarebbe stato meno favorevole al compagno sopravvissuto rispetto a quello in vigore per le coppie eterosessuali regolarmente sposate.

Anche la Corte costituzionale respingeva il ricorso, perché infondato. Ciò, sulla base della lineare argomentazione secondo cui sia l'articolo 44 del codice civile che la giurisprudenza in materia richiedevano, quale elemento necessario per la validità dell'unione matrimoniale, la diversità di genere. A supporto della suddetta ricostruzione, la Corte precisava come né la Costituzione austriaca né l'articolo 12 della Convenzione, che peraltro assumeva rango costituzionale nell'ordinamento nazionale, imponessero l'obbligo di estendere l'istituto alle coppie omosessuali, la cui diversità sostanziale rispetto a quelle eterosessuali giustificava il mantenimento di un differente regime giuridico.

Ai fini di una compiuta comprensione dell'argomentazione giuridica sottesa alla decisione in esame, la Corte ha ritenuto necessaria l'esposizione del quadro giuridico nazionale e sovranazionale entro cui si inseriva il problema dell'estensione alle coppie omosessuali del diritto a contrarre matrimonio.

Quanto all'ordinamento austriaco, dovevano essere prese in considerazione due norme: l'articolo 44 del codice civile e l'atto istitutivo del registro delle unioni civili (*Eingetragene Partnerschaft-Gesetz*). La disposizione civilistica, immutata dall'entrata in vigore del codice, prevedeva espressamente che il diritto a contrarre matrimonio fosse riconosciuto solo ad individui di sesso opposto. A fronte di ciò, il Governo austriaco aveva elaborato uno strumento giuridico – entrato in vigore nelle more del procedimento – che permetteva il riconoscimento delle unioni

omosessuali, tale da attribuirne uno *status* giuridico per molti aspetti equivalente a quello matrimoniale⁵⁴⁹.

Quanto all'analisi comparativa e sovranazionale, i giudici di Strasburgo si adoperarono per delineare efficacemente il quadro europeo e quello delle legislazioni interne degli Stati membri del Consiglio d'Europa. Il primo riferimento è all'articolo 9 della Carta dei diritti fondamentali di Nizza, il cui valore vincolante per gli Stati membri è stato definitivamente sancito con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona. La norma, nel riconoscere il diritto a contrarre matrimonio e a fondare una famiglia, non opera alcun espresso riferimento alla diversa identità sessuale delle parti coinvolte. Cionondimeno, la circostanza che la diversità di genere non fosse espressamente imposta valeva a definire un margine di discrezionalità nella scelta degli Stati membri di estendere o meno l'istituto alle coppie omosessuali. Di contro, si riteneva che la stessa non potesse essere interpretata fino a derivarne un obbligo positivo di riconoscimento in questo senso. Una tale interpretazione sarebbe andata oltre il dettato della norma, che, invece, implicava soltanto come il diritto a contrarre matrimonio e fondare una famiglia dovesse essere tutelato in conformità alle previsioni delle singole legislazioni nazionali, così come chiarito nelle Spiegazioni relative alla Carta dei diritti fondamentali⁵⁵⁰.

In aggiunta all'articolo 9, venivano poi richiamate una serie di Direttive (2003/86/EC e 2004/38/EC) che si riferivano al concetto di nucleo familiare e, contestualmente, alla possibilità che nello stesso vi rientrassero anche i componenti di coppie omosessuali, quando ciò fosse previsto dalle rispettive legislazioni nazionali degli Stati membri.

Riguardo agli ordinamenti degli Stati parte del Consiglio, poi, veniva semplicemente osservato come non fosse possibile ricavare alcun orientamento condiviso sulla opportunità di estendere o meno il diritto a contrarre matrimonio alle coppie costituite da individui dello stesso sesso.

Così tracciato il contesto giuridico rilevante, la Corte procedeva ad esaminare l'ammissibilità e il merito del ricorso, trattando separatamente la questione inerente la violazione dell'articolo 12 e quella degli articoli 8 e 14 della Convenzione.

Con riferimento alla presunta violazione dell'articolo 12, i giudici della Prima Sezione enunciarono i principi generali da applicare al caso concreto, per dedurne la sussistenza o meno della eventuale infrazione. In via generale, la norma garantisce il generalizzato diritto a contrarre matrimonio e fondare una famiglia nel contesto delle normative nazionali in materia, ammettendo

⁵⁴⁹ Infatti, in base al suddetto atto, alle unioni omosessuali viene sostanzialmente estesa la disciplina prevista per il matrimonio; ciò, in ordine ai requisiti di validità, come la maggiore età e l'assenza di vincoli parentali, ai reciproci diritti e doveri coniugali, alle ragioni di scioglimento dell'unione, nonché rispetto al regime fiscale, assicurativo e successorio. Tuttavia, l'estensione non avviene *tout court*. Permangono, invero, talune differenze rispetto agli uffici competenti a provvedere al procedimento di riconoscimento, alla disciplina del cognome e, soprattutto, rispetto all'adozione e alla inseminazione artificiale, che rimangono precluse alle coppie omosessuali.

⁵⁵⁰ Gazzetta Ufficiale, C 303 del 14 dicembre 2007

implicitamente che limitazioni e condizioni al godimento di questo diritto possano essere introdotte, purché le stesse – adeguatamente sorrette da valide argomentazioni – non conducano alla sostanziale impossibilità di godere del diritto così sancito. Inoltre, la Corte ritenne di poter derivare alcuni principi generali dalla giurisprudenza in materia di estensione del diritto a contrarre matrimonio per i transessuali⁵⁵¹. In particolare, la giurisprudenza di Strasburgo notava che il riferimento al genere, di cui all'articolo 12, non potesse più essere interpretato attraverso criteri puramente biologici, ritenendo così una violazione della norma in questione il divieto a contrarre matrimonio nei confronti di un *post-operative transsexual*.

Sulla scorta di tali evoluzioni giurisprudenziali, la Corte è giunta ad affermare che l'impossibilità per una coppia di concepire o adottare dei bambini non possa *ex se* limitare il godimento del diritto di cui all'articolo 12⁵⁵², poiché la deliberata scelta di fare riferimento all'uomo e alla donna deve essere necessariamente ricondotta al contesto storico entro cui è stata elaborata la Convenzione. E, del resto, la Convenzione è stata più volte dalla Corte stessa definita come uno strumento giuridico "vivo", che si adegua ai mutamenti sociali e, in questi termini, non può cristallizzarsi entro un modello sociale in costante evoluzione. Considerato che sarebbe artificioso ritenere che la fisionomia del nucleo familiare sia rimasta immutata nel tempo e che non sia soggetta a costanti evoluzioni, è allora ammissibile immaginare che anche il diritto al matrimonio sancito nella Convenzione possa estendersi ed adattarsi alla varietà delle circostanze concrete.

Date le suddette premesse, i giudici di Strasburgo conclusero che, nonostante l'articolo dovesse essere ad oggi interpretato nei termini in cui il diritto a contrarre matrimonio deve potersi considerare estendibile alle coppie omosessuali; pur tuttavia, non potrebbe derivarsi da tale interpretazione permissiva una norma impositiva di un obbligo positivo verso gli Stati membri, traducibile nella necessità di adottare una normativa nazionale in questo senso.

Tale conclusione era supportata dalla considerazione di come il matrimonio costituisse un istituto giuridico profondamente e intimamente legato al retroterra sociale e culturale che naturalmente differisce da una comunità all'altra. Per tali ragioni, la scelta dell'adozione di un regime giuridico che consenta il matrimonio alle coppie omosessuali rientra necessariamente nella discrezionalità del legislatore interno. Conseguentemente, la Corte ritenne che la scelta del legislatore austriaco non fosse passibile di censura con riferimento all'art. 12 della Convenzione.

Del resto, la Corte esclude anche che il diritto a sposarsi per le coppie omosessuali, non riconosciuto nell'ambito dell'articolo 12, potesse derivarsi dalla lettura congiunta degli articoli 8 e 14 della Convenzione.

⁵⁵¹ *Parry v. United Kingdom*, n. 42971/05 (ECtHR, 28 novembre 2006).

⁵⁵² *Christine Goodwin v. United Kingdom*, 28957/95 (ECtHR, 11 luglio 2002).

Prima di pronunciarsi sulla sussistenza o meno della violazione, la Corte ha ritenuto di dover innanzitutto affrontare il problema riguardante l'applicabilità o meno dell'articolo 8 alle coppie omosessuali. Infatti, seppure non vi fosse alcun dubbio che la discriminazione, effettuata in base all'orientamento sessuale, integri nella costante giurisprudenza dei giudici di Strasburgo una violazione del diritto al rispetto della vita privata, più controverso era la questione se una relazione stabile e duratura tra individui dello stesso sesso potesse rientrare nel concetto di vita familiare.

La Corte, in rottura con quanto statuito nelle precedenti pronunce e confermando quanto ammesso dalla sopra citata sentenza *P.B. e J.S.*, affermò che la relazione sentimentale e sessuale tra due individui dello stesso sesso rientra a pieno titolo nel concetto di vita familiare, così come evolutosi nella giurisprudenza e nella legislazione dei Paesi membri. Invero, sarebbe stato del tutto contraddittorio ritenere che nel concetto di vita familiare potessero rientrare le coppie eterosessuali, conviventi *more uxorio*⁵⁵³, e non le coppie omosessuali⁵⁵⁴.

Assunta quindi l'applicabilità dell'articolo 8 al caso concreto, i giudici hanno valutato se vi fosse stata una discriminazione del diritto al godimento e al rispetto della vita familiare, basato sull'orientamento sessuale dei ricorrenti, da parte delle autorità austriache.

La Corte ha assunto, come punto di partenza, che il fenomeno in esame costituisca un'espressione di relazione familiare sostanzialmente omogenea rispetto a quella sussistente tra individui di sesso opposto. In altri termini, la Corte ha ritenuto che le coppie omosessuali avessero la stessa capacità di impegnarsi in una relazione stabile e duratura che si rinviene nelle coppie eterosessuali. Conseguentemente, entrambe le tipologie di coppie si troverebbero in una situazione di fatto sostanzialmente affine, con riguardo alla necessità di tutela e di riconoscimento da parte dell'ordinamento giuridico nazionale.

Da ciò, però, non può derivarsi l'impossibilità di prevedere un regime parzialmente diverso per i due fenomeni, che rimangono pur sempre differenti in ordine ad alcuni aspetti fondamentali. Cionondimeno, affinché il trattamento differenziato non sfoci nella discriminazione, questo deve rispettare tre condizioni fondamentali: la misura statale deve essere proporzionata rispetto al fine perseguito, deve essere sorretta da un interesse nazionale molto forte e deve atteggiarsi quale unico strumento per il raggiungimento dell'obiettivo perseguito, in assenza di strumenti alternativi.

La sussistenza di un trattamento differente, giustificato dai suddetti motivi, andava valutato a parere della Corte rispetto ad una duplice circostanza rinvenibile nel caso concreto: da un lato, ai ricorrenti non era ammesso l'accesso al matrimonio; dall'altro, prima dell'entrata in vigore dell'atto

⁵⁵³ *Elsholz v. Germany*, n. 25735/94 (ECtHR, 13 luglio 2000).

⁵⁵⁴ La Corte, in tal modo, ha svincolato il concetto di vita familiare alla condizione della coppia regolarmente sposata, per ricondurvi altri modelli di famiglia *de facto*. In ultimo, quindi, se anche le coppie omosessuali sono ammesse al godimento del diritto al rispetto della vita familiare, allora sugli Stati membri grava l'obbligo di tutelare ugualmente queste nuove tipologie di nuclei familiari, senza che possa essere imposta alcuna discriminazione sulla base dell'orientamento sessuale.

per le unioni civili, non esistevano nell'ordinamento austriaco strumenti alternativi di riconoscimento della loro unione.

Quanto al primo aspetto, la Corte ha ritenuto di poter escludere che il trattamento differenziato integri una violazione dell'articolo 8 in riferimento al divieto di discriminazione sulla base dell'orientamento sessuale. Infatti, se l'obbligo positivo per uno Stato membro di estendere l'istituto matrimoniale alle coppie omosessuali non può essere derivato dall'articolo 12, per le ragioni sovra esposte, a maggior ragione non potrebbe derivarsi dall'articolo 8, considerato in combinato disposto con l'articolo 14 della Convenzione. Come in precedenza accennato, l'istituto matrimoniale è profondamente radicato nella fisionomia di una data società e, ad oggi, non può rinvenirsi una comune condivisione di valori tale da imporre un'omogenea regolamentazione dell'istituto nei diversi paesi. Il diritto al matrimonio deve sì essere garantito, ma ciò nei limiti di quanto disposto dalle normative interne.

Un discorso a parte andava invece fatto per l'assenza di strumenti alternativi di riconoscimento dell'unione tra persone dello stesso sesso. La Corte, infatti, non ha potuto fare a meno di notare come la situazione dell'ordinamento austriaco fosse sostanzialmente mutata, giacché nelle more del procedimento era stato introdotto uno strumento giuridico volto al riconoscimento delle unioni tra individui dello stesso sesso. Si ritenne, quindi, che tale circostanza avesse fatto venir meno la necessità di costatare l'eventuale presenza di una violazione di un precepto della Convenzione nel caso concreto⁵⁵⁵.

Questo sostanzialmente l'orientamento attuale della Corte EDU, ciononostante si segnala che sono al momento pendenti alcuni ricorsi, diversamente argomentati dalle parti, sulla presunta violazione dell'articolo 12. Pertanto, in considerazione degli spunti offerti dalla citata decisione, ci si potrebbe attendere anche un'evoluzione in senso inverso.

3.2 Il diritto al matrimonio nella prassi e nelle decisioni degli organi ONU

Se per quanto riguarda la discriminazione delle coppie omosessuali di fatto, rispetto a quelle eterosessuali, non si registrano significative decisioni di altri organi sovranazionali, proprio con riguardo all'estensione del diritto al matrimonio vi è, invece, da segnalare una decisione dello *Human Rights Committee*⁵⁵⁶.

⁵⁵⁵ Tuttavia, la Corte ha ritenuto di dover valutare se lo Stato convenuto avrebbe comunque dovuto introdurre un tale strumento di riconoscimento prima del 2010 o meno. Tracciando, ancora una volta, rapidamente i contorni dell'evoluzione legislativa negli ordinamenti interni dell'istituto in questione, la Corte ha concluso che l'entrata in vigore dello strumento legislativo succitato altro non fosse se non il riflesso della tendenza emergente nei paesi membri. Per questo motivo, non potendosi riscontrare un ritardo consistente rispetto all'evoluzione degli altri paesi, non ha ritenuto di dover rimproverare al legislatore austriaco la precedente assenza nell'ordinamento di tale istituto.

⁵⁵⁶ *Joslin v. New Zealand*, CCPR/C/75/D/902/1999 (Human Rights Committee, 17 luglio 2002).

Il caso *Joslin* concerne la vicenda di due ricorrenti, due donne che da molti anni convivono, insieme i figli avuti dai precedenti matrimoni, e che avevano fatto richiesta, ai sensi del *Marriage Act* del 1955, alle autorità locali di essere iscritte nel *Registrar of Birth, Deaths and Marriages*, al fine di contrarre matrimonio. A fronte dell'immediato diniego opposto dalle autorità locali, la coppia ricorse in appello alla *High Court* ritenendo che fosse stato violato il loro diritto al matrimonio. La Corte rigettò l'impugnazione principalmente rilevando che l'ambito di applicazione soggettivo del *Marriage Act* fosse esclusivamente limitato alle unioni tra uomo e donna.

Innanzitutto al Comitato, allora, le ricorrenti fecero valere la violazione dell'articolo 26 e dell'articolo 23 del Patto. Quanto all'articolo 26, lo ritenevano violato perché il *Marriage Act* non ammetteva al matrimonio gli omosessuali e, pertanto, operava una discriminazione diretta in base al sesso ed una indiretta in base all'orientamento sessuale. Sostenevano che l'impossibilità di contrarre matrimonio avesse causato loro un *real adverse impact* da diversi punti di vista: gli veniva negato il godimento di un diritto umano fondamentale, quello del matrimonio, e con esso la possibilità di considerarsi pienamente integrate nella società; la loro relazione veniva, in tal senso, stigmatizzata con rilevanti effetti negativi sulla percezione psicologica di sé; inoltre, a differenza degli eterosessuali, non godevano della possibilità di scegliere liberamente il proprio compagno di vita.

A fronte dei prevedibili argomenti difensivi dello Stato convenuto, le ricorrenti asserivano che la procreazione non era, nel loro ordinamento, una condizione necessaria per contrarre matrimonio, atteso che, comunque, anche loro avrebbero potuto concepire attraverso l'impiego delle nuove tecnologie riproduttive. In secondo luogo, in accordo con i *Siracusa Principles on the Limitation and Derogation Provisions of the ICCPR*, il concetto di *public morality* non poteva di certo giustificare qualsiasi discriminazione teoricamente contraria ai principi propugnati nel Patto. Considerato, peraltro, che gli usi o le tradizioni non potevano, integrando il concetto di moralità pubblica, considerarsi come argomentazioni a sostegno della discriminazione attuata. Infine, sostenevano che qualsiasi altro tipo di riconoscimento non avrebbe potuto bilanciare la violazione del diritto al matrimonio, poiché comunque in Nuova Zelanda i *contractual arrangements* non conferivano i oneri e privilegi pienamente equivalenti a quelli derivanti dall'istituto matrimoniale⁵⁵⁷.

⁵⁵⁷ Le parti avevano altresì lamentato una violazione dell'articolo 16 del Patto, perché: «they argue that article 16 is aimed at permitting persons to assert their essential dignity, through their recognition as proper subjects of law, both as individuals and as members of a couple. The Marriage Act, in preventing the authors from acquiring the legal attributes and advantages flowing from marriage, including advantages in the law of adoption, succession, matrimonial property, family protection and evidence, deprives the authors of access to a significant institution through which individuals acquire and exercise legal personality»; nonché dell'articolo 17 letto in combinato disposto con l'articolo 2, perché «in that the restriction of marriage to heterosexual couples violates the authors' rights to family and privacy. The authors contend that their relationships display all the attributes of family life, but are nonetheless denied civil recognition through marriage. This amounts to a failure on the part of the State to discharge its positive obligation to protect family life. Moreover, the failure publicly to respect the fundamental private choice of one's sexual identity and partnerships flowing from that is an interference with the notion of privacy in article 17. This interference is also arbitrary, as it is discriminatory, based upon prejudice and without justification for the reasons set out above» in *sent. cit.* paragrafi 3.5 e 3.6.

Quanto all'articolo 23, le due donne ritenevano che il diritto al matrimonio dovesse essere interpretato alla luce della previsione di cui all'articolo 2 paragrafo 1, secondo cui gli Stati parte si impegnano a rispettare e garantire i diritti del Patto senza compiere distinzioni sulla base del sesso, nozione che a sua volta comprende quella di orientamento sessuale.

Nella sua unica decisione sull'argomento, il Comitato non si è speso in articolate argomentazioni. al contrario, ha fondato la sua breve motivazione, sulla mera interpretazione letterale dell'articolo 23. Sostanzialmente, ha ritenuto che lo Stato convenuto non avesse violato alcuna norma del Patto, giacchè: «Article 23, paragraph 2, of the Covenant is the only substantive provision in the Covenant which defines a right by using the term "men and women", rather than "every human being", "everyone" and "all persons". Use of the term "men and women", rather than the general terms used elsewhere in Part III of the Covenant, has been consistently and uniformly understood as indicating that the treaty obligation of States parties stemming from article 23, paragraph 2, of the Covenant is to recognize as marriage only the union between a man and a woman wishing to marry each other»⁵⁵⁸.

Appare evidente, quindi, che la scarna prassi del Comitato sia ancor meno aperta alla possibilità di estendere l'istituto matrimoniale alle coppie dello stesso sesso di quanto non lo siano le Corti *latu senso* europee. Il Comitato, infatti, avrebbe anche potuto interpretare diversamente il dato letterale della norma; ad esempio, ammettendo che l'uso dei termini "uomo" e "donna" fosse stato motivato dall'esigenza di porre un limite alla vaghezza del concetto di *marriageable age*, chiarendo che si dovesse comunque trattare di adulti. Un'interpretazione, questa, che sarebbe del resto stata perfettamente in armonia con il diritto, altrove propugnato, dei bambini di non essere costretti a matrimoni forzati.

Qualche spunto di senso inverso, invece, pare giungere dalla prassi – per la verità abbastanza ambigua – degli organi delle Nazioni Unite. Nel 2004, lo *U.N. Secretary-General*, con riferimento alla disciplina dei propri dipendenti, ha esteso i benefici previsti per i coniugi alle coppie dello stesso sesso. Si noti però che tale estensione è subordinata alla condizione che nel Paese di cittadinanza del dipendente vi sia un riconoscimento giuridico della relazione⁵⁵⁹. Sul punto è stato notato che: «Although the Secretary-General's directive was revised to omit the term "domestic partnership" in deference to protestations from the Organization of the Islamic Conference, the regulation took effect nonetheless. The effect is limited, because same-sex couples married outside of their country of citizenship do not benefit from spousal benefits within the U.N. organization if

⁵⁵⁸ *Sent. cit.* paragrafo 8.2

⁵⁵⁹ Edith M. Lederer, *New U.N. Direction [sic] Drops Reference to Domestic Partnershipsbut Allows Same-Sex Partners of U.N. Staff To Collect Benefits*, AP ONLINE, 2, 2004; William M. Reilly, *U.N. Members Criticize Same-Sex Benefits*, UPI NEWS PERSP., 15, 2004.

their country of citizenship refuses to recognize same-sex marriages, but it represents the U.N. taking at least a neutral position regarding equal rights for sexual minorities»⁵⁶⁰.

Volendo anticipare quanto verrà poi ripreso nelle conclusioni, sembra che allo stato non sia possibile rinvenire alcuna prassi significativa quanto all'estensione a livello internazionale del diritto al matrimonio alle persone dello stesso. Nonostante alcuni Stati abbiano ad oggi ammesso l'accesso a tale istituto anche alle minoranze sessuali, la più gran parte degli Stati nega recisamente il riconoscimento di tale diritto fondamentale, sulla base della sostanziale disomogeneità tra i due tipi di relazione. In questo senso, la sessualità diventa elemento caratterizzante e pregiudizievole dei rapporti umani ai fini di una piena tutela giuridica.

Tale argomentazione, di fatto abbastanza lineare, nelle legislazioni di molti Stati, appare parzialmente contraddittoria in riferimento alla giurisprudenza delle Corti EDU e della CGE che, diversamente argomentando, hanno tuttavia ammesso la sostanziale equivalenza qualitativa delle relazioni omo ed eterosessuali.

4. Il diritto a fondare una famiglia: diritti parentali delle minoranze sessuali

Tra le pretese giuridiche di riconoscimento, avanzate dalle minoranze omosessuali, oltre al diritto al matrimonio, si associa la non meno rilevante pretesa – spesso alla prima interconnessa – del diritto di fondare una famiglia. Tale diritto è riconosciuto, da diversi strumenti giuridici internazionali, a *everyone*, senza quindi che possano intervenire discriminazioni operate sulla base dell'orientamento sessuale o dell'identità di genere di alcuno dei membri del nucleo. Proprio perché esistono diverse forme di famiglia⁵⁶¹ ormai ben diffuse in ogni contesto sociale, è necessario che non ve ne siano alcune soggette – nell'atto della fondazione o del mantenimento dei vicoli familiari – a trattamenti deteriori.

Eppure, la più diffusa e subdola forma di discriminazione nei confronti delle minoranze sessuali è da sempre legata al riconoscimento dei legami familiari di tipo parentale, ovvero soprattutto in relazione alla disciplina dell'adozione, della potestà genitoriale e dell'affidamento. Un primo punto da sottolineare è che il diritto di famiglia, e in particolare i procedimenti che

⁵⁶⁰ Lo *Human Rights Committee* ha incoraggiato l'adozione di misure volte a stigmatizzare la discriminazione anche in questi settori. Nelle sue *Concluding observations* sull'Irlanda, ha invitato lo Stato parte ad assicurare che la proposta di legge diretta al riconoscimento delle coppie di fatto non fosse: «discriminatory of non-traditional forms of partnership, including taxation and welfare benefits». Human Rights Committee, «Committee's concluding observations on the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland», CCPR/C/GBR/CO/6 (30 luglio 2008) par. 5, cfr. nello stesso senso Thomas Hammarberg, *Human Rights and Gender Identity*, CommDH/IssuePaper(2009)2 (Strasbourg: Council of Europe, 2009) par. 3.2.1.

⁵⁶¹ A questo proposito lo *Human Rights Committee* si è così espresso: «The Committee notes that the concept of the family may differ in some respects from State to State, and even from region to region within a State, and that it is therefore not possible to give the concept a standard definition. However, the Committee emphasizes that, when a group of persons is regarded as a family under the legislation and practice of a State, it must be given the protection referred to in article 23» Human Rights Committee, «General Comment n. 19: Protection of the family, the right to marriage and equality of the spouses (art. 23)», CCPR General Comment No. 19 (27 luglio 1990) par. 2.

riguardano i figli, si ispira a un principio che pone al centro l'interesse del minore, quale interesse superiore destinato a prevalere su qualunque altro. Stabilisce al riguardo la Convenzione ONU sui diritti del fanciullo, firmata a New York il 20 novembre 1989 e in vigore in 190 Stati, all'articolo 3 paragrafo 1 che: «in tutte le decisioni relative ai fanciulli, di competenza sia delle istituzioni pubbliche o private di assistenza sociale, dei tribunali, delle autorità amministrative o degli organi legislativi, l'interesse superiore del fanciullo deve essere una considerazione permanente». Si tratta di un principio riconosciuto a livello universale che permea le legislazioni di tutti gli Stati, soprattutto le discipline in materia di divorzio e quindi di affidamento dei figli. È chiaro come questo principio sia del tutto generale e ammetta una serie potenzialmente infinita di declinazioni. Non possono, quindi sfuggire i pericoli che si celano dietro l'affermazione di principi generalissimi come questo, i quali evidentemente comportano il rischio di essere applicati in modo arbitrario, per legittimare decisioni di natura ideologica. Ad esempio, provvedimenti che si richiamino a specifici modelli familiari o pedagogico-educativi.

Il caso delle coppie omosessuali è, al riguardo, emblematico. Per molto tempo, la giurisprudenza e la legge hanno considerato il genitore che si scopre omosessuali “indegno” di crescere un figlio, tanto che il disvelamento della propria identità sessuale o del proprio orientamento implicavano l'automatica abdicazione dal ruolo di genitore. Ecco, dunque, un settore nel quale l'interesse del minore viene utilizzato in senso ideologico: per privare cioè un'intera categoria di cittadini della prospettiva di diventare o del loro diritto a continuare ad essere genitori unicamente sulla base dell'elemento della sessualità. Nell'Europa, pioniera del riconoscimento dei diritti delle minoranza sessuali, il diritto all'adozione per gli individui LGBTI è pressoché ovunque espressamente negato⁵⁶².

Non si può negare, tuttavia, che negli ultimi anni siano intervenute rilevanti innovazioni. Alcuni Stati, tra questi anche quelli che vietano i matrimoni omosessuali, oggi ammettono la possibilità per le coppie dello stesso sesso o per i *single* omosessuali o transessuali di mantenere la custodia dei propri figli o di quelli del proprio partner, ovvero ancora di adottare bambini. Tra questi Stati si possono annoverare il Belgio, il Brasile, il Canada, la Danimarca, la Finlandia, Israele, l'Olanda, il Sud Africa, la Spagna, la Svezia, il Regno Unito e alcuni Stati della Nuova Zelanda. In pochi Stati d'Europa, i diritti parentali possono essere condivisi con il partner omosessuale non biologicamente legato al minore. In alcuni casi, addirittura, questi diritti vengono riconosciuti automaticamente; ad esempio, se una donna sposa un'altra donna acquisisce automaticamente la *joint custody* del figlio dell'altra senza che sia necessario adempiere ad alcuna formalità.

⁵⁶² E. Fish, «The Road to Recognition,» *HARV. INT'L L.J.*, n. 27 (2005): 32.

Ciononostante, la maggior parte dei Paesi del mondo continua a negare il riconoscimento di qualsiasi tipo di diritto parentale alle minoranze sessuali, di tal che la poca giurisprudenza che si è formata in tal senso è per lo più completamente concentrata nelle pronunce della Corte EDU.

È possibile anticipare sin d'ora che i pochi casi in cui sono state emesse pronunce positive rappresentano di fatto un'eccezione che conferma la regola dell'insussistenza di un obbligo, derivante dal diritto internazionale, in capo agli Stati di riconoscere questo tipo di relazioni familiari. Di contro è pur vero che, in ragione della loro valenza in termini evolutivi, vale la pena di esaminare la giurisprudenza in materia.

4.1 Il disconoscimento della paternità per i transessuali

Prima ancora di valutare i casi in cui sono state avanzate pretese di riconoscimento positivo di diritti, come ad esempio quello all'adozione, è utile valutare quei casi in cui – al contrario – la sessualità abbia rappresentato il criterio base della discriminazione attuata in negativo. Ovvero quei casi in cui, sulla base della sessualità – preesistente o sopravvenuta – di un membro del nucleo familiare siano stati privati di riconoscimento giuridico rapporti già esistenti.

Particolarmente significativo è un caso degli anni Novanta portato innanzi alla Corte EDU, riguardante il disconoscimento della paternità nei confronti di un individuo transessuale⁵⁶³. Il primo ricorrente, X, docente a contratto all'università, era un transessuale c.d. *female to male* (F to M)⁵⁶⁴, che conduceva un'unione stabile e continuativa con la seconda ricorrente Y. La terza ricorrente, Z, figlia biologica di Y era nata nel contesto di quest'unione con la tecnica della procreazione medicalmente assistita (PMA) eterologa.

Più nel dettaglio, X e Y avevano fatto richiesta alla Commissione etica competente all'interno dell'Ospedale dove avrebbero dovuto portare a compimento l'inseminazione. Nonostante un primo rifiuto, la richiesta fu accettata e la stessa Commissione chiese a X di riconoscere se stesso come padre ai sensi dell'*Human Fertility and Embryology Act 1990*, in virtù del quale nei casi di fecondazione eterologa il partner della madre va trattato legalmente come padre in luogo del padre biologico.

Nonostante ciò, X e Y, in seguito alla nascita di Z, tentarono invano di riconoscerla all'Anagrafe. Tale ufficio respinse la richiesta, senza attribuire una paternità alla bambina, perché le norme interne vigenti all'epoca, che valutavano il genere dell'individuo con esclusivo riferimento ai

⁵⁶³ *X, Y and Z v. United Kingdom*, n. 21830/93 (ECtHR, 22 aprile 1997).

⁵⁶⁴ X era nata con un corpo femminile ma già dall'età di quattro anni aveva iniziato a percepire un disagio nell'appartenenza al genere biologico, venendo attratta verso ruoli di comportamento maschili. Tale discrepanza tra dato fisico e psicologico aveva comportato l'insorgenza di una sindrome depressiva con tendenze suicide durante l'adolescenza. Aveva, così, deciso di iniziare una terapia ormonale e di sottoporsi ad una operazione chirurgica di riassegnazione del sesso.

criteri biologici indicati nell'atto di nascita, non riconoscevano la possibilità che un transessuale "F to M" potesse sposarsi con una donna né, pertanto, essere considerato padre di un bambino.

I ricorrenti adirono così la Corte EDU, sostenendo che il mancato riconoscimento legale dell'unione di fatto tra X e Y costituisse una violazione dell'art. 8, giacché – soprattutto in considerazione della nascita di Z – la loro condizione comune di "vita familiare" aveva subito un'interferenza illegittima da parte dello Stato convenuto.

Nel merito, la Corte ritenne preliminarmente opportuno ricordare quale fosse all'epoca il proprio orientamento rispetto all'interpretazione della la nozione di "vita familiare", ovvero che la stessa non fosse ristretta soltanto alle famiglie fondate sul matrimonio, potendo certamente comprendere altre tipologie di unioni di fatto. In tale valutazione rilevavano essenzialmente una molteplicità di fattori, quali ad esempio se la coppia conviva, la lunghezza della loro relazione e se abbiano dimostrato la serietà del loro impegno reciproco avendo dei figli insieme o in qualunque altro modo.

In questo caso, la Corte aveva ritenuto, proprio in applicazione di questi criteri, che il legame tra i tre ricorrenti fosse qualificabile in tutto e per tutto come vita familiare, pertanto tutelato dall'art. 8. Chiarito questo presupposto, i giudici ricordarono che, nonostante obiettivo precipuo dell'art. 8 fosse proteggere il diritto degli individui dalle interferenze arbitrarie delle autorità pubbliche, era possibile una lettura estensiva riguardante obblighi positivi necessari al rispetto effettivo della vita privata e familiare, prestando attenzione nel trovare un giusto equilibrio tra gli interessi individuali e quelli della comunità nel suo complesso.

La Corte ammise di aver in passato riconosciuto che, là dove un legame di natura familiare fosse stato stabilito con un bambino, lo Stato doveva agire in maniera tale da permettere il libero sviluppo di tale legame, predisponendo delle misure legali per garantire dal momento della nascita l'integrazione di tale bambino all'interno di un nucleo familiare. Tutti i casi presi in considerazione in passato però riguardavano legami tra genitori biologici e la loro prole. Il caso in oggetto quindi presentava caratteristiche totalmente differenti, giacché X non aveva alcuna relazione biologica con Z.

La Corte aveva peraltro ritenuto utile osservare come non vi fosse alcuno *standard* comune tra i Paesi del Consiglio con riguardo ai diritti parentali degli individui transessuali ed inoltre come non esistesse nemmeno un'uniformità circa i riflessi legali della relazione di fatto esistente tra un figlio concepito con fecondazione eterologa e l'individuo che riveste il ruolo *de facto* di "padre". Per quanto tale tecnica di fecondazione fosse applicata ormai da numerosi decenni, non si era ancora raggiunto uno *standard* uniforme circa le disposizioni necessarie a garantire nella misura più efficace gli interessi della prole.

Considerato che gli argomenti del caso toccavano aree in cui non era possibile individuare un terreno comune tra gli Stati membri del Consiglio e che le legislazioni in materia erano ancora in fase embrionale, allo Stato chiamato in causa doveva essere riconosciuto un margine di apprezzamento particolarmente ampio. In considerazione di ciò, la Corte procedeva verificando se l'ordinamento dello Stato convenuto avesse operato un bilanciamento adeguato tra interessi individuali e della comunità.

Innanzitutto, la Corte osservò che la comunità aveva un interesse al mantenimento di un sistema coerente di diritto di famiglia che mettesse al centro la tutela del minore. In questo senso, la Corte notava che, sebbene non fosse stato sostenuto che la modifica della legge richiesta dagli applicanti avrebbe danneggiato gli interessi di Z o dei bambini concepiti con la fecondazione eterologa in generale, non era nemmeno chiaro se essa sarebbe stata un vantaggio per essi. La Corte, di fatto, riconobbe che le cautele adottate dallo Stato circa un mutamento legislativo in materia fossero fondate su argomenti legittimi. Infatti, una novella legislativa avrebbe potuto comportare imprevedibili effetti negativi sullo *status* dei bambini nella posizione di Z o addirittura implicazioni in altre aree del diritto di famiglia.

Inoltre, a tali argomenti era stata associata, dai ricorrenti, la preoccupazione che Z potesse subire delle difficoltà di sviluppo e sociali nelle occasioni in cui avesse dovuto presentare un certificato di nascita. In particolare, i ricorrenti sostenevano che il senso dell'identità personale di Z e il suo senso di sicurezza all'interno della famiglia sarebbero stati danneggiati dalla mancanza di un riconoscimento legale di X come padre. In questo senso, la Corte notò come a X non fosse impedito di agire socialmente come padre di Z. Pertanto, ammesso che la transessualità sollevava questioni complesse dal punto di vista scientifico, legale e morale, rispetto alle quali non vi era un unico approccio condiviso tra gli Stati contraenti, la Corte ritenne che non potesse elaborarsi una lettura dell'art. 8 che, in qualche modo, imponesse l'obbligo positivo per lo Stato convenuto di riconoscere come padre di un bambino una persona che non ne fosse il padre biologico, nella specie un transessuale.

La decisione sopra descritta è esemplificativa del più diffuso atteggiamento di non riconoscimento dei legami parentali tra minori e soggetti appartenenti ad una minoranza sessuale. Eppure, con espresso riferimento alla normativa inglese, si noti che negli anni successivi – a seguito della decisione *Goodwin* – furono eliminati i limiti che impedivano il mantenimento del vincolo matrimoniale nelle coppie formate da un transessuale. Pertanto, ad oggi non sarebbe più possibile il verificarsi, almeno in quell'ordinamento, di una circostanza assimilabile a quella del caso appena trattato. Del resto, in virtù proprio dei principi espressi dalla sentenza *Goodwin*, se una fattispecie analoga fosse oggi posta all'attenzione della Corte EDU, è prevedibile che l'esito sarebbe

sostanzialmente opposto. Questo non può quindi che far registrare un'evoluzione almeno nel sistema interno al COE quanto al riconoscimento dei diritti parentali.

4.2 Affidamento e diritto di visita: rilevanza della sessualità in caso di separazione dei coniugi nella giurisprudenza della Corte EDU

Sempre in relazione al ruolo dell'orientamento sessuale e dell'identità di genere nei rapporti parentali, si registrano numerosi trattamenti differenziati con riguardo alla regolamentazione del diritto di visita o nelle decisioni di affidamento quando uno dei due coniugi separati appartenga ad una minoranza sessuale, a causa soprattutto della malleabilità e della vaghezza del principio che informa la disciplina, ovvero il superiore interesse del minore.

Proprio su questo punto, la giurisprudenza della Corte EDU non è univoca. La stessa si è, infatti, pronunciata in due sensi diametralmente opposti con riguardo a fattispecie non analoghe ma segnate da forti analogie. Il primo caso, il celebre *Salgueiro da Silva Mouta*⁵⁶⁵, riguarda il caso di un cittadino portoghese che, separatosi dalla moglie, aveva intrapreso una relazione con un altro uomo. Nel corso della causa di divorzio, il ricorrente aveva raggiunto un accordo quanto ai termini dell'esercizio della potestà genitoriale sulla figlia, che sarebbe stata affidata alla madre, garantendo al padre un diritto di visita.

Il ricorrente però non aveva potuto esercitare tale diritto per il mancato rispetto da parte della ex moglie dei termini dell'accordo, tanto che decise di rivolgersi all'autorità giudiziaria, affinché venissero modificati i termini dell'accordo, così da ottenere l'affidamento della figlia.

Il Tribunale di Lisbona, che aveva dovuto anche valutare le accuse di abusi sessuali che la madre aveva rivolto al ricorrente, emise una sentenza che, sulla base delle perizie eseguite, conferiva allo stesso l'affidamento. Su impugnazione della controparte, però, la Corte di appello di Lisbona, aveva capovolto il giudizio e conferito nuovamente la custodia alla madre, con diritto di visita per il ricorrente. La sentenza in particolare aveva rilevato che il principio fondamentale riconosciuto in casi del genere fosse la preminenza dell'interesse della prole, considerata indipendentemente dagli interessi dei genitori. In tal senso, la Corte doveva in ogni caso tener conto dei valori familiari, educativi e sociali dominanti nel contesto in cui la figlia stava crescendo. La Corte rilevava che la giurisprudenza prevalente affidava la custodia dei figli alla madre a meno che non vi siano ragioni prevalenti e a ciò contrarie.

Ma al di là di ciò, la Corte riteneva che la custodia della bambina andasse affidata alla madre, in ragione del fatto che il padre aveva scelto di convivere con un altro uomo, sostenendo che tale

⁵⁶⁵ *Salgueiro da Silva Mouta v. Portugal*, n. 33290/96 (ECtHR, 21 dicembre 1999).

contesto familiare non potesse essere considerato l'ambiente più salutare per lo sviluppo psicologico e sociale di un fanciullo, considerato il modello sociale predominante⁵⁶⁶.

Il ricorrente aveva così deciso di adire gli organi di Strasburgo per far valere una violazione dell'articolo 8 in combinato disposto con l'art. 14 della Convenzione. La Corte non negò che la Corte d'appello di Lisbona avesse avuto riguardo in primo luogo per l'interesse della figlia nell'analisi delle circostanze di fatto e dei punti di diritto che avevano portato al giudizio, ma constatò anche come la stessa, nel ribaltare la sentenza di primo grado, avesse introdotto tra le ragioni alla base del giudizio anche l'omosessualità del padre.

Che con la decisione oggetto del giudizio la Corte d'appello avesse perseguito un obiettivo legittimo, volendo garantire il benessere e la protezione dei diritti della figlia, era indubbio. Eppure la Corte volle verificare che il perseguimento di tale obiettivo avesse rispettato i caratteri dell'assoluta necessità, in termini di proporzione tra obiettivo e mezzi impiegati per raggiungerlo.

Da una lettura della sentenza, la Corte rilevava che l'omosessualità del padre avesse assunto rilievo per la prima volta all'interno nel processo davanti la Corte d'Appello che, a differenza del Tribunale di prime cure, aveva svolto un processo unicamente cartolare soppesando in maniera differente i fatti e conferendo l'affido della bambina alla madre. Peraltro, sempre a parere dei giudici di Strasburgo, i rilievi circa l'omosessualità del ricorrente non si configuravano come semplici *obiter dicta* e tantomeno valutazioni meramente grossolane e infelici, come sostenuto dal Governo, ma che al contrario l'omosessualità del ricorrente fosse stata una ragione decisiva posta alla base della decisione finale. A supporto di tale convinzione si citava anche il passaggio in cui la Corte d'Appello, definendo il diritto di visita del padre, specificava che lo stesso non avrebbe dovuto adottare una condotta davanti alla figlia che potesse farle realizzare che la sua convivenza con un altro uomo si svolgeva con caratteristiche simili a quella tra marito e moglie. La Corte peraltro, constata la sussistenza di un trattamento differenziato operato sulla base dell'orientamento sessuale del ricorrente, evidenziò come non vi fosse una relazione di proporzionalità tra la sentenza adottata e lo scopo perseguito della tutela della minore, pertanto riscontrando una violazione dell'art. 8 in coordinato disposto con l'art.14.

Dopo aver stabilito il principio secondo cui, ai fini dell'attribuzione dell'affidamento o del diritto di visita non possano rilevare le caratteristiche legate all'orientamento sessuale di uno coniugi separati, la Corte sembra mutare radicalmente orientamento nella più recente decisione *P.V.*

⁵⁶⁶ Pertanto la figlia dovesse avere la possibilità di crescere in una "famiglia portoghese tradizionale" che non corrispondeva chiaramente al modello di vita scelto dal padre. Astenendosi dal giudicare se l'omosessualità costituisse una malattia o un semplice orientamento, la corte riteneva che in ogni caso la situazione di anormalità in cui la bambina si sarebbe trovata vivendo in un contesto del genere costituisse una violazione dei suoi diritti secondo ciò che viene stabilito dalla "natura umana".

*contro Spagna*⁵⁶⁷. Il ricorrente asseriva di aver subito un pregiudizio in ragione della propria transessualità, che avrebbe pesato in modo determinante sulla decisione giudiziaria di restringere il regime di visite al figlio a seguito della separazione. Il Tribunale di primo grado, che aveva pronunciato la separazione dei coniugi, aveva omologato l'accordo dagli stessi previamente raggiunto quanto all'affidamento del figlio. Conformemente alle disposizioni contenute in tale accordo, la custodia del minore era stata attribuita alla madre, con correlato diritto di visita del padre, e la potestà conferita congiuntamente a entrambi i genitori.

L'ex moglie però ricorreva, successivamente, in giudizio al fine di modificare le misure adottate e sollecitando, in particolare, la sottrazione della potestà genitoriale al suo ex marito, nonché la sospensione del regime di visita e di qualsiasi comunicazione tra padre e figlio, adducendo tanto la mancanza di interesse del padre per il minore, quanto il fatto che il ricorrente avesse cominciato a seguire un trattamento ormonale per il cambiamento di sesso, truccandosi e abbigliandosi abitualmente come una donna.

Tali pretese risultavano solo parzialmente accolte dal Tribunale di primo grado. Il giudice rigettava, infatti, da una parte la domanda tendente ad escludere l'esercizio della potestà genitoriale, in ragione della mancata dimostrazione di un'accertata e grave negligenza rispetto agli obblighi del padre verso il bambino, dall'altra, richiamava una consolidata giurisprudenza secondo la quale il diritto di visita non può essere considerato come un diritto incondizionato per i genitori, rimanendo pur sempre vincolato al preminente interesse del minore e finalizzato a facilitare le relazioni tra il genitore e il bambino che si trovano separati, al fine di favorire lo sviluppo affettivo di quest'ultimo.

Nella sentenza, il Tribunale richiamava specificatamente la perizia psicologica, dalla quale sarebbe emersa un'instabilità emotiva tale da impedire l'instaurarsi di un regime di visite ordinario e da far apparire preferibile un regime di visite progressivo, tale da garantire il contatto tra padre e figlio fino a quando quest'ultimo, terminata l'operazione, avesse riacquisito pienamente le sue facoltà fisiche e psicologiche e, dunque, la disponibilità e la stabilità necessarie al minore.

Contrariamente a quanto ritenuto dal ricorrente, una simile soluzione non sarebbe stata determinata dalla volontà di impedire i contatti con il minore in ragione della transessualità del ricorrente, quanto piuttosto dalla volontà di adottare la soluzione più appropriata agli interessi del bambino al fine di consentirgli un graduale adattamento alle mutate circostanze familiari. Nel dispositivo della sentenza, il giudice fissava dunque il regime di visite secondo quanto proposto dalla psicologa. Contro tale disposizione il ricorrente proponeva dunque appello, che veniva rigettato, confermando la decisione assunta in primo grado. E altrettanto inutile fu il ricorso alla

⁵⁶⁷ P.V. v. Spain, n. 35159/09 (ECtHR, 30 novembre 2010).

Corte Costituzionale, che ribadendo il criterio per il quale le relazioni genitori-figli devono essere regolate dalle autorità giudiziarie, con riguardo al preminente interesse del minore bilanciato con l'interesse dei genitori, ritenne le restrizioni subite dal ricorrente da riferirsi alla situazione di instabilità emotiva da questi attraversata e non già alla transessualità in sé e per sé⁵⁶⁸.

Il ricorrente decise allora di ricorrere agli organi di Strasburgo, ritenendo di aver subito un trattamento discriminatorio in ragione della propria identità di genere e in particolare, con riferimento al proprio diritto al rispetto della vita privata e familiare. Egli invocava, pertanto, l'art. 8 della Convenzione in combinato disposto con l'art. 14 e rilevava che la sua condizione di transessuale avrebbe pesato in modo determinante nella restrizione del regime di visite precedentemente concordato, mentre l'interesse del minore avrebbe rappresentato nulla di più che un *escamotage* giuridico per legittimare tale decisione⁵⁶⁹.

La Corte, dichiarato il ricorso ricevibile, ricordò che con riguardo al godimento dei diritti e delle libertà tutelate dalla Convenzione, l'art. 14 impedisce di trattare in modo differenziato situazioni analoghe quando non sussista una giustificazione obiettiva e ragionevole, ossia tale da perseguire un fine legittimo e, dunque, da comportare un rapporto di ragionevole proporzionalità tra le misure impiegate e il fine perseguito. Quando è in gioco l'orientamento sessuale tali ragioni devono essere particolarmente gravi e convincenti, specialmente nella misura in cui coinvolgano diritti che ricadono nella sfera di applicabilità dell'art. 8 della Convenzione.

La Corte ritenne, dunque, che dovesse essere determinata la sussistenza di tale trattamento differenziato e in caso affermativo l'eventualità che questo potesse ritenersi giustificato. La Corte osservava che la transessualità del ricorrente si trovava all'origine della procedura di modificazione del regime di visita precedente e che tale procedura era stata avviata dalla sua ex moglie proprio in ragione del cambiamento di sesso intrapreso. Inoltre, il riferimento alla condizione di transessualità del ricorrente ricorreva in tutte le decisioni assunte nel corso della procedura. Il nuovo regime,

⁵⁶⁸ Tale instabilità avrebbe, infatti, potuto rivelarsi estremamente pregiudizievole per il minore, implicando un rischio considerevole sul piano emotivo nonché relativo allo sviluppo della sua personalità, specialmente tenuto conto della sua età e della fase evolutiva nella quale si trovava al momento in cui la consulenza veniva resa. In conclusione, la Corte Costituzionale ha affermato che se "certamente non è sufficiente l'esistenza di un problema emotivo del genitore per giustificare una misura così restrittiva dei suoi diritti parentali, a dover essere considerata è piuttosto la ripercussione effettiva che tali problemi possono avere nelle relazioni con il minore".

Evidentemente, non sussiste alcun obbligo giuridico o morale per il quale un minore dovrebbe sopportare i problemi derivanti dalla libera decisione di uno dei suoi genitori di sottomettersi a un'operazione di cambiamento di sesso. Se si costata che le ripercussioni possono influire negativamente sullo sviluppo del minore, le misure necessarie per evitarlo devono essere adottate.

Secondo il Tribunale Costituzionale, le decisioni attaccate avrebbero dunque assunto tali possibili ripercussioni come una certezza, così da indurre a scartare l'ipotesi per la quale il vero motivo delle limitazioni andrebbe ricercato nella disforia di genere del ricorrente. In definitiva, il ragionamento seguito dalle decisioni giudiziarie attaccate, permette di concludere che la decisione di restringere il regime di visite inizialmente accordato è stata adottata nel preminente interesse del minore, dovendosi escludere che il trattamento giuridico sfavorevole potesse discendere dalla condizione di transessualità del ricorrente e, dunque, che le precedenti decisioni comportino una violazione del divieto di discriminazione contenuto all'art. 14 della Costituzione spagnola.

⁵⁶⁹ Il governo ritiene, al contrario, che la condizione di transessualità non avesse rappresentato la causa delle restrizioni, causa che deve piuttosto essere rinvenuta nel potenziale pregiudizio per l'integrità psichica e lo sviluppo corretto della personalità del minore alla luce dell'instabilità emotiva rilevata dalla psicologa. Il governo ricorda altresì che, in merito al diritto di visita, gli Stati contraenti godono di un certo margine di apprezzamento e che i giudici spagnoli, nel rispetto di tale margine, hanno semplicemente tenuto conto dell'interesse del minore, adottando un regime di visite flessibile ragionevole ed adeguato alle sue esigenze. Tale regime è stato, inoltre, adottato a seguito di una procedura di modifica del precedente, nel corso della quale era stata sollecitata la privazione della potestà genitoriale e la sospensione del diritto di visita del ricorrente. In conclusione, per il governo la motivazione delle decisioni giudiziarie, in quanto fondata sull'interesse del minore, permette di escludere qualsiasi violazione dell'art. 8 in combinato disposto con l'art. 14.

meno favorevole, era stato adottato dalla giurisdizione spagnola dopo che questa aveva preso conoscenza della disforia sessuale del ricorrente.

La stessa Corte Costituzionale aveva avuto modo di precisare che la semplice esistenza di una turba emotiva non sarebbe stata nemmeno sufficiente a giustificare le decisioni adottate e che il motivo determinante dovesse, invece, essere considerato il pregiudizio certo che il minore avrebbe subito tenuto conto della giovane età e della particolare tappa evolutiva nella quale egli si trovava al momento in cui le decisioni erano state assunte.

La Corte osservava ancora che il giudice di primo grado non aveva privato il ricorrente della potestà genitoriale né sospeso le visite come suggerito dalla madre del minore. Seguendo le raccomandazioni della psicologa, il Tribunale aveva, invece, adottato un sistema di visite controllate tale da garantire comunque il mantenimento dei contatti tra padre e figlio.

Agli occhi dei giudici di Strasburgo, pertanto, il ragionamento seguito per le decisioni giudiziarie, differentemente da quanto accaduto in altre controversie (*Salguiero de Silva Mouta c. Portogallo*), non appariva determinato dalle scelte sessuali del ricorrente, ma piuttosto dalla volontà di tutelare il preminente interesse del minore, adottando un sistema tale da consentirgli di abituarsi progressivamente al cambiamento di sesso di suo padre.

Tale considerazione risulta del resto suffragata da fatto che il regime fosse stato successivamente esteso, pur rimanendo invariate le condizioni sessuali del ricorrente, così da potersi escludere la sussistenza di una violazione dell'art. 8 in combinato disposto con l'art. 14 della Convenzione.

4.3 Affidamento e diritto di visita: rilevanza della sessualità in caso di separazione dei coniugi nella giurisprudenza della Corte Interamericana

Sembra che, quando vi sia in gioco il superiore interesse del minore, la Corte EDU non sia decisa nel trarre le conseguenze di quanto elaborato dalla giurisprudenza precedente sull'affermazione di principi di eguaglianza sostanziale tra nuclei familiari non convenzionali. Piuttosto, timida nel riaffermare alcuni principi, ha fatto un grosso passo indietro nella decisione *P.V. c. Spagna*. Al contrario, la Corte Interamericana – nel decidere il suo primo caso di discriminazione basata sull'orientamento sessuale – non solo si è servita dei principi elaborati nel corso del tempo dalla Corte EDU, ma li ha anche superati.

Nel recente caso *Atala*⁵⁷⁰, la Corte si è pronunciata su un caso sostanzialmente analogo al caso *Salgueiro*. La ricorrente, nel corso del procedimento per il divorzio, aveva raggiunto un accordo con

⁵⁷⁰ *Atala Riffo and Daughters v. Chile*, case 12.502 (Inter-American Court of Human Rights, 24 febbraio 2012).

l'ex marito, ottenendo l'affidamento delle tre figlie e accordandogli il diritto di visita. Poco tempo dopo, tuttavia, il padre delle minori decise di ricorrere contro la sentenza di divorzio proprio sul punto della custodia. Il benessere e lo sviluppo fisico ed emotivo delle bambine sarebbe stato seriamente a rischio, a causa del nuovo nucleo familiare che la ricorrente aveva creato. Decidendo di andare a convivere con la nuova compagna, aveva dimostrato di avere a cuore soltanto il suo personale benessere e aveva sottoposto le figlie al rischio costante di contrarre malattie sessualmente trasmissibili.

La questione giunse al giudizio della Corte Suprema del Cile, che risolse il caso affidando la custodia delle bambine in via definitiva e permanente al padre. Le ragioni poste a fondamento della decisione sono un ottimo esempio di uso strumentale e ideologico del principio del superiore interesse del minore. La Corte ritenne che la ricorrente avesse sacrificato il benessere delle figlie per soddisfare il proprio personale bisogno di esprimere il suo orientamento sessuale. Vivendo con una donna, aveva accettato che le ragazze crescessero confuse sui ruoli sessuali e vittime di discriminazioni da parte della società⁵⁷¹.

A fronte di tale decisione la Commissione decise di agire contro lo Stato cileno, affinché la Corte Interamericana accertasse nella procedura di affido l'autorità giudiziaria avesse causato la responsabilità dello Stato per aver applicato degli standard incompatibili con le previsioni della Convenzione. In particolare, la Corte avrebbe dovuto valutare la violazione del divieto di discriminazione e del diritto al rispetto della vita privata e familiare.

Quanto al primo aspetto, la Corte dopo aver descritto la profonda interrelazione tra il principio di eguaglianza e il divieto di discriminazione, definì due punti chiave della questione. In primo luogo, chiarì che l'orientamento sessuale, seppur non espressamente indicato dalla Convenzione come elemento di discriminazione, dovesse essere considerato tale e – sulla scorta della giurisprudenza della Corte EDU e del Comitato dei Diritti dell'Uomo – riconducibile all'espressione "*other social condition*". In secondo luogo, richiamandosi espressamente al caso *Salgueiro*, precisò che il trattamento differenziato – che di norma deve essere *reasonable and objective* – coinvolga la sfera più intima della personalità, come quella sessuale, lo Stato deve dimostrare l'assoluta necessità del trattamento differenziato, al fine di non incorrere nella violazione del divieto di discriminazione.

⁵⁷¹ «In the trial over the custody of the López Atala minors opinions were accepted from different psychologists and social workers indicating that the homosexuality of the mother would not violate the rights of her daughters, nor make her unfit to exercise her rights as their mother, since she is a normal person from a psychological and psychiatric perspective. On the other hand, no regard was given to the testimony in either the permanent custody proceeding or the provisional custody file with respect to the deterioration of the social, family and educational environment of the girls since the mother began to cohabit with her homosexual partner, or the to possibility that the girls could be the target of social discrimination arising from this fact, given that visits by their friends to the shared home have dwindled almost to nothing from one year to the next. For its part, the testimony of persons close to the girls, such as the house maids, refer to games and attitudes of the girls that reflect confusion about the sexuality of the mother, which they could have perceived in the new cohabitation scheme at their home. Apart from the effects that cohabitation could have on the well-being and psychological and emotional development of the daughters, given their ages, the potential confusion over sexual roles that could be caused in them by the absence from the home of a male father and his replacement by another person of the female gender poses a risk to the integral development of the children from which they must be protected» *Sent. cit.* par. 62.

Fatte le dovute premesse, la Corte richiamò i passaggi della decisione della Corte Suprema da dove si evinceva la prevalenza del pregiudizio quale fonte di convincimento primaria, ritenendo così sussistente la violazione⁵⁷².

Tuttavia, la Corte non limitò ad una applicazione pedissequa del ragionamento già elaborato in sede CEDU, piuttosto ha criticato apertamente l'enfasi che la Corte cilena aveva dato al bisogno delle minori di crescere in una "normal and traditional family". La Corte, in particolare, specificò come la Convenzione non protegga una singola forma di famiglia. Al contrario, il concetto di vita familiare non poteva ritenersi limitato ai nuclei familiari fondati sul matrimonio o comunque corrispondenti a modelli tradizionali, ancor meglio "convenzionali". La Convenzione, così come molte norme costituzionali, doveva interpretarsi come posta a tutela della famiglia come realtà sociale e non come modello ideale.

Pertanto, la Corte rigettò apertamente l'argomentazione, riproposta dal governo convenuto, che i bambini cresciuti da genitori dello stesso sesso avrebbero dovuto affrontare la discriminazione e quindi avrebbero visto sacrificato il loro preminente interesse. La Corte sottolineò che: «in a democratic state based on the rule of law, the legislator must seek the elimination of all different forms of discrimination and intolerance existing in a society, which can only be obtained through the recognition and protection of all types of families that exist and not through their exclusion or denial»⁵⁷³.

4.4 Adozione

La Corte si è infine pronunciata per ben tre volte⁵⁷⁴ su uno dei temi più caldi del dibattito europeo sui diritti LGBTI, ovvero quello delle adozioni da parte di coppie o *single* omosessuali. per esaminare l'evoluzione della giurisprudenza di Strasburgo, sarà sufficiente concentrare l'attenzione sull'ultimo dei casi trattati: *Gas e Dubois*.

Nel caso in esame, la Corte si è pronunciata sul ricorso presentato da una coppia di donne avverso il diniego opposto dalle autorità francesi circa la possibilità di una delle due ricorrenti di adottare la figlia della compagna. Una delle due, infatti, aveva dato alla luce una bambina a seguito di procreazione medicalmente assistita avvenuta in Belgio. La bambina, riconosciuta dalla madre

⁵⁷² Quanto al secondo aspetto, la Corte ritenne sussistente anche la violazione del diritto al rispetto della vita privata e familiare, ritenendo che la motivazione, indicando la ricorrente come inadeguata ad essere madre e le bambine come in costante pericolo, avesse evidentemente interferito con il libero svolgimento della loro vita familiare senza alcuna giustificazione legittima.

⁵⁷³ *Sent. cit.* par 157.

⁵⁷⁴ *E.B. v. France*, n. 43546/02 (ECtHR, 22 gennaio 2008); *Frettè v. France*, 36515/97 (ECtHR, 26 febbraio 2002); *Gas and Dubois v. France*, n. 25951/07 (ECtHR, 15 marzo 2010).

naturale in Francia, non aveva alcun tipo di legame giuridico con il padre – un donatore anonimo – e viveva con le due donne nella casa che la coppia condivideva da più di dieci anni.

Due anni dopo la nascita della bambina, le ricorrenti avevano contratto un'unione civile (*pacte civil de solidarité*), che ai sensi dell'articolo 515 del codice civile è un «contratto concluso tra persone maggiorenni, di sesso opposto o dello stesso sesso, al fine di organizzare la vita in comune». In Francia, infatti, alle coppie dello stesso sesso non è garantito l'accesso al matrimonio, che rimane un istituto caratterizzato diversamente rispetto al patto di solidarietà. Ciò vale soprattutto per i diritti ereditari e di filiazione che, insieme alla procedura giurisdizionale di scioglimento dell'unione, restano effetti esclusivi del matrimonio.

Qualche anno dopo, le ricorrenti avevano deciso di presentare un'istanza di adozione semplice a norma dell'articolo 365 del *code civil*. In altri termini, la compagna della madre biologica avrebbe fatto richiesta alle autorità giurisdizionali francesi per ottenere un provvedimento che riconoscesse giuridicamente la condizione familiare *de facto*, autorizzando la ricorrente alla gestione condivisa della patria potestà (*autorité parentale*) nei confronti della minore.

Il regime di filiazione adottiva nell'ordinamento francese prevede, accanto all'adozione piena (*adoption plénière*), la c.d. adozione semplice (*adoption simple*). Mentre l'adozione piena è consentita soltanto nei confronti di minori e rimuove compiutamente qualsiasi tipo di legame con la famiglia naturale, l'adozione semplice consente la costituzione di un legame di filiazione con un soggetto, indipendentemente dall'età dello stesso, senza che vengano meno i rapporti con i genitori biologici. Tuttavia, nel caso in cui l'adottato sia un minore, sull'adottante si trasferiscono tutti i diritti e i doveri derivanti dalla patria potestà, della quale di contro sono spogliati i genitori biologici. Esiste, ciononostante, un'eccezione in tal senso. Laddove, infatti, l'adottante sia anche il coniuge del padre o della madre del minore, l'effetto dell'adozione semplice sarà la condivisione della patria potestà, ai sensi dall'articolo 365 del codice civile.

Proprio in virtù di questa norma, la ricorrente aveva presentato formale richiesta di adozione semplice della figlia della propria compagna. La quale, a sua volta, aveva espressamente prestato il proprio consenso, formalmente recepito da un notaio. Il *Tribunal de grande instance de Nanterre*, dopo aver constatato la sussistenza di tutti i requisiti necessari per l'adozione e aver accertato che le ricorrenti si occupavano attivamente e congiuntamente della minore, aveva tuttavia rigettato la richiesta. Se il Tribunale avesse autorizzato l'adozione, infatti, la madre biologica avrebbe perso la patria potestà della minore, giacché l'eccezione di cui all'articolo 365 non sarebbe stata applicabile alla fattispecie. Pertanto, le conseguenze legali dell'adozione semplice in questo caso si sarebbero poste in contrasto sia con l'intenzione delle ricorrenti che con il superiore interesse del minore, sotteso a tutta la legislazione applicabile in materia di adozione. Anche la *Cour d'appel de*

Versailles, aveva – a seguito di impugnazione – rigettato la richiesta, conformandosi al consolidato indirizzo giurisprudenziale della *Cour de cassation*. Seguendo l’iter argomentativo del Tribunale di primo grado, la Corte d’appello aveva ribadito come la possibilità di condividere la patria potestà quale effetto dell’adozione semplice fosse riservata alle coppie unite in matrimonio, restandone invece escluse le coppie – eterosessuali e omosessuali – unite civilmente.

Le interessate, allegando una discriminazione nel diritto al rispetto della vita familiare sulla base dell’orientamento sessuale in violazione del combinato disposto degli artt. 8 e 14 della Convenzione, avevano così deciso di ricorrere alla Corte EDU.

Prima di entrare nel merito della controversia, la Corte ha dovuto esaminare l’eccezione preliminare sulla ricevibilità del ricorso. Lo Stato convenuto, infatti, aveva contestato l’incompatibilità *ratione materiae* con le disposizioni della Convenzione. In applicazione di una costante giurisprudenza della Corte, il governo francese aveva affermato la non operatività dell’articolo 8 rispetto alla controversia, giacché la norma non assicurerebbe in quanto tale il diritto ad adottare⁵⁷⁵, né proteggerebbe il semplice desiderio di fondare una famiglia⁵⁷⁶.

A tal proposito la Corte, che in passato si era ritenuta incompetente a sindacare le condizioni per l’adozione previste dal diritto nazionale, ha però rigettato la suddetta eccezione. Essa ha, infatti, notato che le ricorrenti non avevano lamentato la violazione dell’articolo 8, bensì avevano allegato una discriminazione nel godimento di suddetto diritto. In quanto omosessuali, le ricorrenti non avrebbero potuto sposarsi e di conseguenza usufruire dei vantaggi dell’adozione semplice, nonostante le stesse avessero condiviso per molti anni una situazione familiare *de facto* completamente equiparabile a quella di una coppia eterosessuale. Le parti non avrebbero invocato un presunto diritto alla creazione *ex novo* di un legame di filiazione adottiva, piuttosto il loro proposito sarebbe stato quello di conferire riconoscimento giuridico ad una situazione fattuale già esistente.

La Corte ha in questo senso ritenuto che la fattispecie concreta rientrasse nel campo di applicazione dell’articolo 8 sia con riguardo al concetto di vita privata sia quello di vita familiare. Come emerso dalla precedente trattazione sulla giurisprudenza di Strasburgo, l’esistenza di una “vita familiare” non è subordinata all’accertamento di un determinato status giuridico, quanto piuttosto all’effettività dei legami personali. Per tali ragioni, la Corte ha ritenuto di rigettare l’obiezione del Governo e di valutare nel merito la presunta violazione dell’articolo 14, in combinato disposto con l’articolo 8 della Convenzione.

⁵⁷⁵ *Di Lazzaro v. Italy*, n. 31924/96 (ECtHR, 10 luglio 1997); *X. v. Belgium*, n. 6482/74 (ECtHR, 10 luglio 1975).

⁵⁷⁶ *Marckx v. Belgium*, n. 6833/74 (ECtHR, 13 giugno 1979).

Superati i problemi legati alla ricevibilità del ricorso, la Corte ha esaminato il merito di quanto allegato dalle ricorrenti. Queste, come accennato, ritenevano di aver subito un trattamento discriminatorio fondato sull'orientamento sessuale poiché l'ordinamento francese esclude dalla possibilità di condividere la potestà parentale (nel caso di adozione semplice) le coppie dello stesso sesso, ammettendo, invece, le coppie sposate. Peraltro, la disciplina di settore non solo discriminerebbe direttamente le coppie omosessuali rispetto alle coppie sposate, ma implicherebbe anche una discriminazione indiretta rispetto alle coppie di fatto eterosessuali. Infatti, queste ultime potrebbero comunque godere degli effetti dell'articolo 365 del codice civile contraendo matrimonio, ipotesi di contro impraticabile per le coppie omosessuali, che – anche volendo – non potrebbero sposarsi. In tale contesto discriminatorio, poi, a venire sacrificato sarebbe prima di tutto l'interesse del minore, che sarebbe maggiormente tutelato se potesse godere della protezione giuridica di due genitori piuttosto che di uno soltanto. A differenza di un qualsiasi altro minore, la figlia della ricorrente sarebbe stata privata di una tale possibilità, cosicché ad esempio in caso di decesso della madre biologica la stessa diverrebbe orfana, non avendo alcuna rilevanza giuridica il legame negli anni stabilito con la compagna della madre.

Alle pretese delle ricorrenti, si opponeva la tesi difensiva dello Stato convenuto, secondo cui gli effetti dell'articolo 365 non sarebbero stati oggettivamente discriminatori. L'ordinamento francese, infatti, garantisce l'accesso all'istituto dell'adozione semplice a qualsiasi tipo di coppia indipendentemente dalla sua composizione. Il fatto, poi, che la possibilità di ottenere la potestà congiunta sia riservato soltanto alle coppie sposate non costituirebbe un trattamento discriminatorio, bensì un'eccezione guidata da una *ratio* ben precisa e legata alle caratteristiche dell'istituto matrimoniale. Rispetto agli altri tipi di unione, il matrimonio garantirebbe una stabilità del rapporto superiore, ciò perché in caso di dissoluzione del rapporto avverrebbe l'automatico coinvolgimento dell'autorità giudiziaria anche a tutela dell'interesse del minore. Peraltro, non potrebbe ammettersi l'ipotesi di una discriminazione indiretta rispetto alle coppie di fatto eterosessuali sulla base della circostanza che queste ultime avrebbero sempre la possibilità di contrarre matrimonio. Che il matrimonio sia riservato alle coppie eterosessuali, non costituisce una discriminazione indiretta, bensì l'esercizio di un potere legittimo dello Stato parte, giacché gli articoli 8 e 14 non impongono di garantire l'accesso al matrimonio alle coppie omosessuali.

Secondo la giurisprudenza costante della Corte, per aversi una violazione dell'articolo 14 è necessario che si accerti una differenza di trattamento priva di una giustificazione obiettiva e ragionevole tra individui che si trovino in situazioni comparabili. Nel caso di specie, le ricorrenti non avevano potuto usufruire dell'eccezione di cui all'art. 365 del codice civile francese perché non sposate.

Pertanto, la Corte ha in primo luogo esaminato la situazione giuridica delle ricorrenti in rapporto a quella di una coppia sposata. In questo senso, ciò che provocherebbe il trattamento discriminatorio, nell'ambito della legislazione applicabile in materia di adozione, è che nell'ordinamento francese il matrimonio è un istituto interdetto alle coppie omosessuali. Tuttavia, alla luce di quanto affermato nella decisione *Schalk e Kopf c. Austria*, tale circostanza non può validamente costituire la base per lamentare un trattamento discriminatorio. Infatti, pur qualificando ormai le unioni omosessuali come «vita familiare», la Corte ha ricordato che gli art. 8 e 14 non impongono agli Stati contraenti di garantire alle coppie dello stesso sesso l'accesso al matrimonio. Peraltro, qualora uno Stato parte decida di offrire alle coppie omosessuali un riconoscimento giuridico, godrà comunque di un certo margine di apprezzamento nel definire la natura esatta dello *status* conferito, con questo anche accordando una tutela giuridica privilegiata all'unione coniugale. Conseguentemente, la Corte ha ritenuto che non potesse parlarsi di trattamento discriminatorio, poiché le ricorrenti in materia di adozione non si troverebbero in una situazione giuridica comparabile a quella di una coppia sposata. Ben potendo, infatti, l'istituto matrimoniale – tutelato dall'articolo 12 della Convenzione – conferire un *status* giuridico privilegiato da cui derivino particolari conseguenze sociali e giuridiche.

A questo punto, alla Corte non è restato che valutare la sussistenza di una discriminazione rispetto alla condizione giuridica delle coppie di fatto eterosessuali. Nella giurisprudenza di Strasburgo è ormai pacifico che, seppure uno Stato non sia tenuto ad accordare alle coppie di fatto omosessuali le stesse tutele previste per i coniugi, debba garantire gli stessi diritti riconosciuti alle coppie di fatto eterosessuali, pena la discriminazione in base all'orientamento sessuale. Tuttavia, la Corte ha riscontrato come non vi fosse alcun trattamento differenziato tra le coppie di fatto eterosessuali e omosessuali, giacché anche per le coppie di fatto di sesso opposto non varrebbe l'eccezione di cui all'articolo 365. Gli effetti della normativa di settore sarebbero gli stessi, ossia l'impossibilità di ottenere la condivisione della patria potestà nel caso di adozione semplice. Neanche varrebbe l'obiezione sollevata dalle ricorrenti rispetto alla sussistenza di una discriminazione indiretta. La circostanza, infatti, che le coppie eterosessuali potrebbero sempre aggirare l'ostacolo di cui all'articolo 365 contraendo matrimonio, non è rilevante. Come già specificato, la disciplina dell'accesso al matrimonio è rimessa al libero apprezzamento di ogni singolo Stato contraente.

Pertanto, la Corte ha ritenuto che non vi fosse violazione dell'articolo 14, in combinato disposto con l'articolo 8, e che la disparità di trattamento non potesse pertanto essere considerata discriminatoria.

Prima della decisione *Gas e Dubois*, la Corte si era pronunciata su due casi di adozione da parte di coppie o single omosessuali in modi diametralmente opposti. Nel caso *Fretté*, le autorità francesi avevano negato l'idoneità all'adozione, un maestro single omosessuale, perché non offriva – nonostante le indubbe qualità umane – sufficienti garanzie sul piano familiare ed educativo e perché il corpo sociale non sembrava pronto a consentire che un bambino venisse affidato ad un certo tipo di persone. Qualche anno dopo, però, la Corte nel caso *E.B.* tornò sui suoi passi e si pronunciò per l'illegittimità del diniego di autorizzazione all'adozione opposto a una donna convivente con una partner dello stesso sesso, in ragione dell'assenza della figura paterna nel nucleo familiare⁵⁷⁷. In tal senso, quindi, quest'ultima sentenza potrebbe apparire come una interruzione dell'evoluzione giurisprudenziale in tal senso. A uno sguardo più attento, però, non sfuggirà come la Corte si sia limitata ad applicare, forse in modo fin troppo formalistico, principi ormai pacifici per la propria giurisprudenza.

La lunga decisione, arricchita da diverse opinioni separate, si presta ad una pluralità di riflessioni. In primo luogo, la Corte ha compiutamente affermato la compatibilità *ratione materiae*

⁵⁷⁷ Nel caso *Fretté*, la Corte confermava che la decisione contestata sia stata influenzata in modo determinante dall'omosessualità del ricorrente e che eventuali altre cause appaiano comunque come secondarie. Essa ritiene, altresì, che tali decisioni abbiano perseguito uno scopo legittimo qual è indubbiamente la volontà di proteggere minori potenzialmente coinvolti nell'adozione. Rimane, dunque, da dimostrare se ad essere soddisfatto sia anche il secondo requisito, vale a dire quello relativo alla proporzionalità delle misure rispetto ai fini. A tale proposito, essa ribadisce l'ampio margine di discrezionalità lasciata agli Stati nel determinare se e in quale misura differenze tra situazioni, analoghe da altri punti di vista, giustifichino un distinto trattamento giuridico. L'estensione di tale margine varia secondo le circostanze e il contesto, nonché della presenza o dell'assenza di un denominatore giuridico comune agli Stati contraenti. In assenza di uno standard comune e pur in mancanza, nella maggior parte degli stati contraenti, di disposizioni che proibiscano in modo esplicito l'adozione da parte di persone omosessuali, la Corte ha ritenuto normale che alle autorità nazionali fosse riconosciuta un'ampia discrezionalità in questi settori, trovandosi del resto in contatto diretto con le forze vitali del proprio paese e dunque in una posizione migliore rispetto a una Corte internazionale, per cogliere le sensibilità e le condizioni locali. Laddove il diritto attraversa una fase di transizione è, dunque, opportuno lasciare agli Stati un largo margine di apprezzamento il quale non deve, tuttavia, tradursi nel riconoscimento di un potere arbitrario, restando le decisioni delle autorità nazionali sottoposte al controllo della Corte che esamina la loro conformità alla Convenzione. Inoltre, è stato giustamente sostenuto dal governo che il fatto che non sia stato individuato uno specifico minore non implica l'assenza di interessi in competizione. Scopo dell'adozione è quello di "dare al bambino una famiglia" e non "alla famiglia un bambino", pertanto è compito dello Stato garantire che i genitori selezionati corrispondano a quelli in grado di offrire le condizioni di accoglienza più vantaggiose, data la necessaria prevalenza degli interessi del minore rispetto a quelli dei potenziali genitori, in ragione della loro particolare natura e gravità. Tenuto conto delle divisioni in seno alla comunità scientifica e dei limitati studi sull'argomento, nonché del numero insufficiente di minori adottabili in relazione alle richieste, i giudici di Strasburgo hanno ritenuto che le autorità nazionali abbiano potuto legittimamente e ragionevolmente ritenere che l'interesse del ricorrente, nonostante le sue legittime aspirazioni e senza rimettere in discussione le sue scelte personali, fosse sacrificabile in ragione di quello superiore dei minori disponibili per l'adozione. In conclusione, la giustificazione addotta dal governo sembra ragionevole e oggettiva impedendo che la differenza di trattamento risulti discriminatoria, ai sensi dell'articolo 14 della Convenzione. Nel caso *EB*, invece con riguardo all'assenza di una figura maschile di riferimento, la Corte ha riconosciuto l'opportunità di interrogarsi sulle ragioni che, alla luce della presunta univocità degli studi sulla genitorialità addotta dal Governo, avrebbero condotto il legislatore francese a consentire alle persone non sposate di chiedere l'autorizzazione. La pretesa di rinvenire un referente del sesso opposto in una cerchia di intimi vicini al minore, invocata indipendentemente dagli orientamenti sessuali del richiedente, svuoterebbe difatti completamente il diritto in questione. Tale motivo è, pertanto, risultato agli occhi della Corte palesemente capzioso e volto a celare il reale intento di escludere la richiesta della ricorrente a causa della sua omosessualità. L'ipotesi avanzata è stata del resto avallata dall'incapacità del Governo di offrire un'immagine realistica della prassi amministrativa, attraverso la produzione di informazioni statistiche sull'ammissione all'istituto di soggetti il cui orientamento sessuale fosse dichiarato o conosciuto; circostanza maggiormente determinante in ragione del fatto che proprio sul governo sarebbe gravato l'onere della prova (*Karner c. Austria*). Più complessa si è invece rivelata la valutazione del secondo dei motivi addotti nelle pronunce oggetto di controversia – ovvero quello del disinteresse nei confronti del progetto adottivo mostrato dalla compagna convivente –, non potendosi ignorare l'esistenza di un terzo e la posizione da quest'ultimo inevitabilmente occupata nella vita del minore. Nel compiere tale valutazione, la Corte ha tenuto presente l'importanza di offrire al minore un'accoglienza circondata da tutte le necessarie garanzie sul piano familiare, psicologico ed educativo, come espressamente ricordato dalla legislazione interna all'art.4 del decreto n. 98-771 e dagli strumenti internazionali a tutela del minore, quali la Convenzione sui diritti del fanciullo delle Nazioni Unite del 20 novembre 1989, la Convenzione dell'Aja del 29 maggio del 1993 e il Progetto di Convenzione europea in materia di adozione dei minori. Pur negando nel secondo caso un intento discriminatorio, la Corte ha ritenuto entrambi i motivi addotti inerenti alla valutazione globale della situazione del ricorrente, ritenendo pertanto opportuno valutarli in termini non alternativi ma cumulativi. La decisione nel suo insieme è, dunque, risultata inficiata in modo irreparabile dal carattere illegittimo del primo dei motivi esposti. La Corte ha avuto altresì modo di rilevare come gli orientamenti sessuali della ricorrente non avessero mai smesso di restare al centro del dibattito, più spesso implicitamente e attraverso l'insistenza ossessiva sulla mancanza del referente paterno. Peraltro, il sistematico ricorso a tale argomento, potenzialmente legittimo con riguardo al predominante interesse della tutela del minore, non è comunque giustificato, poiché si dovrebbe altrimenti ritenere che oggetto di contestazione fosse, in aperto contrasto con la legislazione vigente, lo stesso stato di donna nubile. Il riferimento all'orientamento sessuale era stato talvolta eseguito in modo esplicito, come si evincerebbe dall'esame dei pareri redatti per iscritto dai componenti della Commissione per le autorizzazioni, pareri in base ai quali la decisione di diniego risultava fondata.

dei ricorsi che riguardino le disposizioni interne in materia di adozione. Dopo un lungo periodo, durante il quale gli organi di Strasburgo si erano dichiarati incompetenti a valutare il merito di questo tipo di controversie, oggi è pacifico che la tutela della filiazione adottiva sia una materia inerente l'esercizio dei diritti garantiti dalla Convenzione. La Corte ha chiarito che, sebbene la Convenzione non garantisca un diritto all'adozione, qualora uno Stato contraente garantisca e disciplini tale diritto nel proprio ordinamento, la Corte potrà sindacarne le condizioni che toccano gli interessi individuali tutelati dalla Convenzione, tra tutti ad esempio la vita familiare.

Altri rilievi riguardano alcune delle materie più sensibili del diritto di famiglia, come l'adozione e l'affidamento, in particolare con riferimento all'aspetto dell'«omogenitorialità». Sebbene la Corte abbia più volte affermato che le autorità nazionali siano – in linea di principio – le meglio attrezzate per gestire situazioni di conflitto familiare ed accordi loro un ampio margine di apprezzamento di ciò che costituisca l'interesse superiore del minore, è agevole notare come abbia gradualmente ridotto tale discrezionalità, anche se non sempre con la dovuta coerenza. In questo senso, si pensi alla censura della Corte per mancato rispetto del principio di uguaglianza tra i genitori nell'affidamento del minore, ad esempio quando le autorità rifiutino l'affidamento di un minore al padre biologico sulla base dall'orientamento sessuale di quest'ultimo.

In tema di adozione, poi, la Corte – con il maestoso *revirement* di *E.B.* – aveva generato consistenti aspettative sull'esito del ricorso in questione. Pur tuttavia la Corte, non inaspettatamente, è stata stringente nell'applicare il proprio orientamento che ammette che gli Stati contraenti possano accordare una tutela giuridica privilegiata alle coppie sposate rispetto a quelle di fatto. L'applicazione concreta di tale principio ha influito nel procedimento di comparazione tra le situazioni giuridiche coinvolte nel trattamento differenziato. In altri termini, a parere della Corte è mancato il presupposto della violazione dell'articolo 14 ovvero l'omogeneità delle condizioni giuridiche comparate. In materia di adozione, l'ordinamento francese accorderebbe una situazione giuridica privilegiata ai coniugi e, quindi, disomogenea rispetto a quelle delle coppie di fatto omosessuali ed eterosessuali.

Tuttavia, tale applicazione formalistica non è priva di aspetti problematici, soprattutto tenuto conto del risultato complessivo, definito paradossale dal giudice Villiger nella sua opinione dissenziente. La minore non ha, infatti, potuto godere degli effetti dell'adozione semplice: in virtù del principio del superiore interesse del minore è stato frustrato proprio l'interesse della minore coinvolta, privata – a causa dell'orientamento sessuale dei componenti della propria famiglia – del diritto a godere di due genitori che condividano i diritti e i doveri della potestà parentale.

A parere del giudice Villiger, in realtà il trattamento discriminatorio sussisterebbe, seppure da un punto di vista diverso rispetto a quello preso in considerazione dalla Corte, ossia quello della

minore e della vita familiare della stessa. Rispetto ad un minore cresciuto all'interno di una coppia sposata, la figlia della ricorrente finisce per essere trattata in maniera evidentemente discriminatoria, in ragione di una discriminazione fondata sull'orientamento sessuale in violazione dell'articolo 14 in combinato disposto con l'articolo 8 della Convenzione. L'opinione dissenziente del giudice Villiger, se non condivisa dagli altri giudici, è stata però richiamata nelle altre opinioni concorrenti, all'interno delle quali è stato comunque rilevato l'esito paradossale della stretta applicazione dei principi elaborati dalla giurisprudenza della stessa Corte. Tale condivisa perplessità della maggior parte dei giudici componenti il collegio, ha condotto la stessa Corte ad ammonire lo Stato convenuto rispetto alla necessità di porre rimedio proprio a questi conseguenze. Per quanto, quindi, l'aspetto direttamente discriminatorio della norma non risulti evidente dalla formulazione letterale, l'esito è inequivoco. Per quanto la Corte abbia formalmente equiparato la vita familiare delle coppie omosessuali e di quelle eterosessuali, la possibilità di fondare un nucleo familiare è ancora intrappolata nelle maglie di legislazioni sostanzialmente discriminatorie. A tale dichiarazione di principio dovrebbe seguire un coraggioso passo avanti dei giudici di Strasburgo nella concreta implementazione di canoni di giudizio egualitari.

Un ultimo aspetto problematico di questa decisione riguarda la potenziale incompatibilità con una pregressa decisione della Corte, *Emonet e altri c. Svizzera* (n. 39051/03). In quel caso, la Corte ha condannato per violazione dell'art. 8 la Svizzera per quelle disposizioni che, nel sistema delle adozioni, determinavano la cessazione di ogni legame familiare della ricorrente con la madre, a causa dell'adozione da parte del convivente della stessa. Ciò perché, al contrario, tale effetto non si sarebbe verificato nell'ipotesi di adozione della figlia da parte del coniuge. Nonostante le differenze tra i casi paragonati, legate sostanzialmente all'impostazione del ricorso basato sulla violazione dell'articolo 8 e non dell'articolo 14, lascia perplessi la maggiore serenità della Corte nel censurare il comportamento dello Stato, in assenza di un argomento sensibile come quello dell'adozione da parte di una coppia omosessuale. Per quanto la Corte prenda le distanze dall'applicabilità del principio espresso in quella sede, è difficile chiarire le ragioni della sostanziale difformità delle circostanze di fatto esaminate.

Non resta, infine, che chiedersi quale sarebbe stato l'esito della decisione se le ricorrenti avessero potuto invocare la violazione dell'articolo 1 del Protocollo n. 12, non ancora sottoscritto dallo Stato convenuto.

5. Conclusioni

Da quanto esposto, emerge con tutta evidenza come il diritto di famiglia costituisce l'ambito più problematico – in termini di tutela dei diritti fondamentali – quando assuma rilevanza la caratteristica della sessualità non convenzionale. Nonostante le garanzie, di origine pattizia e convenzionale, volte a censurare qualsiasi tipo di interferenza illegittima dello Stato con il diritto al rispetto della vita privata, della vita familiare o, più in generale, della libertà di associazione, la più gran parte degli Stati negano recisamente qualsiasi tipo di diritto o riconoscimento alle coppie dello stesso sesso e discriminano sistematicamente gli individui LGBTI quanto al riconoscimento dei diritti parentali.

La sessualità degli individui assume rilevanza nella disciplina degli Stati del diritto di famiglia sia quando ad essere regolate siano le relazioni interpersonali tra adulti, che nel caso in cui siano coinvolti dei minori. Nel primo caso, il dibattito sulla tutela delle coppie omosessuali si è sviluppato intorno a due questioni fondamentali, quella della discriminazione tra coppie di fatto *same-sex* e eterosessuali e quella della predisposizione di istituti di riconoscimento giuridico quali le *registered partnership* o l'estensione del diritto di accesso al matrimonio.

Dall'analisi della giurisprudenza e della prassi, è emerso in maniera chiara che alle coppie dello stesso sesso nell'ordinamento internazionale non è riconosciuto il diritto al matrimonio. I pochi Stati che hanno esteso l'accesso all'istituto matrimoniale alle coppie dello stesso sesso non hanno ritenuto di doverlo fare in virtù di un obbligo positivo internazionale, quanto piuttosto perché guidati dalla volontà politica interna, di norma al più ispirata ai principi costituzionali. Il Comitato dei Diritti dell'Uomo, pronunciandosi sul tema, non ha lasciato margini di interpretazione nel leggere l'articolo 23 come esclusivamente rivolto alle coppie eterosessuali.

Dalle Corti europee, sebbene vi siano state aperture su altri aspetti, è stata più volte confermato il paradigma eterosessuale che informa l'istituto matrimoniale. In particolare, su questo versante, la CGE sembra essersi spinta oltre tutti gli altri organi giurisdizionali o paragiurisdizionali che, a livello sovranazionale, si sono espressi in materia, assumendo che – a determinate condizioni – non vi sia una differenza sostanziale qualitativa tra il rapporto di fatto di una coppia *same-sex* e quello che lega due coniugi. Ma si tratta di una posizione ancora di fatto isolata.

L'unica apertura che, almeno a livello europeo, sembra essere stata pacificamente acquisita riguarda il diritto al matrimonio dei transessuali, quando però la riassegnazione chirurgica del sesso avvenga in senso opposto al sesso del coniuge. A questa condizione, lo Stato non sarebbe legittimato ad impedire il matrimonio o imporne lo scioglimento.

Questo dato impone due considerazioni. La prima è che, evidentemente, il concetto di “genere” e di appartenenza ad un sesso non può più essere interpretato con il riferimento al dato meramente biologico. La giurisprudenza delle Corti europee si è, quindi, adattata – più che alla varietà della compagine sociale – ai risultati del progresso medico-scientifico. La seconda è una valutazione circoscritta alla condizione affinché al transessuale sia riconosciuto il diritto al matrimonio, ovvero che il sesso d’elezione sia opposto a quello del partner, diversamente infatti si ricadrebbe in un’ipotesi di matrimonio tra persone dello stesso sesso, il cui riconoscimento non può essere imposto agli Stati.

Ebbene, il dato sociologico è facilmente interpretabile. Non essendovi sostanziali differenze nella non convenzionalità della sessualità espressa dai transessuali e quella degli omosessuali, è chiaro che vi sia anche una questione di opportunità politica. Il matrimonio di una persona transessuale, all’esterno, viene percepita come un atto conforme ai ruoli di genere, un’unione che si adatta al modello eterosessuale di contrapposizione tra generi opposti. In effetti se l’evoluzione interpretativa ha condotto la giurisprudenza ad intendere il concetto di genere slegandolo dal dato biologico, il passo per svincolarlo anche dal concetto di genere dovrebbe essere breve, soprattutto a mente della formulazione dell’articolo 9 della Carta di Nizza e delle interpretazioni alternative – non letterali – delle norme che associano al diritto al matrimonio la differenza di genere.

Che il limite fondamentale all’estensione del diritto al matrimonio alle coppie dello stesso sesso sia sostanzialmente politica, lo dimostra che anche gli Stati le cui costituzioni fissavano la diversità di genere come preconditione del rapporto di coniugio hanno trovato la via interpretativa per introdurre – compatibilmente ai limiti ordinamentali interni – il matrimonio omosessuale. In Europa, sette Stati membri del COE hanno operato in questo senso: il Belgio, l’Islanda, l’Olanda, la Norvegia, la Svezia, la Spagna e il Portogallo. Ma ovviamente si tratta della classica eccezione che conferma la regola, in questo caso quella della non sussistenza di un obbligo internazionale degli Stati di garantire il diritto al matrimonio alle coppie omosessuali⁵⁷⁸.

Più diffusa invece la prassi – inaugurata nel 1989 dalla Danimarca⁵⁷⁹ – di concedere il riconoscimento giuridico di forme alternative *partnership* registrate e unioni civili che, anche se non completamente equivalenti al matrimonio, vengono introdotti nel tentativo di porre le coppie

⁵⁷⁸ Altri venticinque Stati membri del COE, «(Albania, Armenia, Azerbaijan, Bosnia and Herzegovina, Bulgaria, Cyprus, Estonia, Georgia, Greece, Italy, Latvia, Lithuania, Malta, Moldova, Monaco, Montenegro, Poland, Romania, the Russian Federation, San Marino, Serbia, Slovakia, “the former Yugoslav Republic of Macedonia”, Turkey and Ukraine) do not legally recognise same- sex couples through marriage, partnership registration or cohabitation rights.» Council of Europe, *Discrimination on grounds of sexual orientation and gender identity in Europe*, 2nd Edition (Strasbourg: Council of Europe Publishing, 2011) pag. 91.

⁵⁷⁹ «The earliest, and among the most egalitarian, is Denmark's Registered Partnership Act of 1989. Since that watershed, over a dozen states in Western Europe have adopted various forms of civil unions or domestic partnerships for same-sex couples. Most recently, in December 2007, the Hungarian Parliament created a registered partnership for either same-sex or different-sex couples. This partnership grants all of the rights of married couples except parental rights and the right to take the same surname. Other countries are considering adopting civil unions or registered partnerships as well» cfr. M.H. Pedersen, «Denmark. Homosexual Marriages and New Rules Regarding Separation and Divorce,» *J. FAM. L.* 30 (1992): 289 e C. Forder, «European Models of Domestic Partnership Laws: The Field of Choice,» *CAN. J. FAM. L.*, n. 17 (2000): 371.

same-sex nelle medesime condizioni delle coppie eterosessuali con riguardo a molti dei doveri e dei benefici del rapporto di coniugio. Comunemente, però, questo tipo di istituti non prevedono che alle minoranze sessuali siano riconosciuti importanti diritti come i c.d. *social security rights*, benefici fiscali e diritti parentali.

La circostanza che si crei un sistema di riconoscimento separato, peraltro spesso non equivalente a quello previsto per le coppie eterosessuali, viene da molti interpretata come una forma di negazione dell'uguale dignità e valore delle relazioni omosessuali rispetto a quelle eterosessuali, la cui conseguenza diretta sarebbe il rafforzarsi dello stigma sociale nei confronti delle minoranze sessuali⁵⁸⁰.

Eppure, nonostante il Parlamento europeo⁵⁸¹ e il Comitato dei Ministri del COE⁵⁸² abbiano rivolto agli Stati l'invito a considerare l'introduzione di forme di riconoscimento delle coppie di omosessuali, dall'esame della giurisprudenza e della prassi internazionale non sembra emergere, neanche in questo caso, un obbligo positivo discendente dal diritto internazionale.

Ciononostante, almeno all'interno del sistema del COE, si sono affermati alcuni principi su cui la Corte non è più tornata indietro e che adesso potrebbero rappresentare il punto di riferimento non solo per il raggiungimento tra gli Stati membri di omogenei standard di tutela delle minoranze sessuali, ma anche come punti di partenza per successive evoluzioni. È ormai pacifico che, nonostante gli Stati non siano obbligati ad approntare forme di riconoscimento giuridico per le coppie di fatto omosessuali, quando decidano di disciplinarle non possono immotivatamente predisporre un regime arbitrariamente meno favorevole rispetto a quello delle coppie di fatto eterosessuali. Si è, infatti, ormai giunti ad affermare come non vi sia una differenza sostanziale tra una coppia omosessuale e una eterosessuale in termini di qualità del rapporto, ovvero entrambe rientrano a pieno titolo nell'ambito di applicazione soggettiva della nozione di "vita familiare". Di conseguenza, un'eventuale disparità nel regime giuridico cui sono assoggettate, acchè non sia illegittima, deve essere assolutamente necessaria al fine di tutelare un *pressing social need* della

⁵⁸⁰ «LGBT families can face unique challenges when their partnerships are not recognised. Institutions usually assume a different-sex couple or a mother and a father when devising services, benefits and procedures. LGBT families may suffer from stigma in society. Research also identified that lack of legal recognition may lead them to receive inferior tax, employment and insurance benefits, public housing allocations and non-recognition as a second parent from day-care or education services. In cases of serious illness, it is possible too that life partners are unable to get recognition as next of kin and so are excluded from their partner's bedside and hospital decisions about their care. At a day-to-day level, LGBT families may have a poor experience of services – such as schools, day-care centres and health services – that are designed with heterosexual families in mind. This was the experience of 19% of LGBT respondents to a survey in Finland. In response to similar complaints in Sweden, the then Ombudsman for Sexual Orientation Discrimination initiated a revision of all municipal application forms for social security and child-care to remove their heterosexual bias» Council of Europe, *op. cit.* pag. 95.

⁵⁸¹ Si veda a questo proposito la Direttiva diretta a risolvere il problema della libertà di movimento dei cittadini dell'Unione derivante dalla disomogeneità tra le legislazioni tra i paesi membri, European Parliament and European Council, «on the right of citizens of the Union and their family members to move and reside freely within the territory of the Member States amending Regulation (EEC) No 1612/68 and repealing Directives 64/221/EEC, 68/360/EEC, 72/194/EEC, 73/148/EEC, 75/34/EEC, 75/35/EEC, 90/364/EEC, 90/365/EEC and 93/96/EEC,» Directive 2004/58/EC (29 aprile 2004).

⁵⁸² «Where national legislation does not recognise nor confer rights or obligations on registered same-sex partnerships and unmarried couples, member states are invited to consider the possibility of providing, without discrimination of any kind, including against different sex couples, same-sex couples with legal or other means to address the practical problems related to the social reality in which they live.» in The Committee of Ministers of Council of Europe, «Recommendation to member states on measures to combat discrimination on grounds of sexual orientation or gender identity,» CM/Rec(2010)5 (31 marzo 2010) par. 25.

società. Dalla decisione *Shalk*, peraltro, è possibile anche derivare un obbligo di riconoscimento giuridico delle coppie di fatto *same-sex*, per così dire, “condizionato”. Qualora uno Stato decida di disciplinare le coppie di fatto eterosessuali, non essendovi sostanziali differenze, non potrà arbitrariamente decidere di escludere le coppie di fatto omosessuali da tale strumento di riconoscimento.

Nonostante non vi siano riscontri quanto all’applicazione sistematica dei suddetti principi da parte di altri organismi internazionali, è certo che almeno all’interno del sistema del COE – e in termini estensivi anche dell’UE – non si possa tornare indietro.

Molti passi restano, invece, da fare sul punto dei diritti parentali. La maggior parte dei Paesi operano discriminazioni dirette nel godimento di tali diritti (e relativi doveri) nei confronti delle minoranze sessuali. Il problema dell’adozione o dell’inseminazione artificiale rimangono argomenti sensibili anche per gli Stati più liberali. Alla “vita familiare” riconosciuta – almeno in sede COE – alle coppie *same-sex* non corrisponde non solo il diritto a fondare una famiglia, ma neanche eventualmente a mantenerla. L’emergere di una sessualità non convenzionale, salvo le poche eccezioni espresse in precedenza, fa venir meno qualsiasi tipi di legame familiare con un minore, anche indipendentemente dal dato biologico.

Salvo per la felice pronuncia della Corte Interamericana nel caso *Atala*, che sembra affermare il dovere degli Stati di prescindere dal modello familiare eterosessuale nella regolamentazione dei rapporti familiari, neanche la giurisprudenza della Corte EDU può dirsi particolarmente attenta alla promozione dei diritti parentali delle minoranze sessuali.

In effetti, le pronunce che hanno riguardato l’argomento sono sufficientemente ondivaghe e non permettono di individuare la sussistenza di obblighi positivi, in capo agli Stati membri, di tutela e promozione di nuclei “alternativi di famiglia”. Vi è, da un certo punto di vista, una tutela negativa. Nel senso che, non nella fase costruttiva di fondazione, ma in quella di eventuale scioglimento del nucleo familiari, gli Stati dovrebbero tutelare i legami biologici preesistenti senza discriminare ingiustificatamente sulla base dell’orientamento sessuale e l’identità di genere. In questi termini si è espressa la Corte nel caso *Salgueiro*, ma neanche in questo caso si può parlare di un orientamento consolidato, soprattutto in considerazione della più recente sentenza che ha ritenuto legittimo il disconoscimento del diritto di visita al padre che abbia deciso di procedere con la riassegnazione chirurgica del sesso.

Dall’analisi della complessiva giurisprudenza della Corte EDU, l’unica che si è più volte espressa sulla rilevanza della sessualità rispetto ai legami familiari, appare evidente l’ampio divario tra l’intervenuta legittimazione “privata” degli atti sessuali, il riconoscimento di un riflesso di questo carattere privato nella condotta pubblica, ma una mancata risposta alla “pubblica” richiesta

di stabilire delle relazioni e delle famiglie. La Corte e la Commissione hanno ritenuto di poter intervenire restringendo il margine di apprezzamento degli Stati con riferimento alle interferenze nelle attività sessuali prettamente private. Al contrario, quando il tema si sposta sulla vita familiare e su un'eventuale azione positiva dello Stato, quello stesso margine si restringe drasticamente.

In conclusione, la famiglia rimane e si disvela come l'ultimo baluardo dei ruoli di genere e della perpetuazione di specifici modelli di potere. Gli Stati difficilmente rinunceranno a mantenere la propria sovranità, escludendo l'interferenza sovranazionale, in tema di diritto di famiglia, poiché attraverso la regolamentazione di quest'istituto avocano a sé il principale strumento per incidere sulla struttura della società sottoposta alla propria giurisdizione.

CONCLUSIONI

«Lo sguardo del diritto aiuta spesso a cogliere il fondo delle cose. Così è certamente per tutto quello che riguarda il sesso...»⁵⁸³.

Se così fosse, a quale conclusione dovrebbe condurre la circostanza dell'originaria assenza di riferimenti alla sfera sessuale dell'individuo negli strumenti di protezione dei diritti fondamentali? Il fatto che i principali atti di tutela dei diritti umani siano stati elaborati intorno ad un individuo strutturato su una presunzione di eterosessualità, un soggetto giuridico caratterizzato da una sessualità stabile e monocromatica, dovrebbe indurre a ritenere la sfera sessuale sostanzialmente irrilevante da un punto di vista e giuridico e sociale?

Eppure, è storicamente noto che molti Stati hanno fatto del diritto il tramite delle discriminazioni formalizzate e delle persecuzioni nei confronti delle espressioni non convenzionali della sessualità. In questo modo, tracciando un quadro in cui il paradigma eteronormativo è non solo quello dominante, ma anche l'unica alternativa accettabile, così come altresì avallato da alcuni organi giurisdizionali internazionali⁵⁸⁴. Si dovrebbe ammettere allora che una qualche rilevanza vi è, ma esclusivamente limitata alla categoria del socialmente e giuridicamente illecito?

Infine, come si potrebbe conciliare tutto questo con la più recente prassi delle Organizzazioni Internazionali, dalla quale si desume che la sfera sessuale dell'individuo vada tutelata in quanto parte essenzialmente costitutiva dell'identità personale?

Sembra che lo sguardo del diritto sia frammentato ed incoerente, sicchè è apparso più utile e chiarificatore uno sguardo "sul diritto", uno studio della prassi e della giurisprudenza che permettesse di stabilire quale fosse il peso reale della "sessualità" dell'individuo, come bene giuridico degno di tutela, nell'ordinamento internazionale.

La considerevole abbondanza di prassi e di giurisprudenza internazionale, che si è formata sui temi legati direttamente o indirettamente alla sfera sessuale nonché la circostanza che l'onnicomprensiva espressione *sexual rights* sia oggi regolarmente adottata da consessi nazionali e sovranazionali, ha diretto la letteratura verso la configurazione del tema della sessualità come direttamente riconducibile alla disciplina dei diritti umani.

⁵⁸³ S. Rodotà, Prefazione di M.M. Winkler e G. Strazio, *L'abominevole diritto. Gay e lesbiche, giudici e legislatori* (Milano: Il Saggiatore, 2011).

⁵⁸⁴ La Commissione europea per i Diritti Umani ad esempio, fin dai primi anni Sessanta, aveva riconosciuto la legittimità delle misure sanzionatorie dei rapporti sessuali privati tra adulti consenzienti dello stesso sesso, in ragione della libertà degli Stati membri di adottare misure ritenute utili alla salvaguardia della salute e della morale. Cfr. *X c. Repubblica Federale Tedesca*, n. 530/59 (European Commission of Human Rights, 4 settembre 1960) e *X. c. Repubblica Federale Tedesca*, n. 5935/72 (ECoHR, 1975).

Tuttavia, tale coinvolgimento è ancora relegato al chiaroscuro dell'indefinito: in che termini e quali aspetti della sessualità rilevano nell'ordinamento internazionale? Quale sarebbe lo scopo di una siffatta tutela? E quali i limiti?

La progressiva concessione di tutela della sfera sessuale dell'individuo, attraverso l'applicazione estensiva delle norme internazionali esistenti, ha costituito il punto di partenza di questa ricerca. L'esame della prassi e della giurisprudenza sovranazionale e regionale ha consentito di affrontare l'interrogativo nato proprio dall'accrescersi dell'importanza associata ai temi legati alla sessualità. Si è, quindi, portata avanti un'indagine circa l'esistenza – nel campo del diritto internazionale c.d. in formazione – di un'autonoma libertà di autodeterminazione sessuale, che trascenda dalle maglie del principio di non discriminazione e che si sostanzi in una serie di obblighi positivi e negativi gravanti sugli Stati. Ci si è chiesto, in altri termini, se esistesse un nucleo di diritti legati alla sessualità, autonomo rispetto agli altri diritti già sanciti negli strumenti giuridici internazionali, oppure se si assistesse all'emersione della necessità di rimodellare alcuni diritti su un soggetto giuridico caratterizzato da nuove e diverse "sfumature sessuali".

Si è ritenuto di concentrare la ricerca sul tema dei diritti delle c.d. impropriamente *sexual minorities*. Così limitato il campo di una complessiva ricerca, ci si è cimentato nell'arduo tentativo di aggiungere un tassello nella complessiva ricostruzione del diritto di autodeterminazione sessuale quale bene giuridico autonomo oggetto di specifica tutela internazionale.

Il tema si è atteggiato ad edificante *case study* di come le norme sui diritti umani possano svilupparsi in "principi generali del diritto riconosciuti dalle nazioni civili", fino a diventare forze interpretative del diritto internazionale consuetudinario. La rapidità di sviluppo e la diffusione di queste norme ha offerto una visione unica delle forze che promuovono o ritardando lo sviluppo del diritto consuetudinario in una comunità altamente interconnessa e costituita da culture profondamente diverse.

Dalla ricerca, è emerso che il ritmo del cambiamento della prassi internazionale, rispetto al problema della sessualità non convenzionale, è del tutto peculiare. Si tratta, infatti, di uno di quei casi in cui l'affermazione di una norma sui diritti umani procede in maniera quasi impercettibile fino a quando una massa critica di Stati di sufficiente influenza infine la applichino e, a quel punto, la tendenza – in condizioni propizie – accelera di molto.

La diffusione dei diritti delle minoranze sessuali, ha preso le mosse dalle istanze di depenalizzazione dell'attività sessuale tra persone dello stesso sesso, il cui recepimento negli ordinamenti interni è avvenuto molto lentamente nel corso degli ultimi cinquanta anni. Eppure, mentre il numero di Stati che abbandonavano la repressione penale dell'omosessualità cresceva, le autorità regionali e sovranazionali di tutela dei diritti umani hanno cominciato ad elaborare

autonomamente le argomentazioni logico giuridiche che hanno condotto alla depenalizzazione. Fino al punto che la stessa logica che aveva giustificato la depenalizzazione ha assunto una dinamica propria e, ben presto, ha portato all'adozione di un modello argomentativo diretto al divieto di discriminazione arbitraria dello Stato nei confronti delle minoranze sessuali. La combinazione di pressioni da parte degli Stati influenti, delle autorità internazionali e regionali, e della società civile è cresciuto rapidamente e il ritmo delle riforme è aumentato negli ultimi venti anni.

A questa considerazione sull'andamento evolutivo del sistema di tutela delle minoranze sessuali se ne associa una di tipo prettamente teorico, ossia quello sulle linee di tendenza interpretative che hanno guidato il progresso della tutela dei diritti delle minoranze sessuali. Dall'analisi della giurisprudenza e della prassi sono emersi grossomodo due differenti approcci al problema, peraltro parzialmente contrastanti. Il primo approccio assume che gli omosessuali, bisessuali, transessuali e tutti gli individui che presentano una sessualità non convenzionale debbano essere trattati come appartenenti ad un unico gruppo omogeneo. In particolare, si tratterebbe di un gruppo che rispetto alla maggioranza eterosessuale si presenta come particolarmente svantaggiato e socialmente e politicamente sottorappresentato. Per tali ragioni, il gruppo avrebbe bisogno di una tutela particolare dalla discriminazione. Questa teoria è sostanzialmente basata sull'estensione del diritto fondamentale ad essere liberi da discriminazioni arbitrarie in funzione dell'appartenenza ad un determinato gruppo minoritario.

Il secondo approccio, che si ritrova applicato nelle sue diverse varianti, è diretto al riconoscimento dei diritti – quali il diritto al rispetto della vita privata, della vita familiare, libertà di associazione e altri diritti – da interpretare in modo tale che ricomprendano la sessualità come sfera giuridica che richiede un'autonoma tutela al di là delle categorizzazioni di minoranza. In virtù di questo secondo modello interpretativo, il fine di tutela delle scelte sessuali non convenzionali sarebbe giustificato sulla base del principio di offensività. In assenza di qualsivoglia tangibile danno nei confronti dei singoli e della società, tutti i diritti interessati dovrebbero essere estesi e riconosciuti alle minoranze sessuali.

Di entrambi gli schemi argomentativi si sono scorse le fattezze nelle decisioni delle Corti e nella prassi degli organi sovranazionali. E di entrambi si è dato conto con riferimento ai tre aspetti della sessualità che nel corso del tempo si sono andati delineando e che hanno dato forma e sostanza al discorso sul riconoscimento dei *sexual rights*: l'aspetto della sessualità come caratteristica individuale e identitaria, quello della sessualità come caratteristica della vita pubblica e, infine, quello della sessualità intesa come aspetto caratterizzante delle relazioni interpersonali.

In virtù di un criterio sostanzialmente diacronico, nel monitorare l'evoluzione e la forza espansiva delle norme a garanzia dei diritti fondamentali, il punto di partenza è stato l'analisi della

repressione statale della sessualità non convenzionale. L'individuo omosessuale ha, infatti, progressivamente guadagnato riconoscimento come soggetto giuridico – a livello internazionale – nella sfera privata attraverso la depenalizzazione degli atti sessuali tra adulti consenzienti dello stesso sesso. Sotto l'egida del Consiglio d'Europa, la protezione contro la discriminazione in base all'orientamento sessuale è stata inaugurata dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo nella decisione *Dudgeon* del 1981⁵⁸⁵. Il verdetto della Corte non subì ripensamenti, piuttosto venne confermato rispetto alla legislazione penale irlandese e cipriota⁵⁸⁶, poiché la sola esistenza della possibilità di applicare sanzioni penali al comportamento omosessuale tra adulti pregiudicava l'effettiva libertà di tenere siffatta condotta e costituiva, quindi, una illegittima interferenza nel godimento del diritto al rispetto della vita privata, ex art. 8 della Convenzione. Alla fine degli anni Novanta, tuttavia, ancora diversi Paesi membri del Consiglio presentavano legislazioni le c.d. *sodomy laws*, così come moltissimi Stati aderenti ad altri sistemi regionali di tutela dei diritti umani.

Sebbene inizialmente isolata nella pionieristica tutela delle minoranze sessuali, la Corte ha però fornito lo schema argomentativo che fu adottato, più di dieci anni dopo *Dudgeon*, dal Comitato dei diritti dell'Uomo per censurare a sua volta – seppur con alcune differenze – la legislazione punitiva delle relazioni omosessuali prevista dal codice penale della Tasmania⁵⁸⁷. Tuttavia, al momento, questo rappresenta l'unico caso in cui il sistema della “circolazione dei modelli” ha operato fruttuosamente. L'occasione per testarne l'universalità è, infatti, sfumata quando nel 1995 fu ritirata, per timori di rappresaglie da parte del governo, la denuncia presentata all'*African Commission on Human Rights* contro la legislazione penale dello Zimbabwe.

Ciononostante, dalla decisione *Dudgeon*, la maggior parte degli ordinamenti interni si è adattata alle conclusioni della Corte, decriminalizzando così l'attività sessuale tra persone dello stesso sesso. L'aspetto più interessante della giurisprudenza sulla decriminalizzazione delle pratiche sessuali tra uomini è l'affermazione del principio per cui la vita sessuale costituisce un aspetto importante del concetto di “vita privata”, indipendentemente dal tipo di identità sessuale o di genere. La rilevanza di decisioni come *Dudgeon* consiste nell'affermazione della necessità di tutelare la sfera sessuale, intesa come concetto che non sia limitato all'omosessualità o a qualsiasi altro tipo di scelta sessuale. La Corte ha sostanzialmente riconosciuto l'applicazione di norme già esistenti – in particolare quella del diritto al rispetto della vita privata – alla sfera sessuale, cosicché anche la sessualità non convenzionale ne risultasse tutelata. Eppure, anche dal confronto con le decisioni del Comitato dei diritti dell'uomo, si è delineata la costante tendenza a veicolare la sessualità all'interno di uno spazio giuridico privato da tollerare, non necessariamente conciliabile

⁵⁸⁵ *Dudgeon v. United Kingdom*, n. 7525/76 (European Court of Human Rights, 22 ottobre 1981).

⁵⁸⁶ *Norris v. Ireland*, 10581/83 (ECtHR, 26 ottobre 1988) e *Modinos v. Cyprus*, 1507/89 (ECtHR, 22 aprile 1993).

⁵⁸⁷ *Toonen v. Australia*, CCPR/C/50/D/488/1992 (Human Rights Committee, 4 aprile 1994).

con un concetto autonomo di vita sessuale. Un concetto minimale di sessualità, tutelato solo quando posta a fondamento di violazioni riguardanti i più basilari diritti fondamentali, come quelli all'integrità fisica e psichica. In questa fase, la sessualità è venuta in rilievo quale aspetto dell'identità personale, un elemento assolutamente individuale e privato.

Il 19 settembre 2012, lo Human Rights Office delle Nazioni Unite ha pubblicato una guida⁵⁸⁸ diretta agli Stati, che – sulla scorta della prima risoluzione ONU sul tema dei diritti umani e dell'orientamento sessuale⁵⁸⁹ – individua le “*core legal obligation*” che gli stessi Stati devono rispettare nei confronti delle minoranze sessuali. Dall'analisi condotta nel primo Capitolo, sembra che le stesse possano ritenersi acquisite come vincolanti a livello sovranazionale. La prima di queste cinque *core obligations* è rivolta alla protezione degli individui contro la violenza omofobica e transfobica. In particolare, «hate-motivated violence against LGBT people is typically perpetrated by non-State actors – whether private individuals, organized groups, or extremist organizations. Nevertheless, failure by State authorities to investigate and punish this kind of violence is a breach of States' obligation to protect everyone's right to life, liberty and security of person, as guaranteed by article 3 of the Universal Declaration of Human Rights and articles 6 and 9 of the International Covenant on Civil and Political Rights»⁵⁹⁰.

A questa prima obbligazione, che fa riferimento sia all'ipotesi degli *hate crime* che a quella degli *hate speech*, segue poi quella sull'obbligo di prevenzione dalla tortura e trattamenti degradanti. Segnatamente, si legge che gli «States have an obligation under international law to protect individuals from torture and other cruel, inhuman or degrading treatment. This includes the obligation to prohibit torture and other forms of ill-treatment and to provide redress for such acts. The failure to investigate and bring to justice perpetrators of torture is itself a breach of international human rights law. Furthermore, the use of forced anal examinations contravenes the prohibition against torture and other cruel, inhuman or degrading treatment. These rights are guaranteed by article 5 of the Universal Declaration of Human Rights, article 7 of the International Covenant on Civil and Political Rights and article 2 of the Convention against Torture»⁵⁹¹.

Le obbligazioni, legate alla protezione dell'integrità psicofisica dell'individuo, si chiudono con quella sulla decriminalizzazione dell'attività sessuale tra individui dello stesso sesso. Anche in relazione a questo punto viene specificato che le norme di criminalizzazione dell'omosessualità generano diverse, seppur correlate, violazioni di norme internazionali, in particolare «Such laws

⁵⁸⁸ United Nations Human Rights Office of the High Commissioner, «Born Free and Equal. Sexual Orientation and Gender Identity in International Human Rights Law,» HR/PUB/12/06 (2012).

⁵⁸⁹ Human Rights Council, *Discriminatory laws and practices and acts of violence against individuals based on their sexual orientation and gender identity*, A/HRC/19/41 (Report of the United Nations High Commissioner for Human Rights, 2011).

⁵⁹⁰ Born Free and Equal, *cit.* pag. 14.

⁵⁹¹ *Ibid.* pag. 22.

violate an individual's right to be free from discrimination, which is enshrined in article 2 of the Universal Declaration of Human Rights and core international human rights treaties, as well as the rights to be protected against unreasonable interference with privacy and arbitrary detention, protected by articles 12 and 9 of the Universal Declaration and articles 17 and 9 of the International Covenant on Civil and Political Rights. Furthermore, laws that impose the death penalty for sexual conduct violate the right to life, as guaranteed by article 3 of the Universal Declaration and article 6 of the International Covenant on Civil and Political Rights. Such laws, even if they are never enforced, breach State obligations under international human rights law»⁵⁹².

Queste obbligazioni, il cui riferimento giuridico è – alternativamente o cumulativamente – quello del diritto al rispetto alla vita privata e del divieto di discriminazione, trovano una puntuale corrispondenza nei c.d. Yogyakarta Principles. Tali principi, sviluppati e adottati nel 2006 da un gruppo di esperti, sono dedicati all'applicazione delle norme internazionali di tutela dei diritti umani al tema dell'orientamento sessuale e dell'identità di genere. La prima parte è integralmente dedicata alla tutela della sessualità nel suo aspetto intimistico e identitario: come carattere immutabile individuale che non può giustificare lesioni e interferenze da parte né dello Stato né dei privati.

Eppure, dalle evidenze dei report e degli atti delle agenzie delle Organizzazioni Internazionali e di quelle Non Governative, sembra che nonostante tali norme siano ben consolidate a livello internazionale, spesso non vengano applicate nei confronti delle minoranze sessuali o che, comunque, non appaiono sufficienti in termini di tutela effettiva delle stesse.

Ci si è chiesti quindi se per assicurare l'efficacia di tali norme debba ipotizzarsi una tutela diversa, che magari guardi a questi soggetti come membri di una minoranza in senso tecnico. In questo modo forse, con un più penetrante e stringente regime di tutela, si riuscirebbero a superare le resistenze (di ordine prettamente religioso e culturale) che inducono molti paesi a non garantire un'equa tutela alle minoranze sessuali e si assicurerebbe un margine di operatività maggiore alle Corti Internazionali.

Si pensi ad esempio a quanto affermato nell'opinione dissenziente nel caso *Stati c. Francia* da parte dei giudici della Corte EDU. Non era stato possibile riscontrare una violazione perché lo Stato, nel soddisfare i propri obblighi positivi, aveva rispettato gli standard di tutela previsti. Standard che però erano forgiati su un modello eterosessuale, quando forse – affinché la tutela approntata potesse risultare efficace – sarebbe stato più efficiente adottare uno standard diverso che tenesse conto delle peculiarità del soggetto coinvolto.

⁵⁹² *Ibid.* pag. 28.

La percezione che le norme, strutturate su un ideale di soggetto dalla sessualità monocromatica, possano essere insufficienti – in termini di una tutela effettiva – è stato avvertito soprattutto con riferimento alla disciplina internazionale legata ai flussi migratori.

Quello della protezione internazionale degli appartenenti alle minoranze sessuali è un tema in stato di continua evoluzione, ma che è rimasto a lungo sottostimato. Come evidenziato nel corso del secondo Capitolo, il principale attore di questo progresso di uscita dall'invisibilità è stato l'UNHCR. Attraverso le Linee Guida, infatti, ha avuto il merito di evidenziare quegli aspetti dell'esperienza LGBTI che rendono la comune disciplina della protezione internazionale insufficiente e inadatta per questi soggetti. L'aspetto maggiormente critico riguarda, dal punto di vista dello straniero, la generale difficoltà nel comunicare e dar prova delle ragioni della fuga e, da quello delle autorità, nella incomprendenza derivante sia dall'impreparazione sui temi specifici sia dall'influenza dei pregiudizi.

Le evoluzioni che sono state registrate non possono essere accolte se non positivamente, soprattutto rispetto all'influenza che hanno avuto e stanno avendo sul progresso della disciplina europea di un sistema di asilo comune. Si noti, però, che a differenza del trend evolutivo indicato nel primo Capitolo, su questo tema, vi è stata una consistente azione delle organizzazioni internazionali, cui non ha fatto eco quella delle Corti. Infatti, si è assistito ad una palese resistenza degli organi giurisdizionali nell'accogliere gli impulsi delle OI e delle NGO. È vero che potrebbe trattarsi del fisiologico decorso del tempo, necessario per assimilare l'emersione - anche in questo ambito - dei *sexual rights*, testimoniata dalla decisione con cui la CAT ha rilevato l'illegittimità di un'espulsione ordinata nei confronti di un soggetto che, ritornato nel proprio Paese, avrebbe corso il rischio di subire tortura i trattamenti inumani e degradanti in ragione del proprio orientamento sessuale. Ciononostante potrebbe, invece, essere una resistenza politica. Il timore di causare un incontrollabile afflusso dai Paesi in cui l'integrità psicofisica dell'individuo è messa a rischio a causa della propria sessualità, farebbe da contrappunto all'assenza di norme vincolanti specifiche di origine pattizia o consuetudinaria.

Il problema maggiore rimane comunque quello dell'invisibilità delle problematiche poste dall'identità sessuale dell'individuo e delle refluenze di tale invisibilità sul piano della tutela dei diritti fondamentali. Infatti, nei Paesi in cui vi è un minor grado di discriminazione – derivante da un forte riconoscimento giuridico dei diritti delle minoranze sessuali – la disciplina della protezione internazionale è meglio implementata. Pertanto, sembrano quasi evidenti le ragioni della difficoltà di adeguamento degli organi giurisdizionali internazionali. Maggiore sarà la previsione negli strumenti giuridici internazionali dei diritti delle minoranze sessuali e più velocemente vi sarà un'evoluzione della giurisprudenza e della prassi internazionale nel senso indicato dall'UNHCR.

Intanto, però, le resistenze e le difficoltà della prassi e della giurisprudenza internazionali nell'estendere l'applicazione delle norme sulla protezione ai migranti LGBTI, sembrano spingere nella direzione dell'elaborazione di norme di tutela ad hoc, essendosi rivelato insufficiente quell'approccio rivolto a riconoscere la protezione soltanto quando sia accertata la limitata violazione del divieto di discriminazione. Secondo questa linea interpretativa, la sessualità "deviante" deve essere tutelata in quanto *marker* discriminatorio. Come la razza o la religione essa rappresenterebbe uno degli elementi che possono fungere da base per atteggiamenti discriminatori e, per questo, contrari alla maggior parte degli strumenti a tutela dei diritti fondamentali. L'applicazione delle norme che vietano la discriminazione avviene, allora, per via interpretativa in senso estensivo, così da ricomprendervi l'orientamento sessuale e l'identità di genere anche se non espressamente menzionati.

Questo è uno degli ambiti in cui più di tutti, come si vede, viene applicato lo schema che induce al processo di c.d. *minorization*: attraverso una sorta di implicita analogia della discriminazione sessuale al razzismo, coloro i quali sono espressione di una sessualità non convenzionali sono trattati come appartenenti ad una categoria di individui che, in ragione di una determinata caratteristica innata, meritano una particolare tutela, ulteriore rispetto a quella accordata alla maggioranza eterosessuale.

Non in tutti i casi però tale approccio è risultato predominante, come risulta evidente dalle decisioni giurisprudenziali meno risalenti.

La tutela delle minoranze sessuali nella giurisprudenza delle Corti, sviluppatasi a partire da questioni legate sostanzialmente all'integrità fisica e psichica, si è rapidamente evoluta fino ad assicurare la garanzia dei più svariati diritti. La sessualità, infatti, non si esaurisce con le scelte sessuali operate in privato, giacché queste hanno un necessario riflesso nella sfera pubblica e sulla condotta dell'individuo. La giurisprudenza e la prassi, che avevano ritenuto esaurita la tutela della sessualità non convenzionale attraverso l'estensione del diritto alla *privacy*, hanno dovuto scontrarsi con l'evidenza che la libertà di autodeterminazione sessuale non termina con la scelta, tutta privata, di individuazione della propria identità sessuale e della condotta sessuale che a quest'ultima maggiormente si accordi. Al contrario, ai fini della piena affermazione della propria individualità, alcuni aspetti della sessualità si riflettono nella vita relazionale, non necessariamente di coppia, e in contesti pubblici di tipo partecipativo o lavorativo. L'orientamento sessuale può ad esempio riflettersi nell'agone politico o più in generale nella sfera pubblica quando un individuo lo voglia rendere palese o voglia rivendicare diritti legati alla propria condizione di minoranza.

La varietà e la quantità di decisioni di organi sovranazionali esaminati nel corso terzo Capitolo hanno spinto a ritenere che vi sia accordo sul fatto che la sessualità dell'individuo – al pari

di altre caratteristiche personali – debba essere tutelata anche nelle sue espressioni pubbliche: non si può pretendere che un individuo releghi la propria sessualità al silenzio, alla solitudine, alla non condivisione del proprio *status*, se non a costo di violare i suoi diritti fondamentali.

Proprio la giurisprudenza elaborata a proposito della decriminalizzazione – secondo cui ad un individuo non può richiedersi di dissimulare il proprio orientamento sessuale, giacché una tale restrizione del proprio diritto al rispetto della vita privata sarebbe evidentemente illegittimo – avrebbe condotto a siffatta conclusione. Se ogni soggetto può vivere liberamente ed in modo degno la propria sessualità, è evidente che tale libertà deve potersi spingere fino all'esercizio di ogni espressione pubblica della stessa. Tale esercizio può tradurci nella rivendicazione delle proprie istanze in forma associativa, nella espressione pubblica della propria personalità in forma individuale, così come nel non dover celare il proprio orientamento per accedere ai servizi garantiti dallo Stato.

In altre parole, dall'esercizio della libertà di espressione, di riunione e associazione, al diritto alla salute e all'istruzione, si è affermato il principio secondo cui la sessualità deve poter entrare a far parte del discorso pubblico ed essere tutelata anche quando influenzi la condotta sociale dell'individuo.

È evidente che – così come per ogni altro consociato – all'esercizio di alcuni diritti e libertà possono essere posti dei limiti. In particolare, quelle restrizioni necessarie a garantire il perseguimento di fini e obiettivi funzionali al buon andamento di una democrazia sana. Quindi, ad esempio, la libertà di riunione pacifica sempre condizionata alla eventuale necessità di tutela dell'ordine pubblico. Pur tuttavia, questa come altre vie d'accesso alla restrizione di alcune libertà democratiche non possono essere sfruttate per limitarne il legittimo esercizio in maniera puramente discriminatoria, ossia solo a causa dell'ostilità nei confronti della sessualità non convenzionale.

Se il riconoscimento della sessualità come parte della vita, anche pubblica, dell'individuo appare pacifico, non lo sono la tecnica argomentativa e il fondamento giuridico attraverso i quali si giunge a tale conclusione.

Sicuramente, un punto ormai condiviso e non più in discussione nella giurisprudenza è l'impossibilità di ricondurre il concetto di orientamento sessuale a quello di sesso, inteso come genere. Eppure la giurisprudenza è oscillante quanto all'applicazione o meno dello strumento della c.d. *minorization*. Non sempre, a fronte di una violazione di un diritto fondamentale nei confronti di un esponente delle minoranze sessuali, viene contestata anche la violazione del divieto di discriminazione. Basti pensare alla produzione giurisprudenziale delle Corte EDU che, spesso, ritiene assorbita tale violazione, garantendo il rispetto del singolo diritto sostanziale in quanto tale, come accaduto con l'articolo 8 nel caso di assenza di una disciplina che regolasse le procedure di

riassegnazione chirurgica del sesso. Altre volte, invece, ritiene di dover sottolineare la valenza discriminatoria delle violazioni, come avvenuto per i casi di restrizioni illegittime all'esercizio della libertà di riunione. Altre volte ancora viene contestata solo la violazione del diritto sostanziale, ma nella motivazione si fa espresso ricorso ad argomenti di tutela di una categoria inquadrata come minoranza, come ad esempio accaduto con l'articolo 8 nel caso dell'esclusione dei militari omosessuali dalle forze dell'ordine.

Altrettante incertezze si sono manifestate nell'ultima parte della trattazione dedicata al diritto di famiglia, ovvero l'ambito più problematico – in termini di tutela dei diritti fondamentali – quando assume rilevanza la caratteristica della sessualità non convenzionale. Nonostante le garanzie, di origine pattizia e convenzionale, volte a censurare qualsiasi tipo di interferenza illegittima dello Stato con il diritto al rispetto della vita privata, della vita familiare o, più in generale, della libertà di associazione, la più gran parte degli Stati negano recisamente qualsiasi tipo di diritto o riconoscimento alle coppie dello stesso sesso e discriminano sistematicamente gli individui LGBTI quanto al riconoscimento dei diritti parentali.

La sessualità degli individui assume rilevanza nella disciplina degli Stati del diritto di famiglia sia quando ad essere regolate siano le relazioni interpersonali tra adulti, che nel caso in cui siano coinvolti dei minori. Nel primo caso, il dibattito sulla tutela delle coppie omosessuali si è sviluppato intorno a due questioni fondamentali, quella della discriminazione tra coppie di fatto *same-sex* ed eterosessuali e quella della predisposizione di istituti di riconoscimento giuridico quali le *registered partnership* o l'estensione del diritto di accesso al matrimonio.

Dall'analisi della giurisprudenza e della prassi, è emerso in maniera chiara che alle coppie dello stesso sesso nell'ordinamento internazionale non è riconosciuto il diritto al matrimonio. Infatti, i pochi Stati che hanno esteso l'accesso all'istituto matrimoniale alle coppie dello stesso sesso non hanno ritenuto di doverlo fare in virtù di un obbligo positivo internazionale, quanto piuttosto perché guidati dalla volontà politica interna, di norma al più ispirata ai principi costituzionali. Il Comitato dei Diritti dell'Uomo, pronunciandosi sul tema, non ha lasciato margini di interpretazione nel leggere l'articolo 23 come esclusivamente rivolto alle coppie eterosessuali.

Dalle Corti europee, sebbene vi siano state aperture su altri aspetti, è stato più volte confermato il paradigma eterosessuale che informa l'istituto matrimoniale. In particolare, su questo versante, la CGE sembra essersi spinta oltre tutti gli altri organi giurisdizionali o paragiurisdizionali che, a livello sovranazionale, si sono espressi in materia, assumendo che – a determinate condizioni – non vi sia una differenza qualitativa sostanziale tra il rapporto di una coppia *same-sex* e quello che lega due coniugi. Ma si tratta di una posizione ancora di fatto isolata.

L'unica apertura che, almeno a livello europeo, sembra essere stata pacificamente acquisita riguarda il diritto al matrimonio dei transessuali, quando però la riassegnazione chirurgica del sesso avvenga in senso opposto al sesso del coniuge. A questa condizione, lo Stato non sarebbe legittimato ad impedire il matrimonio o imporne lo scioglimento.

Questo dato impone due considerazioni. La prima è che, evidentemente, il concetto di "genere" e di appartenenza ad un sesso non può più essere interpretato con il riferimento al dato meramente biologico. La giurisprudenza delle Corti europee si è, quindi, adattata – più che alla varietà della compagine sociale – ai risultati del progresso medico-scientifico. La seconda è una valutazione circoscritta alla condizione affinché al transessuale sia riconosciuto il diritto al matrimonio, ovvero che il sesso d'elezione sia opposto a quello del partner; diversamente, infatti, si ricadrebbe in un'ipotesi di matrimonio tra persone dello stesso sesso, il cui riconoscimento non può essere imposto agli Stati.

Ebbene, il dato sociologico è facilmente interpretabile. Non essendovi sostanziali differenze nella non convenzionalità della sessualità dei transessuali e quella degli omosessuali, è chiaro che vi è anche una questione di opportunità politica. Il matrimonio di una persona transessuale, all'esterno, viene percepita come un atto conforme ai ruoli di genere, un'unione che si adatta al modello eterosessuale di contrapposizione tra generi opposti. In effetti, se l'evoluzione interpretativa ha condotto la giurisprudenza ad intendere il concetto di genere slegandolo dal dato biologico, il passo per svincolarlo anche dal concetto di genere dovrebbe essere breve, soprattutto a mente della formulazione dell'articolo 9 della Carta di Nizza e delle interpretazioni alternative – non letterali – delle norme che associano al diritto al matrimonio la differenza di genere.

Che il limite fondamentale all'estensione del diritto al matrimonio alle coppie dello stesso sesso sia sostanzialmente politico, lo dimostra il fatto che anche gli Stati, le cui Costituzioni fissavano la diversità di genere come preconditione del rapporto di coniugio, hanno trovato la via interpretativa per introdurre – compatibilmente ai limiti ordinamentali interni – il matrimonio omosessuale. In Europa, sette Stati membri del COE hanno operato in questo senso: il Belgio, l'Islanda, l'Olanda, la Norvegia, la Svezia, la Spagna e il Portogallo. Ma, ovviamente, si tratta della classica eccezione che conferma la regola, in questo caso quella della non sussistenza di un obbligo internazionale degli Stati di garantire il diritto al matrimonio alle coppie omosessuali⁵⁹³.

⁵⁹³ Altri venticinque Stati membri del COE, «(Albania, Armenia, Azerbaijan, Bosnia and Herzegovina, Bulgaria, Cyprus, Estonia, Georgia, Greece, Italy, Latvia, Lithuania, Malta, Moldova, Monaco, Montenegro, Poland, Romania, the Russian Federation, San Marino, Serbia, Slovakia, "the former Yugoslav Republic of Macedonia", Turkey and Ukraine) do not legally recognise same- sex couples through marriage, partnership registration or cohabitation rights.» Council of Europe, *Discrimination on grounds of sexual orientation and gender identity in Europe*, 2nd Edition (Strasbourg: Council of Europe Publishing, 2011) pag. 91.

Più diffusa invece la prassi – inaugurata nel 1989 dalla Danimarca⁵⁹⁴ – di concedere il riconoscimento giuridico di forme alternative *partnership* registrate e unioni civili che, anche se non completamente equivalenti al matrimonio, vengono introdotte nel tentativo di porre le coppie *same-sex* nelle medesime condizioni delle coppie eterosessuali con riguardo a molti dei doveri e dei benefici del rapporto di coniugio. Comunemente, però, questo tipo di istituti non prevedono che alle minoranze sessuali siano riconosciuti importanti diritti come i c.d. *social security rights*, benefici fiscali e diritti parentali.

La circostanza che si crei un sistema di riconoscimento separato, peraltro spesso non equivalente a quello previsto per le coppie eterosessuali, viene da molti interpretata come una forma di negazione dell'uguale dignità e valore delle relazioni omosessuali rispetto a quelle eterosessuali. La conseguenza diretta sarebbe il rafforzarsi dello stigma sociale nei confronti delle minoranze sessuali⁵⁹⁵.

Eppure, nonostante il Parlamento europeo⁵⁹⁶ e il Comitato dei Ministri del COE⁵⁹⁷ abbiano rivolto agli Stati l'invito a considerare l'introduzione di forme di riconoscimento delle coppie di omosessuali, dall'esame della giurisprudenza e della prassi internazionale non sembra emergere, neanche in questo caso, un obbligo positivo discendente dal diritto internazionale.

Ciononostante, almeno all'interno del sistema del COE, si sono affermati alcuni principi su cui la Corte non è più tornata indietro e che, adesso, potrebbero rappresentare il punto di riferimento non solo per il raggiungimento tra gli Stati membri di omogenei standard di tutela delle minoranze sessuali, ma anche come punti di partenza per successive evoluzioni. È ormai pacifico che, nonostante gli Stati non siano obbligati ad approntare forme di riconoscimento giuridico per le coppie di fatto omosessuali, quando decidano di disciplinarle non possono immotivatamente

⁵⁹⁴ «The earliest, and among the most egalitarian, is Denmark's Registered Partnership Act of 1989. Since that watershed, over a dozen states in Western Europe have adopted various forms of civil unions or domestic partnerships for same-sex couples. Most recently, in December 2007, the Hungarian Parliament created a registered partnership for either same-sex or different-sex couples. This partnership grants all of the rights of married couples except parental rights and the right to take the same surname. Other countries are considering adopting civil unions or registered partnerships as well» cfr. M.H. Pedersen, «Denmark. Homosexual Marriages and New Rules Regarding Separation and Divorce,» *J. FAM. L.* 30 (1992): 289 e C. Forder, «European Models of Domestic Partnership Laws: The Field of Choice,» *CAN. J. FAM. L.*, n. 17 (2000): 371.

⁵⁹⁵ «LGBT families can face unique challenges when their partnerships are not recognised. Institutions usually assume a different-sex couple or a mother and a father when devising services, benefits and procedures. LGBT families may suffer from stigma in society. Research also identified that lack of legal recognition may lead them to receive inferior tax, employment and insurance benefits, public housing allocations and non-recognition as a second parent from day-care or education services. In cases of serious illness, it is possible too that life partners are unable to get recognition as next of kin and so are excluded from their partner's bedside and hospital decisions about their care. At a day-to-day level, LGBT families may have a poor experience of services – such as schools, day-care centres and health services – that are designed with heterosexual families in mind. This was the experience of 19% of LGBT respondents to a survey in Finland. In response to similar complaints in Sweden, the then Ombudsman for Sexual Orientation Discrimination initiated a revision of all municipal application forms for social security and child-care to remove their heterosexual bias» Council of Europe, *op. cit.* pag. 95.

⁵⁹⁶ Si veda a questo proposito la Direttiva diretta a risolvere il problema della libertà di movimento dei cittadini dell'Unione derivante dalla disomogeneità tra le legislazioni tra i paesi membri, European Parliament and European Council, «on the right of citizens of the Union and their family members to move and reside freely within the territory of the Member States amending Regulation (EEC) No 1612/68 and repealing Directives 64/221/EEC, 68/360/EEC, 72/194/EEC, 73/148/EEC, 75/34/EEC, 75/35/EEC, 90/364/EEC, 90/365/EEC and 93/96/EEC,» Directive 2004/58/EC (29 aprile 2004).

⁵⁹⁷ «Where national legislation does not recognise nor confer rights or obligations on registered same-sex partnerships and unmarried couples, member states are invited to consider the possibility of providing, without discrimination of any kind, including against different sex couples, same-sex couples with legal or other means to address the practical problems related to the social reality in which they live.» in The Committee of Ministers of Council of Europe, «Recommendation to member states on measures to combat discrimination on grounds of sexual orientation or gender identity,» CM/Rec(2010)5 (31 marzo 2010) par. 25.

predisporre un regime arbitrariamente meno favorevole rispetto a quello delle coppie di fatto eterosessuali. Si è, infatti, giunti ad affermare come non vi sia una differenza sostanziale tra una coppia omosessuale e una eterosessuale in termini di qualità del rapporto, ovvero entrambe rientrano a pieno titolo nell'ambito di applicazione soggettiva della nozione di "vita familiare". Di conseguenza, un'eventuale disparità nel regime giuridico cui sono assoggettate, acchè non sia illegittima, deve essere assolutamente necessaria al fine di tutelare un *pressing social need*. Dalla decisione *Shalk*, peraltro, è possibile anche derivare un obbligo di riconoscimento giuridico delle coppie di fatto *same-sex*, per così dire, "condizionato". Qualora uno Stato decida di disciplinare le coppie di fatto eterosessuali, non essendovi sostanziali differenze, non potrà arbitrariamente decidere di escludere le coppie di fatto omosessuali da tale strumento di riconoscimento.

Nonostante non vi siano riscontri quanto all'applicazione sistematica dei suddetti principi da parte di altri organismi internazionali, è certo che almeno all'interno del sistema del COE – e in termini estensivi anche dell'UE – non si possa tornare indietro.

Molti passi restano, invece, da fare sul punto dei diritti parentali. La maggior parte dei Paesi operano discriminazioni dirette nel godimento di tali diritti (e relativi doveri) nei confronti delle minoranze sessuali. Il problema dell'adozione o dell'inseminazione artificiale rimangono argomenti sensibili anche per gli Stati più liberali. Alla "vita familiare" riconosciuta – almeno in sede COE – alle coppie *same-sex* non corrisponde nè il diritto a fondare una famiglia, nè eventualmente a mantenerla. L'emergere di una sessualità non convenzionale, salvo le poche eccezioni di cui si parlato, fa venir meno qualsiasi tipo di legame familiare con un minore, anche indipendentemente dal dato biologico.

Salvo per la felice pronuncia della Corte Interamericana nel caso *Atala*, che sembra affermare il dovere degli Stati di prescindere dal modello familiare eterosessuale nella regolamentazione dei rapporti familiari, neanche la giurisprudenza della Corte EDU può dirsi particolarmente attenta alla promozione dei diritti parentali delle minoranze sessuali.

In effetti, le pronunce che hanno riguardato l'argomento sono sufficientemente ondivaghe e non permettono di individuare la sussistenza di obblighi positivi, in capo agli Stati membri, di tutela e promozione di nuclei "alternativi di famiglia". Vi è, da un certo punto di vista, una tutela negativa. Nel senso che, non nella fase costruttiva di fondazione, ma in quella di eventuale scioglimento del nucleo familiari, gli Stati dovrebbero tutelare i legami biologici preesistenti senza discriminare ingiustificatamente sulla base dell'orientamento sessuale e dell'identità di genere. In questi termini si è espressa la Corte nel caso *Salgueiro*, ma neanche in questo caso si può parlare di un orientamento consolidato, soprattutto in considerazione della più recente sentenza che ha ritenuto

legittimo il disconoscimento del diritto di visita al padre che abbia deciso di procedere con la riassegnazione chirurgica del sesso.

Dall'analisi della complessiva giurisprudenza della Corte EDU, l'unica che si è più volte espressa sulla rilevanza della sessualità rispetto ai legami familiari, appare evidente l'ampio divario tra l'intervenuta legittimazione "privata" degli atti sessuali, il riconoscimento di un riflesso di questo carattere privato nella condotta pubblica e una mancata risposta alla "pubblica" richiesta di stabilire delle relazioni e delle famiglie. La Corte e la Commissione hanno ritenuto di poter intervenire restringendo il margine di apprezzamento degli Stati con riferimento alle interferenze nelle attività sessuali prettamente private. Al contrario, quando il tema si sposta sulla vita familiare e su un'eventuale azione positiva dello Stato, quello stesso margine si restringe drasticamente.

In conclusione, la famiglia rimane e si disvela come l'ultimo baluardo dei ruoli di genere e della perpetuazione di specifici modelli di potere. Gli Stati difficilmente rinunceranno a mantenere la propria sovranità, escludendo l'interferenza sovranazionale, in tema di diritto di famiglia, poiché attraverso la regolamentazione di quest'istituto avocano a sé il principale strumento per incidere sulla struttura della società sottoposta alla propria giurisdizione. «Rawls sees 'the monogamous family [as a] major social institution',⁸⁸ the space for moral development. This family is a biological one, where the man or head of the household is concerned with the 'continuation of his line'. The family works then as a channel of reproduction and transmission of moral values from the 'private' to the 'public' space where, ultimately, the principles of Rawls' 'well-ordered' society are shaped by all the members of society»⁵⁹⁸.

Eppure, vi è un importantissimo dato da segnalare. In queste decisioni più recenti, il tema della sessualità si dipana in argomentazioni di tutela autonome, dove il diritto ad una scelta libera circa i propri rapporti sessuali, e in ogni caso all'attuazione concreta ed effettiva delle proprie preferenze sessuali, si attegga ad aspetto fondamentale della dignità dell'essere umano e perno su cui si evolve il pieno sviluppo della personalità. In questo senso, in controtendenza con altre decisioni, l'evoluzione nell'interpretazione dei diritti legati alle minoranze sessuali genera il dubbio che stia iniziando una fase di "*deminoritization*" e "*universalization*" dei diritti sessuali individuali. Con i termini "sessualità" e "*sexual rights*" si individuerrebbe, allora, uno spazio giuridico di autodeterminazione e sviluppo sessuale e relazionale a base volontaria, più che di appartenenza ad una categoria⁵⁹⁹.

⁵⁹⁸ M. Grigolo, «Sexualities and the ECHR: Introducing the Universal Sexual Legal Subject,» *European Journal of International Law* 14, n. 5 (2003): 1023-1044. p. 1041.

⁵⁹⁹ All'interno di questo spazio giuridico di diritti sessuali fondamentali sarebbero garantite due scelte fondamentali: la prima, legata al diritto di poter effettuare liberamente le scelte circa la propria attività sessuale, nonché identità; la seconda, legata al diritto di stabilire relazioni interpersonali e nuclei familiari che si accordino al comportamento e all'identità sessuale di elezione. L'attribuzione e il godimento di determinati diritti, allora, dovrebbero avvenire in virtù del rispetto delle proprie scelte e non in funzione dell'appartenenza ad una determinata categoria o gruppo sociale

Si può in concreto affermare, con incosuetà sicurezza vista la evanescenza del tema, che la dimensione sessuale dell'individuo sembra essere diventata oggetto anche dell'ordinamento internazionale in tutti i suoi aspetti caratterizzanti, ovvero come segno identitario, come caratteristica della condotta e come attributo delle relazioni interpersonali. Ciò che invece non sembra ancora essere pacifico è la dimensione assunta dalla sessualità, ovvero il suo rilievo come oggetto di tutela da parte delle norme internazionali a tutela dei diritti fondamentali.

Non sembra, infatti, che si sia affermata sopra le altre una teoria unitaria della tutela della sessualità, essendosi alternate in maniera più o meno equivalente quella della *minorization* e quella della *universalization*. Entrambe suscettibili, peraltro, di stringenti criticità.

Quanto alla prima teoria, immaginare che la sessualità valga solo come elemento identitario da tutelare con riguardo alle c.d. impropriamente minoranze sessuali e, quindi, subordinandone la tutela alla violazione del divieto di discriminazione non assicura la tutela della sfera sessuale in quanto tale. Per essere più chiari, in linea del tutto teorica, potrebbe verificarsi che una interferenza nella sfera sessuale di un eterosessuale, anche una imposizione di politica criminale, non possa essere valutata come illegittima *ex se*, giacché non espressione di una volontà puramente discriminatoria. Inoltre, «the identical reasoning would preclude a claim by homosexuals of discrimination where the laws at issue penalized oral or anal penetration in homosexual or heterosexual intercourse equally (as they did under the U.S. state legislation in *Bowers v. Hardwick*), unless one adheres to the position that heterosexuals do not have the same right as homosexuals to explore their sexuality»⁶⁰⁰.

A ciò si aggiunga che, anche se la categorizzazione “LGBTI” non è per nulla artificiale, la caratterizzazione di omosessuali, transessuali ed eterosessuali differisce sensibilmente dalle altre tipicità identitarie che possono validamente costituire la base per un atteggiamento discriminatorio, come la razza o il genere. Queste ultime infatti non sono caratteristiche determinate dalla condotta, ma – salvo certe rare eccezioni – da tratti esteriormente percepibili. La sessualità non convenzionale, invece, è determinata esclusivamente da una condotta personale intima (anche se con riflessi nella sfera pubblica). In questo senso, sembra sostanzialmente e teoricamente impraticabile determinare un gruppo ben definito sulla base di una presumibile, non necessariamente permanente, condotta personale. Basti pensare che molti uomini e donne consumano rapporti omosessuali senza per ciò definirsi come tali o assumendo una tale condotta in maniera continuativa. Rinchiudere le molteplici varietà delle possibili condotte sessuali dell'individuo in due o tre ben definite categorie, non sarebbe utile a definire la legittimità o meno

minoritario – strutturato, peraltro, in modo tale da corrispondere alla morale dominante – sulla base di quella che viene comunemente definita “riproduzione istituzionale delle disegualanze”.

⁶⁰⁰

A.X. Fellmeth, «State Regulation of Sexuality in International Human Rights Law and Theory,» *Wm. & Mary L. Rev.* 50 (2008): 797-936 p. 900.

di un intervento statale di disciplina della sessualità.

Questo non significa, del resto, che la *minority group analysis* non sia un approccio utile per capire come le norme di diritto internazionale a tutela dei diritti fondamentali si atteggiino nei confronti della sessualità, nonostante la rilevanza delle minoranze sessuali come un “gruppo” o una “classe” rimanga un punto critico.

Come la stessa Corte EDU ha spesso fatto presente, il diritto al rispetto della vita privata non esaurisce la rilevanza della sessualità con riferimento ai diritti fondamentali delle minoranze sessuali. Il divieto di discriminazione, con riguardo alle condotte volte a limitare alle minoranze sessuali l’accesso alle risorse o alle attività necessarie per il pieno sviluppo dell’identità umana, deve necessariamente far parte del “test di proporzionalità”. Infatti, l’applicazione del divieto di discriminazione, laddove propriamente applicato, ha il vantaggio di poter valutare anche le discriminazioni indirette e dipendenti dal contesto sociale complessivamente considerato. «If homosexuals are truly a separate “class”, then to argue that it is nondiscriminatory to prohibit both heterosexuals and homosexuals from engaging in oral or anal intercourse is akin to claiming that a law prohibiting both the rich and the poor from sleeping under bridges, begging in the streets, and stealing food is evenhanded, or that an insurance policy exempting from coverage diseases to which only women are susceptible is non discriminatory on the ground that both men and women can be free from the disease Such arguments ignore the diversity of contexts in which different groups of persons live. Class membership may have meaning in human rights analysis not because the minority class is entitled to rights different from the majority’s, but because the rights lose their meaning when taken out of context»⁶⁰¹.

Eppure, non possono ignorarsi i sopra indicati limiti di tale teoria, che pertanto non sembra poter costituire la chiave di volta di una teoria della *state regulation of sexuality*. Ragionando *de jure condendo*, vi è da notare che la *minorization*, potrebbe non essere la strada per la reale integrazione. Se da un lato, vi sarebbe indubbiamente una maggiore protezione della categoria, con tutte le difficoltà di individuazione della stessa, dall’altro potrebbe rigenerarsi e diffondersi ulteriormente la cultura della diversità.

Nel solco di questa critica si colloca la tesi di chi ritiene che le norme *ad hoc* non abbiano altro effetto se non quello di marcare ulteriormente la disegregianza giuridica e, quindi, sociale. Proprio con riferimento al diritto di famiglia, si è rilevato che: «along the Article 12/Article 8 distinction, a number of dichotomies are positioned: heterosexuality/homosexuality, love/sex, legitimate/illegitimate, public/private and, ultimately, good/bad. Equality requires non-heterosexuals to move from the negative to the positive pole of the dichotomy: ‘the’ family and its

⁶⁰¹ *Ibidem*, p. 915.

structural features in terms of a cohabiting monogamous couple eventually procreating»⁶⁰².

In questo senso, fin quando l'accesso al matrimonio costituirà un autonomo diritto, la sua estensione dovrà essere pretesa pretesa, perchè «when any minority allows itself to be denied a right that is given to others, it is allowing itself to be relegated to a second-rate position»⁶⁰³. La soluzione, nel caso di specie, sarebbe eliminare il diritto al matrimonio e universalizzare la tutela della sfera sessuale attraverso il diritto al rispetto della vita privata e familiare. In questo modo, vi sarebbe una tutela completa e compiuta della sessualità, sicchè: «article 8 should thus become the space within which the right to choose sexual activity and sexual identity and the right to establish relationships and families in accordance with this choice find a theoretically coherent and unified treatment. Sexuality is indeed one of those spheres that Feldman refers to as the fields within which the individual exercises 'autonomy', which 'is tied to dignity' and demands respect and recognition for his/her own standards of life»⁶⁰⁴.

Sarebbero proprio la *autonomy* e la *dignity*, che informano i principali atti di tutela dei diritti umani, a costituire il presupposto della seconda teoria interpretativa della sessualità nell'ordinamento internazionale, ossia quella legata al principio di offensività. La sfera sessuale dell'individuo dovrebbe godere di una propria tutela, che verrebbe fornita sostanzialmente dalle norme sulla tutela della vita privata e familiare, indipendentemente dalla necessità di far valere il principio di discriminazione.

Se il termine "autonomia" è neutro e denota una condizione fondamentale di libertà da interferenze statali, il termine dignità è condizionato dai valori di una società data. L'interesse statale alla preservazione della dignità umana (comunque concepita) può superare il valore dell'autonomia, quando la stessa comprometta la dignità propria o di altri.

Le circostanze in cui una concezione statale della dignità può prevalere sull'autonomia degli individui è alla base di gran parte del dibattito sui limiti delle interferenze statali con la sessualità, visto che i principali trattati sui diritti umani permettono tali intrusioni quando sia dimostrato un interesse statale legittimo. La domanda, quindi, è: quando l'interferenza statale con una condotta privata e consensuale può essere giustificata alla luce del diritto internazionale dei diritti umani, nella sua forma più liberale rifiuta tutte le forme di regolamentazione statale non necessarie a prevenire danni concreti e identificabili?

Un indicatore rilevante dell'influenza del principio di offensività nella giurisprudenza delle Corti internazionali è la tendenza a inquadrare questioni inerenti la liceità di legislazioni

⁶⁰² Grigolo, *op. cit.*, p. 1041.

⁶⁰³ Dichiarazione di un attivista gay.

⁶⁰⁴ Grigolo, *op. cit.*, p. 1042.

discriminanti verso minoranze sessuali nei soli casi in cui tale legislazione è “legittima” o “necessaria”.

Il limite fondamentale di questa teoria è che diversi organi, sulla base delle norme internazionali di riferimento, hanno ritenuto la protezione della morale pubblica come obiettivo legittimo, la cui tutela possa giustificare la restrizione dell'autonomia privata. In altri termini, la violazione della morale pubblica (così come per certi verso dell'ordine pubblico) può costituire quel tipo di danno che renda la condotta o la preferenza sessuale privata “offensiva”. È questa la principale argomentazione che apre la porta in favore della discriminazione contro forme di sessualità non convenzionale innocua. I molti riferimenti giurisprudenziali a qualche forma di “principio del danno” non possono essere, in ogni caso, interpretati a favore della riconoscibilità di un *consensus* internazionale sulle modalità di risoluzione dei conflitti tra diritto al rispetto della vita privata e interferenze statali.

Eppure, la teoria in base alla quale gli Stati sarebbero intitolati a regolamentare condotte innocue e intime senza alcun beneficio pubblico percepibile non è mai stata abbandonata. La teoria di creazione di solidarietà sociale attraverso la stigmatizzazione di pratiche rifiutate dalla collettività ha trovato molti difensori appassionati, anche perché può essere usata per giustificare regolamentazioni di origine puramente morale, sfruttando la categoria del bene pubblico. Un appello utilitarista ai valori della coesione sociale attraverso una condanna condivisa della differenza. Anche Hart ha osservato che l'accettazione di una moralità condivisa sia una componente necessaria della coesione sociale, cui consegue evidentemente la possibilità per una maggioranza temporanea di circoscrivere la libertà del singolo nel nome della promozione di una moralità condivisa in un dato momento storico.

Si noti, inoltre, che il rifiuto sociale verso forme non convenzionali di intimità e sessualità, manifestate qua e là nelle leggi di quasi tutti gli Stati, trae origine innanzitutto dalla condanna di tali pratiche da parte della religione ufficiale. Questo limite fondamentale della teoria utilitaristica dell'offensività può però essere superato, giacché è lo stesso sistema normativo internazionale aporre dei limiti, in termini di abuso del diritto, alla propria degenerazione. La disciplina internazionale di tutela dei diritti umani non può al lungo sopravvivere se subordinata alla religione, alle tradizioni o alla morale sociale dei vari Stati. Imploderebbe per una sorta di violazione del principio interno di non contraddizione e, ciò, per due ordini di ragioni. In primo luogo, «if human rights may always be derogated based on majority religious beliefs, they can never be meaningfully international. (...) If human rights are universal rights, they must remain impervious to derogation based on moral objections not founded on a demonstrable connection to tangible social or individual

harms or societal benefits»⁶⁰⁵. In secondo luogo, «whenever a religious majority imposes its moral values on a minority by prescription without a showing of harm, there is an inexorable risk of offending each dissenting individual's right to freedom of conscience and religion, both of which are fundamental components of international human rights law»⁶⁰⁶.

Una teoria laica dei diritti umani, al contrario di una teoria religiosa, deve giustificare le limitazioni sulla libertà individuale in riferimento ad un danno dimostrabile o giustificando il sacrificio alla luce di un vantaggio manifesto per la società.

Eppure, nonostante ciò, tutti gli Stati – anche quelli a vocazione maggiormente egualitaria – non rinunciano ad imporre una qualche forma di disciplina della sessualità, che rimane, in definitiva, la più diffusa ed efficace tecnica di controllo sociale. Sarebbe, del resto, parziale non rilevare che, a fronte delle evoluzioni di cui si è dato atto nel corso della trattazione, si stagliano fortissime opposizioni da parte di molti Stati, musulmani e non, le cui legislazioni nazionali rimangono fortemente discriminatorie, se non addirittura persecutorie nei confronti di tali minoranze.

Nel gennaio del 2004, l'Uzbekistan ha applicato le norme di proibizione della sodomia, risalenti al periodo sovietico, per arrestare degli attivisti per i diritti LGBT, sottoposti in seguito ad estremi abusi, che si spingevano fino allo stupro con una bottiglia. Allo stesso modo, le ex colonie britanniche, come l'India, le Maldive e il Myanmar, mantengono traccia della colonizzazione nella sanzione delle condotte omosessuali; in Giamaica, ad esempio, la sodomia è punita con la pena detentiva fino a dieci anni. Quanto al continente africano, nel 2005 le autorità camerunensi hanno costretto degli uomini gay a sottoporsi ad esami clinici per accertare che avessero intrattenuto rapporti omosessuali; mentre, in Sudan, la sanzione penale imposta per la sodomia è la pena di morte. Nel 2001, a seguito della notizia che in Egitto e in Iran le autorità avevano sottoposto a tortura omosessuali individuati tramite internet, lo *Special Rapporteur* sulla Tortura – espressamente chiamato a stendere un rapporto sui trattamenti cui sono sottoposti gli appartenenti alle minoranze sessuali sotto custodia delle autorità – ha affermato: «sexual minorities are disproportionately subjected to torture and other forms of ill-treatment because they fail to conform to socially constructed gender expectations». Nel 2005, la polizia in Arabia Saudita ha arrestato e frustato un centinaio di uomini per aver ballato ed essersi comportati come donne.

Questa forte crisi tra livello di tutela e promozione della sessualità, raggiunto da certe Corti, e la persistente negazione dei diritti fondamentali nei confronti delle minoranze sessuali si riflette, da un lato, nel numero limitato di problemi affrontati dalle Corti e, dall'altro, nella disomogeneità

⁶⁰⁵ Fellmeth, *op. cit.* p. 918.

⁶⁰⁶ *Ibidem*, p.919.

geografica della rilevanza giurisdizionale dei suddetti diritti, concentrati più che altro in Europa e in alcuni Stati quali il Sud Africa, il Canada e gli Stati Uniti.

Inferire acriticamente dall'emergere della valenza giuridica autonoma della tutela della sfera sessuale individuale, nella prassi e nella giurisprudenza internazionale, l'esistenza di un complesso di standard di tutela imperativi che siano accettati a livello universale, politico e sostanziale, sarebbe scorretto. Significherebbe ignorare una prassi altrettanto rilevante, rispetto a quella inizialmente descritta, nella prospettiva della formazione progressiva del diritto internazionale.

Benché la confluenza delle azioni di più Stati possa rappresentare una prova influente dello sviluppo di una norma internazionale consuetudinaria, *l'opinio iuris sive necessitas* evidenzia l'urgenza di una regola matura accettata come vincolante sul banco della comunità internazionale prima che si possa tranquillamente concludere che i diritti umani al rispetto della vita privata, di quella familiare e la libertà da discriminazioni arbitrarie siano stati riconosciuti applicandoli alle minoranze sessuali e alle sessualità non convenzionali nella stessa misura in cui sono stati applicati ad eterosessuali e rapporti sessuali tra eterosessuali. In questo senso, non solo pochissimi Stati hanno sostanzialmente riconosciuto i diritti delle minoranze sessuali, ma quelli che lo hanno fatto – spesso – sono stati indotti in virtù di una spinta “domestica”. È chiaro che, eccetto alcune parti dell'Europa e qualche altro Stato isolato, la tendenza al riconoscimento dei diritti delle *sexual minorities* rimane un obiettivo ambizioso per il diritto internazionale.

Purtuttavia, conclusivamente, non può non registrarsi un evento particolarmente significativo. Il 17 giugno 2011, il Consiglio dei diritti dell'uomo delle Nazioni Unite ha approvato una storica Risoluzione su “*Human rights, sexual orientation and gender identity*”. Tale documento, unico nel suo genere, costituisce la prima risoluzione espressamente diretta a censurare le violazioni dei diritti fondamentali operate in ragione dell'orientamento sessuale o dell'identità di genere. L'adozione di questo testo – in seno ad uno dei più importanti organismi nel campo della protezione dei diritti fondamentali – sancisce, comunque, l'indiscussa centralità del tema rispetto all'evoluzione del diritto internazionale dei diritti dell'uomo e giustifica la scelta di continuare ad approfondire il tema nelle sue plurime sfaccettature.

BIGLIOGRAFIA

- A. S. v. Sweden*. 149/1999 (CAT, 15 febbraio 2001).
- A. v. United Kingdom*. n. 499/85 (ECtHR, 16 luglio 1989).
- A.A. and Others v. Norway*. 22174/93 (21 ottobre 1993).
- A.D.T. v. United Kingdom*. 35765/97 (ECtHR, 31 luglio 2000).
- A.W. Khan v. United Kingdom*. 47486/06 (ECtHR, 12 gennaio 2010).
- Abdulaziz, Cabales and Balkandali v. the United Kingdom*. 15/1983/71/107-109 (ECtHR Plenary, 24 aprile 1985).
- Agency, UK Border. «Operational Guidance Note - Ghana.» 2011.
- Aggleton, P. *HIV and AIDS- related stigmatization, discrimination and denial: research studies from Uganda and India*. Ginevra: UNAIDS, 2000.
- Ahmed v. Austria*. 71/1995/577/663 (ECtHR, 17 dicembre 1996).
- Aleksandr Zhdanov and Rainbow House v. Russia*. n. 12200/08 (ECtHR).
- Alekseyev c. Russia*. n. 4916/07; 25924/08; 14599/09 (ECtHR, 21 ottobre 2010).
- Al-Moayad v. Germany*. 35865/03 Admissibility Decision (ECtHR, 20 febbraio 2007).
- Altschiller, D. *Hate Crimes: A Reference Handbook*. Santa Barbara, California: ABC-CLIO, 2005.
- Amnesty International v. Zambia*. 212/98 (ACommHPR, maggio 1991).
- Anker, D. «Boundaries in the Field of Human Rights: Refugee Law, Gender and the Human Rights Paradigm.» *Harvard Human Rights Journal*, n. 15 (2002): 133.
- Appellant S395/2002 v. Minister for Immigration and Multicultural Affairs*. [2003] HCA 71 (Australia High Court, 9 dicembre 2003).
- Assembly, General. «Report of the Special Rapporteur on violence against women, its causes and consequences, Yakin Ertürk.» A/HRC/4/34/Add.3, 6 gennaio 2007.
- Assembly, U.N. General. «Extrajudicial, summary or arbitrary executions, Interim report of the Special Rapporteur Ashma Jahagir.» U.N. Doc. A/57/138, 2002.
- Assembly, U.N. General. «Torture and other cruel and inhuman or degrading treatment or punishment: Note by the Secretary-General.» U.N. Doc. A/59/324, 2004.
- Assembly, UN General. «In-depth study on all forms of violence against women : report of the Secretary-General.» A/61/122/Add.1, 6 luglio 2006.
- Assembly, UN General. «Report of the Special Rapporteur on the question of torture and other cruel and inhuman or degrading treatment or punishment.» UN Doc. A/56/156, 3 luglio 2001.
- Assembly, UN General. «Report of the United Nations Special Rapporteur on the right to education.» UN Doc. A/65/162, 23 luglio 2010.

Association, Commonwealth Lawyers. «Resolution on Decriminalisation of Sexual Orientation.»

Atala Riffo and Daughters v. Chile. case 12.502 (Inter-American Court of Human Rights, 24 febbraio 2012).

Australia, Refugee Review Tribunal of. «RRT RESEARCH RESPONSE: Ghana – Police Service – Homosexuals – Effective protection.» GHA32625, 2007.

B. v. France. n. 13343/87 (ECtHR, 25 marzo 1992).

B. v. United Kingdom. n. 9237/81 (European Commission on Human Rights, 12 ottobre 1983).

B.B. v. the United Kingdom. 53760/00 (ECtHR, 10 febbraio 2004).

B.S.S. v. Canada. 183/2001 (CAT, 17 maggio 2004).

Baczkowski e altri c. Polonia. n. 1543/06 (ECtHR, 24 settembre 2007).

Bader and Kanbor v. Sweden. 13284/04 (ECtHR, 8 novembre 2005).

Bahaddar v. the Netherlands. 25894/94 (ECtHR, 19 febbraio 1998).

Baraldi, M. Bonini. *La famiglia de-genere: matrimonio, omosessualità e Costituzione*. Milano: Mimesis Edizioni, 2010.

Baraldi, M. Bonini. «La pensione di reversibilità al convivente dello stesso sesso: prima applicazione della Direttiva 2000/78/CE in materia di discriminazione basata sull'orientamento sessuale.» *Fam. dir.*, 2008: 660 e ss.

Barbagli, M., e A. Colombo. *Omosessuali moderni. Gay e lesbiche in Italia*. Il Mulino, 2007.

Beasley, D.Q. Thomas & M.E. «Domestic Violence as Human Rights Issue.» *Human Rights Quarterly* 15, n. 36 (1993).

Beck, Copp and Bazeley v. United Kingdom. n. 48535/99; 48536/99; 48537/99 (ECtHR, 22 gennaio 2003).

Bensaid v. United Kingdom. 44599/98 (ECtHR, 6 febbraio 2001).

Berrehab v. The Netherlands. 10730/84 (European Commission of Human Rights, 21 giugno 1988).

Boffolo case. UNRIAA, vol. X (Italian-Venezuelan Mixed Claims Commission, 1903).

Boitteloup v. France. n. 12545/86 (ECtHR, 12 dicembre 1988).

Bonafè, B.I. «La nozione di persecuzione nel diritto dell'Unione europea in materia di rifugiati e la responsabilità internazionale dello Stato.» In *La tutela dei diritti umani in Europa*, a cura di A. Caliguri, G. Cataldi e N. Napoletano. Padova: CEDAM, 2010.

Bouchelkia v. France. 112/1995/618/708 (ECtHR, 29 gennaio 1997).

Boughanemi v. France. 16/1995/522/608 (ECtHR, 24 aprile 1996).

Bourdieu, P. *Il dominio maschile*. Milano: Feltrinelli, 2009.

Burden and Another v United Kingdom. 13378/05 (ECtHR GC, 29 aprile 2008).

C. and L. M. v. United Kingdom . 14753/89 (European Commission of Human Rights, 9 ottobre 1989).

C. T. and K. M. v. Sweden. 279/2005 (CAT, 22 gennaio 2007).

C. v Australia. 900/1999 (Human Rights Committee, 13 novembre 2002).

C. v. Belgium. 21794/93 (ECtHR, 7 agosto 1996).

Calhoun, C. «Making Up Emotional People. The Case of Romantic Love.» In *The Passions of Law*, di S. Bandes, 218. New York: New York University Press, 1999.

Canada, Immigration and Refugee Board of. «Ghana: Treatment of homosexuals by society and authorities and availability of state protection; names and activities of groups or associations promoting homosexual rights.» GHA101616.E, 2006.

CCPR. «General Comment No. 31, Nature of the General Legal Obligations Imposed on State Parties to the Covenant.» UN Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, 2004.

Chahal v. the United Kingdom. 22414/93 (ECtHR, 15 novembre 1996).

Charlesworth, H., C. Chinkin, e S. Wright. «Feminist Approaches to International Law.» *American Journal of International Law* 85 (1991): 613-645.

Chelvan, S. «Put Your Hands Up (If You Feel Love).» *Immigration, Asylum and Nationality Law* 25, n. 1 (2011).

Child, Committee on the Rights of the. «Concluding Observation of the Committee on the Rights of the Child on Slovakia.» UN Doc. CRC/C/SVK/CO/2, 10 luglio 2007.

Choi, V. «Living Discreetly: A Catch 22 In Refugee Status Determinations On The Basis Of Sexual Orientation.» *Brooklyn Journal of International Law* 36 (2010): 450-489.

CHR. «Extrajudicial, summary or arbitrary executions, Report of the Special Rapporteur, Ashma Jahangir.» U.N. Doc. E/CN.4/2000/3, 2000.

CHR. «Resolution on the death penalty.» U.N. Doc. E/CN.4/RES/2005/59, 2005.

Christian Democratic People Party v. Moldova. n. 28793/02 (ECtHR, 14 febbraio 2006).

Christine Goodwin v. United Kingdom. n. 28957/95 (ECtHR, 11 settembre 2002).

Ciliz v. The Netherlands. 29192/95 (ECtHR, 11 luglio 2000).

Clapham, A. *Human Rights in the Private Sphere*. Oxford: Clarendon Press, 1998.

Clayton, G. *Textbook on Immigration and Asylum Law*. Oxford: Oxford University Press, 2010.

Collier, R. «Straight Families, Queer Lives? Homosexual(izing) Family Law.» In *Sexuality in the Legal Arena*, di D. Herman e C. Stychin. Londra: Athlone, 2004.

Commissioner, United Nations Human Rights Office of the High. «Born Free and Equal. Sexual Orientation and Gender Identity in International Human Rights Law.» HR/PUB/12/06, 2012.

Commission, Maurice Kamto UN Special Rapporteur of the International Law. «Third report on the expulsion of aliens.» UN Doc. A/CN.4/581, 2007.

Committee on Economic, Social and Cultural Rights. *Committee on Economic, Social and Cultural Rights general comment No. 18*. UN Doc. E/C.12/GC/18.

Committee, Human Rights. «Committee's concluding observations on the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland.» CCPR/C/GBR/CO/6, 30 luglio 2008.

Committee, Human Rights. «Concluding Observation of the Human Rights Committee: United States of America.» UN Doc. CCPR/C/USA/CO/3/Rev.1, 18 dicembre 2006.

Committee, Human Rights. «Concluding Observations of the Human Rights Committee on Cameroon.» UN doc. CCPR/C/CMR/CO/4, 2011.

Committee, Human Rights. «Concluding observations of the Human Rights Committee on El Salvador.» U.N. Doc. CCPR/C/SLV/CO/6, 2010.

Committee, Human Rights. «Concluding observations of the Human Rights Committee on Togo.» U.N. Doc. CCPR/C/TGO/CO/4, 2002.

Committee, Human Rights. «Concluding Observations of the Human Rights Committee regarding El Salvador.» UN Doc. CCPR/CO/78/SLV, 22 luglio 2003.

Committee, Human Rights. «Concluding Observations of the Human Rights Committee regarding the United States of America.» UN Doc. CCPR/C/USA/CO/3/Rev. 1, 18 dicembre 2006.

Committee, Human Rights. «Concluding Observations of the Human Rights Committee: Slovakia.» UN Doc. CCPR/CO/78/SVK, 22 agosto 2003.

Committee, Human Rights. «Concluding observations of the Human Rights Committee: Sudan.» U.N. Doc. CCPR/C/79/Add.85, 1997.

Committee, Human Rights. «General Comment n. 19: Protection of the family, the right to marriage and equality of the spouses (art. 23).» CCPR General Comment No. 19, 27 luglio 1990.

Committee, Human Rights. «Human Rights Committee general comment No. 22.» CCPR/C/21/Rev.1/Add.4, 27 settembre 1993.

Committee, Human Rights. «Human Rights Committee general comment No. 34.» UN Doc. CCPR/C/GC/34, 1 settembre 2011.

Committee, Human Rights. «Concluding Observations of the Human Rights Committee regarding Poland.» UN Doc. CCPR/CO/82/POL, 2 dicembre 2004.

Concluding observations of the Committee on Economic, Social and Cultural Rights: Kyrgyzstan. U.N. Doc. E/C.12/1/Add.49 (Committee on Economic, Social and Cultural Rights, 1 settembre 2000).

Concluding observations of the Committee on the Elimination of Discrimination against Women: Kyrgyzstan. U.N. Doc. A/54/38 (Committee on the Elimination of Discrimination against Women, 5 febbraio 1999).

Concluding Observations of the Committee on the Rights of the Child (Isle of Man) : United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland. U.N. Doc. CRC/C/15/Add.134 (Committee on the Rights of the Child, 16 ottobre 2000).

Concluding observations of the Committee on the Rights of the Child: Chile. U.N. Doc. CRC/C/CHL/CO/3 (Committee on the Rights of the Child, 23 aprile 2008).

Concluding Observations of the Human Rights Committee on Austria. U.N. Doc. CCPR/C/79/Add.103 (Human Rights Committee, 9 novembre 1998).

Concluding observations of the Human Rights Committee: Barbados. U.N. Doc. CCPR/C/BRB/CO/3 (Human Rights Committee, 11 maggio 2007).

Concluding observations of the Human Rights Committee: Egypt. U.N. Doc. CCPR/CO/76/EGY (Human Rights Committee, 28 novembre 2002).

Concluding observations of the Human Rights Committee: Sudan. U.N. Doc. CCPR/C/SDN/CO/3/CPR.1 (Human Rights Committee, 26 luglio 2007).

«Conclusioni dell'Avvocato Generale Giuseppe Tesauro nella causa n. C-13/94.»

Conclusions and recommendations of the Committee against Torture: Egypt. U.N. Doc. CAT/C/CR/29/4 (Committee against Torture, 23 dicembre 2002).

Conforti, B. *Diritto Internazionale*. VIII. Napoli: Editoriale Scientifica.

Cossey v. United Kingdom. n. 10843/84 (ECtHR, 27 settembre 1990).

Cossmann, B. *Sexual citizens: the legal and cultural regulation of sex and belonging*. Stanford: Stanford University Press, 2007.

Council, Economic and Social. «Girl's Right to Education, Report of the Special Rapporteur on the Right to Education.» UN Doc. E/CN.4/2006/45, 8 febbraio 2006.

Council, Economic and Social. «Report of the Special Rapporteur on violence against women, its causes and consequences, Ms. Radhika Coomaraswamy.» E/CN.4/1997/47, 12 febbraio 1997.

Council, Economic and Social. «Report of the Special Rapporteur on violence against women, its causes and consequences, Ms. Radhika Coomaraswamy, submitted in accordance with Commission on Human Rights resolution 1997/44.» E/CN.4/2000/68/Add.5, 24 febbraio 2000.

Council, Economic and Social. «Report of the Special Rapporteur on violence against women, its causes and consequences, Ms. Radhika Coomaraswamy, submitted in accordance with Commission on Human Rights resolution 2001/49.» E/CN.4/2002/83, 31 gennaio 2002.

Council, Economic and Social. «Report of the Special Rapporteur on violence against women, its causes and consequences, Yakin Ertürk.» E/CN.4/2006/61/Add.3, 27 gennaio 2006.

Council, Economic and Social. «Report submitted by Ms. Hina Jilani, Special Representative of Secretary-General on human rights defenders, pursuant to the Commission on Human Rights resolution 2000/61.» E/CN.4/2002/106, 27 febbraio 2002.

Council, Economic and Social. «Safeguards guaranteeing protection of the rights of those facing the death penalty.» resolution 1984/50, 1984.

Council, European Parliament and European. «on the right of citizens of the Union and their family members to move and reside freely within the territory of the Member States amending Regulation (EEC) No 1612/68 and repealing Directives 64/221/EEC, 68/360/EEC, 72/194/EEC, 73/148/EEC, 75/34/EEC, 75/35/EEC, 90/364/EEC, 90/365/EEC and 93/96/EEC.» Directive 2004/58/EC, 29 aprile 2004.

Council, Human Rights. *Discriminatory laws and practices and acts of violence against individuals based on their sexual orientation and gender identity*. A/HRC/19/41, Report of the United Nations High Commissioner for Human Rights, 2011.

Council, Human Rights. «Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression, Frank La Rue.» UN Doc. A/HRC/11/4/Add.1, 27 maggio 2009.

Council, Human Rights. «Report of the Special Rapporteur on the question of torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment.» UN Doc. A/HRC/13/39/Add.5, 9 febbraio 2010.

Council, Human Rights. «Report of the Special Rapporteur on the right of everyone to the enjoyment of the highest attainable standard of physical and mental health.» UN Doc. A/HRC/14/20, 27 aprile 2010.

Council, Human Rights. «Report of the Special Rapporteur on the situation of human rights defenders, Margaret Sekagya.» A/HRC/16/44, 20 dicembre 2010.

Council, Human Rights. «Report of the Special Representative of the Secretary-General on human rights defenders.» UN Doc. A/HRC/4/37, 24 gennaio 2007.

Council, Human Rights. «Report of the Special Representative of the Secretary-General on the situation of human rights defenders, Hina Jilani.» UN Doc. A/HRC/4/37, 27 marzo 2007.

Council, Human Rights. «Report submitted by the Special Rapporteur on the situation of human rights defenders, Margaret Sekagya.» UN Doc. A/HRC/10/12/Add.1, 4 marzo 2009.

Courten v. United Kingdom. n. 4479/06 (ECtHR, 4 novembre 2008).

Coussirat-Coustere, G. «Famille et Convention européenne des Droits de l'Homme.» In *Protection des droits de l'homme: la perspective européenne, mélanges à la mémoire de Rolv Ryssdal*, di Matscher, Petzold, Wildhaber Mahoney. Parigi, 2000.

Cruz Varas and Others v. Sweden. 15576/89 (ECtHR Plenary, 20 marzo 1991).

D v. Turkey. 24245/03 (ECtHR, 22 giugno 2006).

D. e Svezia. cause riunite C-122/99P e C-125/99P (ECJ, 31 maggio 2001).

D.B.N. v. United Kingdom. 26550/10 (ECtHR, 31 maggio 2011).

Danian v. Secretary of State for the Home Department. CO/30274/97 (UK IAT, 9 giugno 1998).

Dauvergne, C., e J. Millbank. «Before the High Court: Applicants S396/2002 and S395/2002, a gay refugee couple from Bangladesh.» *Sydney Law Review* 25, n. 97 (2003): 122.

De Cubber v. Belgium. n. 9186/80 (ECtHR, 26 ottobre 1984).

Décision M. OI. No. 543182 (Commission des Recours des Réfugiés France, 31 maggio 2006).

Decision No. MA6-01580. (Immigration and Refugee Board (IRB) of Canada, 12 febbraio 2007).

Decision VA5-02751. (Immigration and Refugee Board of Canada, 16 febbraio 2007).

Decision VAO-01624 & VAO-01625. (Immigration and Refugee Board of Canada, 8 marzo 2001).

Decisione inedita del 2009. (Commissione territoriale per il riconoscimento della protezione internazionale di Crotona).

defenders, Report of the Special Representative of the Secretary-General on human rights. E/CN.4/2002/106, Commission on Human Rights, 2002.

Di Lazzaro v. Italy. n. 31924/96 (ECtHR, 10 luglio 1997).

«Direttiva del Consiglio che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro.» 2000/78/EC, 27 novembre 2000.

Direttiva del Consiglio recante norme minime sull'attribuzione, a cittadini di paesi terzi o apolidi, della qualifica di rifugiato o di persona altrimenti bisognosa di protezione internazionale, nonché norme minime sul contenuto della protezione riconosciuta. Direttiva 2004/83/CE (Consiglio, 29 aprile 2004).

Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio recante norme sull'attribuzione, a cittadini di paesi terzi o apolidi, della qualifica di beneficiario di protezione internazionale, su uno status uniforme per i rifugiati o per le persone aventi titolo a beneficiare della protezione sussidiaria, nonché sul contenuto della protezione riconosciuta. Direttiva 2011/95/UE (Parlamento europeo e Consiglio, 13 dicembre 2011).

Document, Commission Staff Working. *Turkey 2009 Progress Report.* Bruxelles: SEC, 2009.

Draft recommendation: Situation of lesbians and gays in Council of Europe member states. Doc. 8755 (Parliamentary Assembly Council of Europe, 6 giugno 2000).

Dudgeon v. United Kingdom. n. 7525/76 (European Court of Human Rights, 22 ottobre 1981).

Durkheim, E. *The Division of Labour in Society.* New York: Free Press of Glencoe, 1964.

E.B. v. France. n. 43546/02 (ECtHR, 22 gennaio 2008).

E.J.V.M. v. Sweden. CA T/C/31/D/213/2002 (UN Committee Against Torture (CAT), 28 novembre 2003).

Edel, F. *The prohibition of discrimination under the European Convention on Human Rights.* Strasbourg: Council of Europe Publishing, 2010.

EJP c. Food and Agriculture Organization. 2590 (Administrative Tribunal ILO, 2007).

Elgafaji v. Staatsecretaris van Justitie. C-46507 (Corte di Giustizia dell'Unione Europea).

Elsholz v. Germany. n. 25735/94 (ECtHR, 13 luglio 2000).

's-Gravenhage. 09/5070 (Rechtbank, 24 giugno 2009).

Eskridge, W.N. *Case for Same Sex Marriage: From Sexual Liberty to Civilized Commitment.* Free Press, 1996.

Eskridge, W.N. «Privacy Jurisprudence and the Apartheid of the Closet, 1946-1961.» *Florida State University Law Review* 24 (1996-1997): 703 e ss.

Europe, Committee of Ministers Council of. «Recommendation to Member State on "Hate Speech".» Recommendation No. R (97) 20, 30 ottobre 1997.

Europe, Committee of Ministers of the Council of. «Recommendation to Member State on Measures to Combat Discrimination on Grounds of Sexual Orientation or Gender Identity .» CM/Rec(2010)5 , 31 marzo 2010.

Europe, Council of. «Committee of Ministers' reply to Recommendation 211(2007) of the Congress of Local and Regional Authorities of the Council of Europe on freedom of assembly and expression for lesbians, gays, bisexuals and transgendered persons .» 16 gennaio 2008.

—. *Discrimination on grounds of sexual orientation and gender identity in Europe*. 2nd Edition. Strasbourg: Council of Europe Publishing, 2011.

Europe, Council of. «Recommendation of the Congress of Local and Regional Authorities of the Council of Europe on freedom of assembly and expression for lesbians, gays, bisexual and transgendered persons.» Recommendation 211(2007), 28 marzo 2007.

Europea, Commissione. «Proposta modificata di Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio recante procedure comuni ai fini del riconoscimento e della revoca dello status di protezione internazionale.» COM(2011) 319 definitivo 2009/0165 (COD), Bruxelles, 2011.

europea, Consiglio dell'Unione. «Nota della Presidenza al Comitato dei rappresentanti permanenti.» 2009/0164 (COD), ASILE 56, CODEC 1133, Bruxelles, 2011.

Europea, Consiglio dell'Unione. «Nota della Presidenza al Comitato dei rappresentanti permanenti.» 2009/0164 (COD), ASILE 56, CODEC 1133, Bruxelles, 2011.

«European Parliament Calls Gain for Respect for Human Rights of Lesbians and Gay Men.» *ILGA Bulletin* 7, n. 2 (2000).

Europee, Commissione delle Comunità. «Proposta di Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio recante procedure comuni ai fini del riconoscimento e della revoca dello status di protezione internazionale.» COM(2009) 551 definitivo 2009/0164 (COD) C7-0250/09, Bruxelles, 2009.

europeo, Comitato economico e sociale. «Parere del Comitato economico e sociale europeo in merito alla "Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio recante norme minime sull'attribuzione, a cittadini di paesi terzi o apolidi, della qualifica di beneficiario di protezione internazionale, nonché norme minime sul contenuto della protezione riconosciuta.» COM(2009) 551 definitivo — 2009/0164 (COD) 2011/C 18/14, Bruxelles, 2009.

experts, A group of 29 human rights. «The Yogyakarta Principles, Principles on the Application of International Human Rights Law in Relation to Sexual Orientation and Gender Identity.» Marzo 2007.

F. v. Switzerland. 11680/85 (ECtHR, 1988).

F. v. United Kingdom. 17341/03 (ECtHR, 22 giugno 2004).

Favilli, C. *I limiti derivanti dal diritto internazionale all'espulsione dello straniero*. Viterbo: Union Printing Edizioni, 1998.

Feller, E., V. Türk, e F. Nicholson. *Refugee Protection in International Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003.

Fellmeth, A.X. «State Regulation of Sexuality in International Human Rights Law and Theory.» *William and Mary Law Review* 50, n. 3 (2008): 797-936.

First, Human Rights. «2008 Hate Crime Survey .» New York, 2008.

First, Human Rights. «interview Head, Legal Aid and Counselling Department.» Refugee Law Project, Uganda, 2008.

Firts, Humann Rights. «Persistent Needs and Gaps: the Protection of Lesbian, Gay, Bisexual, Transgender and Intersex (LGBTI) Refugees: An Overview of UNHCR' s Response to LGBTI Refugees and Recommendations to Enhance Protection.» New York, 2010.

Fish, E. «The Road to Recognition.» *HARV. INT'L L.J.*, n. 27 (2005): 32.

fondamentali, Agenzia europea per i diritti. «Homophobia and Discrimination on Grounds of Sexual Orientation in the EU Member States Part II – The Social Situation.» 2009.

fondamentali, Agenzia europea per i diritti. «Homophobia and Discrimination on Grounds of sexual Orientation in the EU Member States Part I - Legal Analysis.» 2008.

fondamentali, Agenzia europea per i diritti. «Homophobia, Transphobia and Discrimination on Grounds of Sexual Orientation and Gender Identity, Comparative Legal Analysis.» 2010.

fondamentali, Agenzia europea per i diritti. «Homophobia,transphobiaaanddiscrimination on grounds of sexual orientation and gender identity in the EU Member States. Summary of findings, trends, challenges and promising practices.» 2010.

Forder, C. «European Models of Domestic Partnership Laws: The Field of Choice.» *CAN. J. FAM. L.*, n. 17 (2000): 371.

Frettè v. France. 36515/97 (ECtHR, 26 febbraio 2002).

Fried, S. T. «Sexuality and Human Rights.» *Health and Human Rights* 7, n. 2 (2004): 273-304.

Fried, S. T., e I. Landsberg-Lewi. «Sexual Rights: From Concept to Strategy.» In *Women's Human Rights Reference Guide* , di K.Askin e D. Koenig, 91-122. New York: Transnational Press, 2000.

G. T. v. Australia. 706/1996 (CCPR, 4 dicembre 1997).

Gaja, G. «Dall'allontanamento discrezionale dello straniero alla sua espulsione "garantita".» *Rivista di Diritto Internazionale*, 1986: 344.

Gas and Dubois v. France. n. 25951/07 (ECtHR, 15 marzo 2010).

GENDEREDOC-M c. Moldavia. n. 9106/06 (ECtHR, 12 giugno 2012).

Ghasemian v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration). [2003] FCJ No. 1591; 2003 FC 1266 (Federal Court of Canada, 30 ottobre 2003).

Goodwin-Gill, G.S., e J. McAdam. *The Refugee in International Law.* Oxford: Oxford University Press, 2007.

Gorzelik and Others v. Poland. n. 44158/98 (ECtHR, 17 febbraio 2004).

Grant v. South West Trains. n. C-249/96 (ECJ, 17 febbraio 1998).

Graupner, H. «Gay Rights.» *Max Plank Encyclopedia of Public International Law* (Oxford University Press), 2010.

- Grigolo, M. «Sexualities and the ECHR: Introducing the Universal Sexual Legal Subject.» *European Journal of International Law* 14, n. 5 (2003): 1023-1044.
- H. G. and G. B. v. Austria.* n. 11084/02; 15306/02 (ECtHR, 2 giugno 2005).
- H. L. R. v. France.* 24573/94 (ECtHR GC, 29 aprile 1997).
- H.F. v. Austria.* n. 22646/93 (ECtHR, 26 giugno 1995).
- Haarlem.* 08/40650 (Rechtbank , 8 dicembre 2009).
- Hammarberg, Thomas. *Human Rights and Gender Identity.* CommDH/IssuePaper(2009)2, Strasbourg: Council of Europe, 2009.
- Harris, D.J., M. O'Boyle, e C. Warbrick. *Law of the European Convention on Human Rights.* Oxford-New York: Oxford University Press, 2010.
- Hate Crimes in the OSCE Region - Incidents and Responses. Annual report.* Varsavia: OSCE/ODIHR, 2010.
- Hathaway, J.C. *The rights of refugees under international law.* Cambridge: Cambridge University Press, 2005.
- Hathaway, J.C., e M. Foster. «Internal Protection/Relocation/Flight Alternative as an Aspect of Refugee Status Determination.» In *Refugee Protection in International Law: UNHCR's Global Consultations on International Protection*, a cura di E. Feller, V. Türk e F. Nicholson. Cambridge: Cambridge University Press, 2003.
- Helfer, L.R. «Finding a Consensus on Equality: the Homosexual Age of Consent and the European Convention on Human Rights.» *New York University Law Review* 65 (1990): 1044.
- HJ (Iran) and HT (Cameroon) v. Secretary of State for the Home Department.* [2010] UKSC 31; [2011] 1 AC 596 (UK Supreme Court, 7 luglio 2010).
- Horvath v. Secretary of State For The Home Department.* (House of Lords, 6 Luglio 2000).
- HS (Homosexuals: Minors, Risk on Return) Iran v. Secretary of State for the Home Department.* UKAIT 00120 (UK Asylum and Immigration Tribunal, 4 agosto 2005).
- Hunt, P. «Report of the Special Rapporteur on the Right to Health.» UN Doc. E/CN.4/2004/49, United Nations Office of the High Commissioner for Human Rights, Geneva, 2004.
- I.I.N. c. the Netherlands.* 2035/04 (ECtHR, 20 dicembre 2004).
- Informationsverein Lentia and Others v. Austria.* n. 13914/88; 15041/89; 15717/89 (ECtHR, 24 novembre 1993).
- International Centre for the Legal Protection of Human Rights (INTERIGHTS) v. Croatia.* n. 45/2007 (European Committee of Social Rights, 30 marzo 2009).
- International Lesbian, Gay, Bisexual, Transgender and Intersex Association (ILGA). «State-sponsored homophobia: a world survey of laws criminalizing same-sex sexual acts between consenting adults.» Brussels, 2011.
- International, Amnesty. *Crimes of hate, conspiracy of silence; Torture and ill-treatment based on sexual identity.* London: Amnesty International Publications, 2001.

International, Amnesty. «Stonewalled: Police Abuse and Misconduct against Lesbian, Gay, Bisexual and Transgender People in the US.» AI Index AMR 51/122/2005, settembre 2005.

International, ARC. «‘Recognizing Human Rights Violations Based on Sexual Orientation and Gender Identity at the Human Rights Council, Session 2’, 18 September - 6 October 2006.» 2008. <http://www.arc-international.net/HRC2report.html>.

issues, Report of the independent expert on minority. E/CN.4/2006/74, Commission on Human Rights, 2006.

J v. Secretary of State for the Home Department. [2006] EWCA Civ 1238, [2007] Imm AR 73 (Court of Appeal (England and Wales), 26 luglio 2006).

J.G. v. Belgium. n. 12348/86 (ECtHR).

J.M. v. UNited Kingdom. n. 37060/06 (ECtHR, 28 settembre 2010).

Jürgen Römer c. Freie und Hansestadt Hamburg. C-147/08 (ECJ, 10 maggio 2011).

Jankovic v. Croatia. n. 38478/05 (ECtHR, 5 marzo 2009).

Jansen, Sabine, e Thomas Spijkerboer. *Fleeing Homophobia Asylum claims related to sexual orientation and gender identity in the EU*. Amsterdam: COC NEDERLAND - VRIJE UNIVERSITEIT AMSTERDAM, 2011.

John Geddes Lawrence and Tyron Garner v. State of Texas. 539 U.S. 558 (Supreme Court of the United States, 26 giugno 2003).

Joslin v. New Zealand. CCPR/C/75/D/902/1999 (Human Rights Committee, 17 luglio 2002).

Jurists, International Commission of. *Migration and International Human Rights Law*. Geneva: International Commission of Jurists, 2011.

K.A. et A.D. c. Belgique. 42758/98 e 45558/99 (ECtHR, 17 febbraio 2005).

K.B. - National Health Service Pensions Agency, Secretary of State for Health. C-117/01 (ECJ, 7 gennaio 2004).

K.N. v. France. 47129/09 (ECtHR).

K.S.Y. v. The Netherlands. CA T/C/30/D/190/2001 (UN Committee Against Torture (CAT), 26 maggio 2003).

K.U. v. Finland. 2872/02 (ECtHR, 2 dicembre 2008).

Kaboulov v. Ukraine. 41015/04 (ECtHR, 19 novembre 2009).

Kalaç v. Turkey. n. 20704/92 (ECtHR, 1 luglio 1997).

KAOS LG v. Turkey. n. 4982/07 (ECtHR).

Kara v. United Kingdom. n. 364528/97 (ECtHR, 22 ottobre 1998).

Karner v. Austria. n. 40016/98 (ECtHR, 24 luglio 2003).

Keegan v. Ireland. n. 16969/90 (ECtHR, 26 maggio 1994).

Kiyutin v. Russia. 2700/10 (ECtHR, 10 marzo 2011).

Kochenov, D. «Gay rights in the EU: a long way forward for the Union of 27.» *Croatian Yearbook of European Law and Policy* 3 (2007).

Konstantinov v. The Netherlands. 16351/03 (ECtHR, 26 aprile 2007).

Kourula, P. *Broadening the edges: refugee definition and international protection revisited*. The Hague: Martinus Nijhoff Publishers, 1997.

Kozak v. Poland. n. 13102/02 (ECtHR, 2 marzo 2010).

Kroon and Others v. The Netherlands. n. 18535/91 (ECtHR, 27 ottobre 1994).

Kwok Yin Fong v. Australia. 1442/2005 (CCPR, 29 novembre 2009).

L. and V. v. Austria. n. 39392/98, 39829/98 (ECtHR, 9 gennaio 2003).

L. v. Lithuania. n. 27527/03 (ECtHR, 31 marzo 2008).

L.C.B. v. United Kingdom. 23413/94 (ECtHR, 28 novembre 1995).

Ladner v. Austria. n. 18297/03 (ECtHR, 3 febbraio 2005).

Lalor, K. «Constituting sexuality: rights, politics and power in the gay rights movement.» *The International Journal of Human Rights* 15, n. 5 (June 2011): 683-699.

Lambda Istanbul v. Turkey. n. 53804/10 (ECtHR).

Laskey, Jaggard and Brown v. United Kingdom. 21627/93, 21826/93, 21974/93 (ECtHR, 19 febbraio 1997).

Leo Hertzberg et al. v. Finland. Communication n. 61/1979, UN Doc. CCPR/C/OP/1 at 124 (1985) (Human Rights Committee, 2 aprile 1982).

Lingiardi, V. *Citizen gay. Famiglie, diritti negati e salute mentale*. Milano: il Saggiatore, 2007.

Lustig-Prean and Beckett v. United Kingdom. n. 31417/96; 32377/96 (ECtHR, 27 settembre 1999).

M.W. v. United Kingdom. n. 11313/02 (ECtHR, 26 settembre 2009).

Madafferi and Madafferi v. Australia. 1011/2001 (CCPR, 26 agosto 2004).

Manjoo, The special rapporteur on violence against women Rashida. «Report of the special rapporteur on violence against women.» UN Doc. A/HRC/14/22/Add.2, 2010.

Marckx v. Belgium. n. 6833/74 (ECtHR, 13 giugno 1979).

Mata Estevez v. Spain. 56501/00 (ECtHR, 10 maggio 2001).

Merin, Y. *Equality for Same-Sex Couples: The Legal Recognition of Gay Partnerships in Europe and the United States*. Chicago: University of Chicago Press, 2002.

Meyer, C.A. «L'homosexualité dans la jurisprudence de la Cour et de la Commission européennes des droits de l'homme.» In *Homosexualité et droit*, di D. Borrillo. Puf, 1998.

Millbank, J. «From discretion to disbelief: Recent Trends in Refugee Determinations on the Basis of Sexual Orientation in Australia and the United Kingdom.» *International Journal of Human Rights* 13, n. 2/3 (2009): 3.

- Millbank, J. «The Role of Rights in Asylum Claims Based on Sexual Orientation .» *Human Rights Law Review* 4, n. 2 (2004): 193-228.
- Miller, A. M. «Sexuality and Human Rights.» The International Council on Human Rights Policy, Geneva, 2009.
- Miller, A. «Sexual but Not Reproductive: Exploring the Junction and Disjunction of Sexual and Reproductive Rights.» *Health and Human Rights* 4/2 (2000): 68-109.
- Miller, A., e C.S. Vance. «Sexuality, Human Rights, and Health.» *Health and Human Rights* 7, n. 2 (2004): 5-15.
- Millns, S. «Prospettive europee sulla discriminazione basata sull'orientamento sessuale.» *Rgion Pratica*, n. 1 (giugno 2011): 74-94.
- Modinos v. Cyprus*. 1507/89 (ECtHR, 22 aprile 1993).
- Modise v. Botswana*. 97/93 (ACommHRP, 6 novembre 2000).
- Mondal v. Sweden*. CAT/C/46/D/338/2008 (Committee against Torture (CAT), 7 luglio 2011).
- Morgan, M.I. «Taking Machismo to Court: The Gender Jurisprudence of the Colombian Constitutional Court .» *The University of Miami Inter-American Law Review* 30: 253.
- Morris v. the United Kingdom*. n. 31701/96 (ECtHR, 27 novembre 2001).
- Moustaquim v. Belgium*. 12313/86 (ECtHR, 18 febbraio 1991).
- Na v. United Kingdom*. 25904/07 (ECtHR, 17 luglio 2008).
- NABD v. Minister for Immigration and Multicultural Affairs*. HCA 29 (High Court of Australia, 2005).
- Narayan, P. «Somewhere over the rainbow...International human rights protections for sexual minorities in the new millenium.» *Boston University International Law Journal* 24, n. 2 (2006): 313-348.
- Nascimbene, B. *Il trattamento dello straniero nel diritto internazionale ed europeo*. Milano: Giuffrè, 1984.
- Nascimbene, B., e C. Zanghì. *Immigrazione, frontiere esterne e diritti umani. Profili internazionali, europei ed interni*. A cura di M. Carta. Roma: Teseo Editore, 2009.
- NCGLE (National Coalition for Gay and Lesbian Equality) v. Minister of Justice*. CCT 11/98 (Constitutional Court of South Africa, 9 October 1998).
- Ngambi and Nébol v. France*. 1179/2003 (CCPR, 16 luglio 2004).
- Nyanzi v. United Kingdom*. 21878/06 (ECtHR, 8 aprile 2008).
- Norris v. Ireland*. 10581/83 (ECtHR, 26 ottobre 1988).
- Nussbaum, M.C. *From Disgust to Humanity, Sexual orientation & Constitutional Law*. Oxford: Oxford University Press, 2010.
- Office, UK Home. «Asylum Instruction: Sexual Orientation and Gender Identity in the Asylum Claim.» 2010.

O'Flaherty, M., e J. Fisher. «Sexual Orientation, Gender Identity and International Human Rights Law: Contextualising the Yogyakarta Principles.» *Human Rights Law Review* 8, n. 2 (2008): 208-214.

O'Dwyer, P. «A Well-Founded Fear of Having My Sexual Orientation Asylum Claim Heard in the Wrong Court.» *New York Law School Review* 52 (2007/2008): 185-212.

Onur v. United Kingdom. 27319/07 (ECtHR, 27 febbraio 2009).

Opuz v. Turkey. n. 33401/02 (ECtHR, 9 giugno 2009).

ORAM. «Testing Sexual Orientation: A Scientific and Legal Analysis of Plethysmography in Asylum and Refugee Status Proceedings.» 2010.

OSCE/ODIHR. *Guidelines on Freedom of Peaceful Assembly*. seconda edizione. Varsavia, 2010.

Osman v. The United Kingdom. 23452/94 (ECtHR, 28 ottobre 1998).

P. v. S. and Cornwall County Council. n. C-13/94 (ECJ, 30 aprile 1996).

P.B. and J.S. v. Austria. n. 18984/02 (ECtHR, 22 ottobre 2010).

P.Petchesky, R. «Sexual Rights: Inventing a Concept, Mapping and International Practice.» In *Framing the Sexual Subject: The Politics of Gender, Sexuality and Power*, di R. Parker, R. M. Barbosa e P. Aggleton, 81-103. Berkeley: University of California Press, 2000.

P.V. v. Spain. n. 35159/09 (ECtHR, 30 novembre 2010).

Palazzani, L. *Sex/gender: gli equivoci dell'eguaglianza*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2011.

Pallaro, P. «I diritti degli omosessuali nella Convenzione europea per i diritti umani e nel diritto comunitario.» *Rivista Internazionale dei Diritti dell'Uomo*, 2000: 104-134.

Paquet case. UNRIAA, vol. IX (Belgian- Venezuelan Mixed Claims Commission, 1903).

Parliament, European. «Resolution of 13 March 2008 on the Case of the Iranian Citizen Sayyed Mehdi Kazemi.» PA_TA-PROV(2008)0107.

Parliament, European. «Resolution on Equal Rights for Homosexuals and Lesbians in the European Community.» Resolution n. A3-0028/94, 8 febbraio 1994.

Parliament, European. «Resolution on homophobia in Europe.» P6_TA(2006)0018, 18 gennaio 2006.

Parliament, European. «Resolution on the Respect of Human Rights within the European Union in 1997.» 1998.

Parliament, European. «Resolution on the Respect of Human Rights within the European Union in 1998/99.» 2000.

Parliament, European. «Urgency Resolution on the Rights of Lesbians and Gays in the European Union.» 1998.

Parry v. United Kingdom. n. 42971/05 (ECtHR, 28 novembre 2006).

Pedersen, M.H. «Denmark. Homosexual Marriages and New Rules Regarding Separation and Divorce.» *J. FAM. L.* 30 (1992): 289.

Phillips, O. «(Dis)Continuities of Custom in Zimbabwe and South Africa: The Implications for Gendered and Sexual Rights.» *Health and Human Rights* 7, n. 2 (2004): 83-113.

Pino, A. *Il diritto di famiglia (Appunti)*. Padova: Cedam, 1975.

Pitea, C., e L. Tomasi. «Diritto al rispetto della vita privata e familiare.» In *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, di Bartole, De Sena e Zagrebelsky, 297 e ss. Padova: Cedam, 2012.

«Posizione del Parlamento europeo definita in prima lettura il 12 settembre 2012 in vista dell'adozione della direttiva 2012/.../UE del Parlamento europeo e del Consiglio che istituisce norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato e che sostituisce la decisione quadro 2001/220/GAI.» P7_TC1-COD(2011)0129, 2012.

«Presentation of the United Nations High Commissioner for Human Rights Ms Louise Arbour to the International Conference on Lesbian, Gay, Bisexual and Transgender Rights, Montreal.» 26 luglio 2006.

Pretty v. United Kingdom. n. 2346/02 (ECtHR, 29 aprile 2002).

Proposal for a Council Directive on a common system of financial transaction tax and amending Directive 2008/7/EC. COM(2011) 594 final, 2011/0261 (CNS) (Commissione Europea, 2011 settembre 28).

Prosecutor c. Kupreskic et al. IT-95-16-T (ICTY, 14 gennaio 2000).

Puoncy, C.R.P. «Marriage and Domestic Partnership: Rationality and Inequality.» *TEMP. POL. & Civ. RTS. L. REV.*, n. 7 (1998): 365-374.

Quintana Zapata v. Spain. n. 34615/97 (ECtHR, 4 marzo 1998).

R. and F. v. United Kingdom. n. 35748/05 (ECtHR, 28 novembre 2006).

R.A. v. France. 49718/09 (ECtHR, 8 febbraio 2011).

R.H. v. Austria. n. 7336/03 (ECtHR, 19 gennaio 2006).

Randazzo, T.J. «Social and Legal Barriers: Sexual Orientation and Asylum in the United States.» In *Queering Migration*, di E. Luibheid e L. Cantu, 38. (Minneapolis:: University of Minnesota Press, 2005).

Rees v. United Kingdom. n. 9532/81 (ECtHR, 17 ottobre 1986).

Refah Partisi and Others v. Turkey. n. 41340/98; 41342/98; 41343/98 (ECtHR, 13 febbraio 2003).

Refugee Appeal No. 74665. (New Zealand Refugee Status Appeals Authority, 7 luglio 2004).

Refugee Appeal No. 75139. (New Zealand RSAA, 18 novembre 2004).

Refugees, Expert roundtable organized by the United Nations High Commissioner for. «Summary Conclusions: Asylum-Seekers and Refugees Seeking Protection on Account of their Sexual Orientation and Gender Identity.» Geneva, 2010.

Refugees, United Nation High Commissione for. «Advisory Opinion by UNHCR to the Tokyo Bar Association Regarding Refugee Claims Based on Sexual Orientation.» 2004.

Refugees, United Nations High Commissioner for. *"Membership of a particular social group" within the context of Article 1A(2) of the 1951 Convention and/or its 1967 Protocol relating to the Status of Refugee*, HCR/GIP/02/02. Geneva: UNHCR, 2002.

Refugees, United Nations High Commissioner for. *Fleeing for Love: Asylum Seekers and Sexual Orientation in Scandinavia*. Research Paper No. 181, Geneva: UNHCR, 2009.

—. *Guidelines on International Protection: Gender-Related Persecution within the context of Article 1A(2) of the 1951 Convention and/or its 1967 Protocol relating to the Status of Refugees*, HCR/GIP/02/01. Geneva: UNHCR, 2002.

Refugees, United Nations High Commissioner for. «Handbook on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status.» 1992.

Refugees, United Nations High Commissioner for. «Interpreting Article 1 of the 1951 Convention relating to the Status of Refugees.» 2001.

—. *Protecting Refugees: Questions and Answers*. Geneva: UNHCR, 2006.

Refugees, United Nations High Commissioner for. *UNHCR Guidance on Refugee Claims Relating to Sexual Orientation and Gender Identity*. Division of International Protection Services, Protection Policy and Legal Advice Section, Geneva: UNHCR, 2008.

Refugees, United Nations High Commissioner for. *Working with Lesbian, Gay, Bisexual, Transgender & Intersex Persons in Forced Displacement*. Division of International Protection, Geneva: United Nations , 2011.

Report of the Special Rapporteur on contemporary forms of racism, racial discrimination, xenophobia and related intolerance. E/CN.4/2006/16/Add.3, Commission on Human Rights, 2006.

Report of the Special Rapporteur on Extrajudicial summary or arbitrary executions, Philip Alston. «Civil and Political Rights, Including the Question of Disappearances and Summary Executions.» E/CN.4/2005/7 Add.1, Economic and Social Council, 2004.

«Report of the Special Rapporteur on the question of torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment.» UN Doc. A/56/156, 3 luglio 2001.

«Report of the Special Representative of the Secretary-General on human rights defenders 27 February 2002.» Commission on Human Rights, E/CN.4/2002/106.

Report on Sutherland v. The United Kingdom. n. 25186/94 (European Commission of Human Rights, 1 luglio 1997).

Resolution on equal rights for homosexual and lesbians in EC. A3-0028/94 (European Parliament, 8 febbraio 1994).

Richardson, D. «Constructing Sexual Citizenship: Theorizing Sexual Rights.» *Critical Social Policy* 62 (2000): 105-135.

Rights, Commission on Human. «Commission resolution 2000/61 GE.01-10638 (E) Report submitted by Ms. Hina Jilani, Special Representative of the Secretary-General on human rights defenders in accordance with .» UN Doc. E/CN.4/2001/94, 26 gennaio 2001.

Rights, Commission on Human. «Report of the Special Rapporteur on the question of torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment, 'Summary of Information, Including

Individual Cases, Transmitted to Governments and Replies Received.» E/CN.4/ 2006/6/Add.1, 21 marzo 2006.

Rights, Commission on Human. «Report of the Special Rapporteur on the right to freedom of opinion and expression .» UN Doc. E/CN.4/2005/64/ Add.1, 29 marzo 2005.

Rights, Commission on Human. «Report of the Special Representative of the Secretary-General on human rights defenders.» UN Doc. E/CN.4/2006/95/Add. 1, 26 marzo 2006.

Rights, Commissioner for Human. *Pride events are still hindered – this violates freedom of assembly*. Human Rights Comment, 2010.

Rights, Committee on Economic Social and Cultural. «General Cooment n. 14 (2000): the right to the highest attainable standard of physical and mental health.» UN Doc. E/C.12/2000/4, 11 agosto 2000.

Rights, Committee on Human. «The right of everyone to the highest attainable standard of physical and mental health: Report of the Special Rapporteur Paul Hunt.» UN Doc. E/CN.4/2004/49, 16 febbraio 2004.

Rights, European Union Agency for Fundamental. «Homophobia, Transphobia and Discrimination on Grounds of Sexual Orientation and Gender Identity in the EU Member States: Summary of Findings, Trends, Challenges and Promising Practices.» Vienna, 2011.

Rights, Report of the United Nations High Commissioner for Human. *Discriminatory laws and practices and acts of violence against individuals based on their sexual orientation and gender identity*. A/HRC/19/41, Human Rights Council, 2011.

Rights, Report of the United Nations High Commissioner for Human. «Discriminatory laws and practices and acts of violence against individuals based on their sexual orientation and gender identity.» A/HRC/19/41, 2011.

Rodrigues da Silva and Hoogkamer v. The Netherlands. 50435/99 (ECtHR, 31 gennaio 2006).

Roth, Claudia. «Report of the Committee on Civil Liberties and Internal Affairs on Equal Rights for Homosexual and Lesbians in the European Community.» Doc_EN/RR/244/244267, Committee on Civil Liberties and Internal Affairs, 1994.

RRT Case No. 071818233. RRTA 62 (Refugee Review Tribunal of Australia, 15 febbraio 2008).

RRT Case No. 071862642. RRTA 40 (Refugee Review Tribunal of Australia, 19 febbraio 2008).

Rubin Byahuranga v. Denmark. 1222/2003 (CCPR, 9 dicembre 2004).

Rubin, G. «Thinking Sex: Notes for a Radical Theory of the Politics of Sexuality.» In *Pleasure and Danger: Exploring Female Sexuality*, di C.S. Vance, 267-318. Boston: Routledge & Kegan Paul, 1984.

S.L. v. Austria. n. 45330/99 (ECtHR, 9 gennaio 2003).

Saadi v. Italy. 37201/06 (ECtHR GC, 28 febbraio 2008).

Salgueiro da Silva Mouta v. Portugal. n. 33290/96 (ECtHR, 21 dicembre 1999).

Sanders, D. «Human Rights and Sexual Orientation in International Law.» *INT'L LESBIAN & GAY ASS'N*, luglio 2005.

Sanders, D. «Human Rights and Sexual Orientation in International Law.» *International Journal of Public Administration* 25, n. 1 (2002): 13-44.

Saraceno, C. «Il rapporto famiglia-Stato e i contributi delle analisi "dalla parte delle donne".» *Inchiesta*, n. 65 (1984).

Schalk and Kopf v. Austria. 30141/04 (ECtHR, 24 giugno 2010).

Schlumpf v. Switzerland. n. 29002/06 (ECtHR, 8 gennaio 2009).

Schmidt, M. «Employment, The Family, and The Law: Current Problems in Germany.» *COMP. LAB. L. & POL'YJ* 27 (2006): 451.

Seidman, S. *The Social Construction of Sexuality*. New York : W. W. Norton & Company, 2003.

Sentencia de Constitucionalidad . n. 098/96 (Corte costituzionale della Colombia, 7 marzo 1996).

session, Committee on the Elimination of Discrimination against Women Forty-third. «Concluding observations of the Committee on the Elimination of Discrimination against Women Guatemala.» CEDAW/C/GUA/CO/7, 10 febbraio 2009.

Shaw, M.N. *International Law*. Sixth Edition. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.

Sheffield and Horsham v. United Kingdom. n. 22985/93; 23390/94 (ECtHR, 30 luglio 1998).

Slivenko v. Latvia. 48321/99 (ECtHR, 9 ottobre 2003).

Slovenko, R. «The Homosexual and Society: A Historical Perspective.» *University of Dayton Law Review* 10 (1984/1985).

Smith and Grady v. United Kingdom. n. 33985/96; 33986/96 (ECtHR, 27 settembre 1999).

Soering v. United Kingdom. 14038/88 (ECtHR, 7 luglio 1989).

Stasi v. France. n. 25001/07 (ECtHR, 20 ottobre 2011).

State, U.S. Department of. «Human Rights Report on Uganda.» 2009.

State, US Department of. «Country Reports on Human Rights Practices 2006 – Ghana.» 2007.

Sternberg, M.R. Von. *The grounds of refugee protection in the context of international human rights and humanitarian law*. The Hague: M. Nijhoff Publishers, 2002.

Stonewall. «No Going Back: Lesbian and Gay People and the Asylum System.» 2010.

Sudre, F. *Droit européen et international des droits de l'homme*. 10 édition. Paris: Presses Universitaires de France, 2011.

Sutherland v. the United Kingdom . n. 25186/94 (ECtHR, 27 marzo 2001).

SW (Jamaica) v. Secretary of State for the Home Department. CG [2011] UKUT 00251 (UK Upper Tribunal, 24 giugno 2011).

SZANS v. Minister for Immigration. FMCA 445 (Federal Magistrates' Court of Australia, 13 agosto 2004).

Tadao Maruko v. Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen. n. C-267/06 (ECJ, 1 aprile 2008).

Tahmindjis, P. «Sexuality and International Human Rights Law.» In *Sexuality and Human Rights: A Global Overview*, di H. Graupner e P. Tahmindjis. Binghamton, NY: Harrington Park Press, 2005.

Tambiah, Y. «Sexuality and Human Rights.» In *From Basic Needs to Basic Rights: Women's Claim to Human Rights*, di M. A. Schuler, 369-390. Washington, DC: Women, Law and Development International, 1995.

Taylor, G. «The New Gay and Lesbian Partnerships Law in Germany.» *ALTA. L. REV.*, n. 41 (2003): 573.

Terškinas, A. *Not Private Enough? Homophobic and Injurious Speech in the Lithuanian Media*. Vilnius: LGL, 2008.

The National Coalition for Gay and Lesbian Equality v. The Minister of Justice. CCT 11/98 (Constitutional Court of South Africa, 9 ottobre 1998).

The Sunday Times v. The United Kingdom. n. 13166/87 (ECtHR, 26 aprile 1979).

TK c. European Patent Office. n. 2951 (Administrative Tribunal ILO, 8 luglio 2010).

Toonen v. Australia. CCPR/C/50/D/488/1992 (Human Rights Committee, 4 aprile 1994).

Torra, M.J. «Gay Rights after the Iron Curtain.» *Fletcher Forum World Aff* 22 (1998).

Torture, Committee against. «Concluding Observations of the Committee against Torture regarding Egypt.» UN Doc. CAT/C/CR29/4, 23 dicembre 2002.

Torture, Committee against. «Concluding Observations of the Committee against Torture regarding Venezuela.» UN Doc. CAT/C/CR/29/2, 23 dicembre 2002.

Torture, Committee against. «Concluding Observations of the Committee against Torture regarding Argentina.» UN Doc. CAT/C/CR/33/1, 10 dicembre 2004.

Tosto v. Italy. n. 49821/99 (ECtHR, 15 ottobre 2002).

Turcescu, L., e L. Stan. «Religion, Politics and Sexuality in Romania.» *Europe-Asia Studies* 57 (2005).

UN Econ & Soc. Council, Comm'n on H.R. «Status of the International Covenants on Human Rights.» UN Doc. E/CN.4/1985/4, 28 settembre 1984.

UNHCR. *Interpreting Article 1 of the 1951 Convention Relating to the Status of Refugees*. Geneva, 2001.

Üner v. the Netherlands. 46410/99 (ECtHR GC, 18 ottobre 2006).

Union Inter-Africaine des Droits de l'Homme (UIADH) and Others v. Angola. 159/96 (ACommHRP, 11 novembre 1997).

Van Kuck v. Germany. n. 35968/97 (ECtHR, 12 giugno 2003).

Velu, J., e R. Ergec. «La Convention européenne des droits de l'homme .» In *Répertoire pratique du droit belge*. Bruylant, 1990.

Vilvarajah and Others v. The United Kingdom. 13163/87; 13164/87; 13165/87 (ECtHR, 26 settembre 1991).

- Vilvarajah and Others v. United Kingdom*. 13163/87-13164/87-13165/87-13447/87-13448/87 (ECtHR, 30 ottobre 1991).
- Violette, N. La. «The Immutable Refugee: Sexual Orientation in Canada (AG) v Ward.» *University of Toronto Faculty of Law Review* 55 (1997).
- W.J. and D.P. v. United Kingdom* . 12513/86 (European Commission of Human Rights, 13 luglio 1987).
- Watch, Human Rights. «"They Hunt Us Down for Fun". Discrimination and Police Violence Against Transgender Women in Kuwait.» 15 gennaio 2005.
- Watch, Human Rights. «"They Want Us Exterminated": Murder, Torture, Sexual Orientation and Gender in Iraq.» 2009.
- . “*We Are a Buried Generation*” *Discrimination and Violence against Sexual Minorities in Iran*. New York: Human Rights Watch, 2010.
- Weeks, J. «The Sexual Citizen.» *Theory Culture Society* 15, n. 35 (1998).
- Whittington, L. «Manipulating Marriage? Federal Income Taxes and the Household Structure Decision.» *N.Y.L. SCH. J. HUM. RTS* 16 (1999): 129.
- Wilets, J.D. «Conceptualizing Private Violence against Sexual Minorities as Gendered Violence: an International and Comparative Law Perspective.» *Albany Law Review* 60 (2008): 989-1049.
- Wilson, A.R. «The ‘neat concept’ of sexual citizenship: a cautionary tale for human rights.» *Contemporary Politics* 15, n. 1 (2009): 73-85.
- Wilson, B.M. «Institutional Reform and Rights Revolutions in Latin America: The Cases of Costa Rica and Colombia.» *Journal of Politics in Latin America* 1, n. 2 (2009): 59-85.
- Winkler, M. «I trattamenti pensionistici delle coppie dello stesso sesso nell'Unione Europea: il caso Romer.» *Responsabilità civile e previdenza* (Giuffrè Editore), n. 10 (2011): 1979-1996.
- Winkler, M.M., e G. Strazio. *L'abominevole diritto. Gay e lesbiche, giudici e legislatori*. Milano: Il Saggiatore, 2011.
- Woditschka and Wilfling v. Austria*. n. 69756/01; 6306/02 (ECtHR, 21 ottobre 2004).
- Wolfmeyer v. Austria*. n. 5263/03 (ECtHR, 26 maggio 2005).
- Women, Committee on the Elimination of Discrimination against. «Concluding observations on Costa Rica.» UN Doc. CEDAW/C/CRI/CO/5-6, 2005.
- Women, Committee on the Elimination of Discrimination against. «Concluding observations on South Africa .» UN Doc. CEDAW/C/ZAF/CO/4, 2011.
- X and Y v. the Netherlands*. n. 8978/80 (ECtHR, 26 marzo 1985).
- X and Y v. United Kingdom*. 9369/81 (European Commission of Human Rights, 3 maggio 1983).
- X c. Repubblica Federale Tedesca*. n. 530/59 (European Commission of Human Rights, 4 settembre 1960).
- X c. Regno Unito*. n. 7215/75 (ECtHR, 12 ottobre 1978).

X c. Repubblica Federale Tedesca. n. 104/55 (European Commission of Human Rights, 1955 settembre 23).

X, Y and Z v. United Kingdom. n. 21830/93 (ECtHR, 22 aprile 1997).

X, Y and Z v. United Kingdom. 75/1995/581/667 (ECtHR GC, 20 marzo 1997).

X. c. Repubblica Federale Tedesca. n. 5935/72 (ECoHR, 1975).

X. c. Repubblica Federale Tedesca. n. 3566/68 (ECoHR, 15 dicembre 1969).

X. c. Repubblica Federale Tedesca. n. 167/56 (ECoHR, 28 settembre 1956).

X. v. Belgium. n. 6482/74 (ECtHR, 10 luglio 1975).

Y v. Russia. 20113/07 (ECtHR, 4 dicembre 2008).

Yeager v. Islamic Republic of Iran. AJIL, 1988, 355 (Tribunal Iran-Stati Uniti, 2 novembre 1987).

Young v. Australia Communication No. 941/2000. CCPR/C/78/D/941/2000 (Human Rights Committee, 6 agosto 2003).

Z. and T. v. United Kingdom. 27034/05 (ECtHR, 28 febbraio 2006).

Z.B. v. United Kingdom. 16106/90 (ECtHR, 10 febbraio 1990).

Zencovich, Z. «Art. 8.» In *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, di Conforti, Raimondi Bartole, 307 e ss. Padova: Cedam, 2001.

Zukrigl v. Austria. n. 17279/90 (ECoHR, 13 maggio 1992).