

## Il principio di non discriminazione dalla CEDU alla Carta di Nizza: il caso dell'orientamento sessuale

di Carmelo Danisi \*

Il noto principio di non discriminazione, già presente nella Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo (CEDU) all'articolo 14, è stato *riaffermato* all'articolo 21 della Carta di Nizza. Molti gli aspetti problematici al riguardo. Per quanto riguarda la disposizione della CEDU, centrale è l'affermazione secondo cui il contenuto dell'articolo 14 CEDU non ha carattere sostanziale: esso si applica unicamente in combinato agli altri diritti sanciti nella Convenzione. Ciò è stato ripetuto innumerevoli volte dalla Corte di Strasburgo nelle sue sentenze. Un ambito rispetto al quale l'applicazione del principio di non discriminazione ha presentato grosse difficoltà, e che verrà proposto come esempio, riguarda l'orientamento sessuale. Due sentenze dagli esiti contrapposti possono servire a delineare i limiti ma anche le potenzialità dell'art. 14. La seconda parte sarà dedicata al diritto comunitario. Infine, con la proclamazione di una Carta propria di diritti fondamentali, è possibile definire nell'Unione Europea un quadro più ampio di protezione rispetto a quello previsto dalla CEDU? In attesa che della piena validità giuridica della Carta,<sup>1</sup> anche il contenuto dell'art. 21 presenta alcune difficoltà di interpretazione.

### 1. Non discriminazione e CEDU: l'art. 14 e i suoi limiti

Il principio di non discriminazione è diffusamente riconosciuto come manifestazione del più generale principio di eguaglianza. Sulla base di quest'ultimo, situazioni simili devono essere trattate in modo uguale mentre situazioni diverse in modo differente. In caso contrario, e in assenza di ragionevoli giustificazioni, il trattamento deve considerarsi discriminatorio.

Tali principi rappresentano elementi fondamentali della normativa internazionale relativa ai diritti umani. In particolare, il principio di non discriminazione si ritrova nella Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo del 1948 all'art. 7 come nel Patto internazionale sui Diritti Civili e Politici all'art. 26, e risulta puntualmente riaffermato in tutti gli strumenti universali e regionali di tutela.

In ambito europeo, esso è consacrato nella Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, il cui art. 14 afferma: *"Il godimento dei diritti e delle libertà riconosciuti nella presente Convenzione deve essere assicurato senza nessuna discriminazione, in particolare quelle fondate sul sesso, la razza, il colore, la lingua, la religione, le opinioni politiche o quelle di altro genere, l'origine nazionale o sociale, l'appartenenza a una minoranza nazionale, la ricchezza, la nascita o ogni altra condizione"*. Oltretutto, come affermano i giudici di Strasburgo in un caso recente, tale principio *"è profondamente radicato nella giurisprudenza della Corte"*.<sup>2</sup>

Innanzitutto, è necessario precisare che, nonostante sia presente una lista di ragioni per cui possa verificarsi una violazione del principio di non discriminazione, essa non è stata mai interpretata come esaustiva.<sup>3</sup> Infatti, anche se vengono richiamati i fattori più comuni di discriminazione, la Corte di Strasburgo si è avvalsa dell'art. 14 (in relazione ad altri articoli CEDU) per condannare violazioni del principio in esame anche sulla base di motivi non affermati esplicitamente. Si possono ricordare in questa sede, ad esempio, le

---

<sup>1</sup> Per tutti, O. Pollicino e V. Sciarabba, *La Carta di Nizza oggi, tra "sdoganamento giurisprudenziale" e Trattato di Lisbona*, in *Diritto Pubblico Comparato e Europeo*, 2008, Pp. 101-120.

<sup>2</sup> Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, *E. B. c. Francia*, sentenza del 22 gennaio 2008, par. 48.

<sup>3</sup> Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, *Engel e altri c. Paesi Bassi*, sentenza dell'8 giugno 1976, in Serie A, n. 22, par. 72.

discriminazioni basate sull'orientamento sessuale, fattore preso in esame nel caso *Salgueiro da Silva Mouta c. Portogallo*,<sup>4</sup> giudicando il quale la Corte ritiene violato l'art. 14 da parte dello Stato interessato. Come si vedrà dopo, tuttavia, la Corte nel valutare tale tipo di discriminazione ha dovuto richiamare l'art. 8 CEDU, ampliandone il campo di applicazione e forzandone l'interpretazione.<sup>5</sup> Oltretutto, dal momento che la Convenzione europea è stata definita come strumento vivente è probabile che, con il passare del tempo, altri fattori di discriminazione acquistino rilevanza e siano a loro volta ricompresi nella tutela offerta dall'articolo 14 (e, per gli Stati contraenti, dall'art. 1 del Protocollo n. 12). Allo stesso modo, quanto più l'ambito di applicazione di ogni singolo diritto garantito dalla CEDU si espande grazie all'interpretazione della Corte, tanto maggiore sarà la tutela offerta dal principio di non discriminazione.

La decisione di formulare in tal modo il contenuto dell'articolo 14 ha limitato la sua portata in quanto lega un principio generalmente riconosciuto al godimento degli altri diritti proclamati nella stessa Convenzione e nei suoi Protocolli addizionali.<sup>6</sup> È opportuno precisare, tuttavia, che l'applicazione dell'art. 14 non presuppone la violazione di una disposizione contenuta nella CEDU e in tal senso risulta autonomo. Laddove, però, è stata osservata la violazione di un diritto tutelato nella prima parte della Convenzione, la Corte non procede anche all'esame del caso alla luce dell'art. 14.<sup>7</sup> Come si evince, quindi, il divieto di discriminazione della CEDU non è assoluto ma i suoi effetti si manifestano unicamente in combinato alle altre disposizioni contenute nel testo o rispetto ai diritti che, pur non essendo affermati in modo esplicito nella CEDU, trovano in esse la loro base giuridica.

In tal senso si è anche espressa la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo in numerosi casi sottoposti al suo giudizio. Nella sentenza *Kosteski c. l'ex-Repubblica Iugoslava di Macedonia* del 13 aprile 2006, ad esempio, la Corte ha affermato quanto segue: "*Article 14 of the Convention complements the other substantive provisions of the Convention and the Protocols. It may be applied in an autonomous manner as a breach of Article 14 does not presuppose a breach of those other provisions although, since it has no independent existence, it can only come into play where the alleged discrimination falls within the scope of the rights and freedoms safeguarded by the other substantive provisions*".<sup>8</sup>

---

<sup>4</sup> Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, *Salgueiro da Silva Mouta c. Portogallo*, caso n. 33290/96, sentenza del 21 dicembre 1999, par. 28.

<sup>5</sup> Esemplare è il caso *Petrovic c. Austria*, sentenza del 27 marzo 1998, dove la Corte dalla lettura dell'art. 8, che obbliga gli Stati al rispetto della vita privata e familiare, ne deriva l'esistenza di un dovere per l'Austria di assicurare, senza alcuna discriminazione, permessi di maternità.

<sup>6</sup> Tra i contributi che si propongono di analizzare il contenuto e la portata dell'art. 14, si vedano in particolare: S. Bartole, B. Conforti, G. Raimondi, *Commentario alla CEDU*, Cedam, 2001. Pp. 409-423; R. Wintemute, "*Within the Ambit: How is the Gap in Article 14 European Convention on Human Rights?*", in *European Human Rights Law Review*, 2004, 366-382; J. Schokkenbroek, "*The Prohibition of Discrimination in Article 14 of the Convention and the Margin of Appreciation*", in *Human Rights Law Journal*, Vol. 19, 1998; S. Livingstone, "*Article 14 and The Prevention of Discrimination in the European Convention on Human Rights*", in *European Human Rights Law Review*, 1997, pp. 25-34

<sup>7</sup> In molti casi, del resto, tale esame non avviene anche perché ricalcherebbe lo stesso ragionamento seguito dalla Corte per valutare la legittimità dell'azione statale e della relativa proporzionalità al fine dell'accertamento della violazione denunciata di un diritto sostanziale. Vedi, Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, *Lithgow e altri c. Regno Unito*, sentenza 8 luglio 1986 in Serie A, n. 102; *Rekvenyi c. Ungheria*, sentenza del 20 maggio 1999.

<sup>8</sup> Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, *Kosteski c. Ex-Repubblica Iugoslava di Macedonia*, caso n. 55170/00, sentenza del 13 aprile 2006, par. 44. La stessa interpretazione è stata fornita in altri casi in cui il ricorrente ha lamentato la violazione dell'art. 14, come in *Van der Mussele c. Belgio*, sentenza del 23 novembre 1983, in Serie A, n. 70, par. 43; *Tysiac c. Polonia*, caso n. 5410/03, sentenza del 20 marzo 2007; *E.B. c. Francia*, caso n. 43546/2002, sentenza del 22 gennaio 2008, cfr. *infra*; *Abdulaziz, Cabales e Balkandali c. Regno Unito*, sentenza del 28 maggio 1985, in Serie A, n. 94, par. 71; *Inze c. Austria*, sentenza del 28 ottobre 1987, in Serie A, n. 126, par. 36; *Karlheinz Schmidt c. Germania*, sentenza del 18 luglio 1994, in Serie A, n. 291-B, par. 22; *Petrovic c. Austria*, sentenza del 27 marzo 1998, par. 22; *Haas c. Paesi Bassi*, caso n. 36983/97, sentenza del 13 gennaio 2004, par. 41.

Nello stesso caso la Corte ha peraltro affermato quali possono essere i criteri che uno Stato Parte della CEDU deve osservare affinché il principio di non discriminazione non sia violato. In *Kosteski c. l'ex-Repubblica Jugoslava di Macedonia* si può leggere quanto segue: “*different treatment is discriminatory, for the purposes of Article 14, if it “has no objective and reasonable justification”, that is, if it does not pursue a “legitimate aim” or if there is not a “reasonable relationship of proportionality between the means employed and the aim sought to be realized”*”.<sup>9</sup> In effetti, da un lato, l'esistenza di particolari gruppi o categorie di persone che possono vivere in condizioni di ineguaglianza o di svantaggio rispetto al resto della popolazione può giustificare l'adozione di azioni positive. A tal fine, ad esempio, rilevano gli impegni richiesti agli Stati da trattati internazionali o regionali per l'eliminazione di forme particolari di discriminazioni, come quelle basate sul sesso, la cui soluzione può passare attraverso l'introduzione delle cosiddette “quote rosa”. Lo scopo, dall'altro lato, deve rimanere quello di promuovere un'uguaglianza di fatto nel rispetto del principio di proporzionalità. Per questo motivo, nel caso in cui un trattamento risultasse comunque sospetto, le ragioni addotte per giustificarlo devono essere ancora più fondate e, soprattutto, necessarie. A tal fine, ad esempio, la Corte di Strasburgo ha affermato che nell'esame di trattamenti dai quali possano derivare discriminazioni basate sull'orientamento sessuale, sul sesso<sup>10</sup> o sulla nascita al di fuori di vincoli coniugali<sup>11</sup>, gli Stati membri nell'attuarli sono tenuti a fornire forti giustificazioni.<sup>12</sup>

In sintesi, quindi, il ruolo della Corte di Strasburgo nello stabilire se un trattamento discriminatorio ha avuto luogo è fondamentale. Infatti, essa deve innanzitutto capire quali situazioni mettere a confronto. Nel caso in cui una differenza è poi riscontrata, è necessario valutare se l'azione statale persegue un fine legittimo. Come parametro, spesso, sono stati citati i *principi che normalmente prevalgono nelle società democratiche*,<sup>13</sup> nozione che resta ambigua. Infatti, alcuni *principi* non risultano ampiamente condivisi da tutti gli Stati membri del Consiglio d'Europa. Ad esempio, prendendo in esame l'art. 8, fino a che punto lo Stato può interferire nella vita privata dei cittadini per garantire le esigenze della comunità? Oppure, quale differenziazione di trattamenti può essere giustificata dalla difesa della famiglia fondata sul matrimonio? L'interpretazione della Corte deve quindi tener conto di una serie di fattori, prima di tutto la specificità del contesto in cui il caso si colloca.

A tale proposito mi sembra opportuno ricordare la dottrina del margine di apprezzamento, ampiamente richiamata dalla Corte in numerose sentenze che riguardano la disparità di trattamento. Nel caso *Kosteski c. l'ex-Repubblica Jugoslava di Macedonia*, i giudici hanno affermato che: “*the Contracting States enjoy a certain margin of appreciation in assessing whether and to what extent differences in otherwise similar situations justify a different treatment*”.<sup>14</sup> L'ampiezza del margine di apprezzamento può variare in base alle circostanze concrete e alla materia oggetto degli atti statali. Rispetto al principio di

---

<sup>9</sup> Negli stessi termini la Corte si è espressa anche in altri casi. Tra gli altri, *Abdulaziz, Cabales e Balkandali c. Regno Unito*, sentenza del 28 maggio 1985, in Serie A, n. 94, par. 72; *Karlheinz Schmidt c. Germania*, sentenza del 18 luglio 1994, in Serie A, n. 291-B, par. 24.

<sup>10</sup> Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, *Burghartz c. Svizzera*, sentenza del 22 febbraio 1994, in Serie A, n. 280-B, par. 27; *Karlheinz Schmidt c. Germania*, sentenza del 18 luglio 1994, in Serie A, n. 291-B, par. 24; *Petrovic c. Austria*, sentenza del 27 marzo 1998 in Raccolta 1998-II, p. 587, par. 37.

<sup>11</sup> Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, *Inze c. Austria*, sentenza del 28 ottobre 1987, in Serie A, n. 126, par. 4; *Mazurek c. Francia*, caso n. 34406/97, sentenza dell'1 febbraio 2000, par. 49; *Sommerfeld c. Germania*, caso n. 31871/96, sentenza dell'8 luglio 2003, par. 93.

<sup>12</sup> Lo stesso vale nei casi in cui trattamenti discriminatori si basano sull'orientamento sessuale. Vedi ad esempio, Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, *L. and V. c. Austria*, sentenza del 9 gennaio 2003, par. 45; *S.L. c. Austria*, caso n. 45330/99, sentenza del 9 gennaio 2003; *Karner c. Austria*, caso n. 40016/98, sentenza del 24 luglio 2003, par. 37.

<sup>13</sup> Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, *Régime linguistique de l'enseignement en Belgique*, sentenza del 23 luglio 1968, in Serie A, n. 6.

discriminazione, ad esempio, la Corte ha affermato che nella formulazione e nell'attuazione delle politiche fiscali spetta agli Stati membri un largo margine di apprezzamento.<sup>15</sup> Tale margine non risulta, invece, così ampio nel momento in cui entrano in gioco fattori sensibili, quali quelli richiamati nell'art. 14.

### **1.1 Discriminazioni dirette e indirette: *Thlimmenos c. Grecia e D.H. e altri c. Repubblica Ceca***

Da quanto detto finora, è possibile ritenere che l'art. 14 non comprende solo discriminazioni dirette, bensì tutela anche quelle situazioni in cui l'applicazione di uno stesso trattamento a tutta la popolazione non tiene conto delle specificità delle sue componenti. Proprio rispetto a tali circostanze, la Corte appare sempre più orientata a condannare gli Stati membri laddove non sia possibile giustificare politiche che danno vita a discriminazioni *indirette*.<sup>16</sup>

Ne è un esempio il caso *Thlimmenos c. Grecia*,<sup>17</sup> a seguito del quale lo Stato greco è stato condannato per non aver tenuto conto dei bisogni specifici derivanti dalla fede professata dal ricorrente. A quest'ultimo, invece, è stato applicato lo stesso trattamento riservato alla maggioranza dei cittadini, pur non riconoscendosi in essa. Per la Corte, ricalcando il ragionamento precedentemente delineato, non esistevano motivi ragionevoli ed oggettivi per *non* trattare diversamente il signor Thlimmenos.

Altro caso interessante è *D.H. e altri c. Repubblica Ceca*<sup>18</sup>, con cui la Corte ha dapprima negato la violazione e, solo in un secondo momento, ha deciso di condannare lo Stato per la violazione dell'articolo 14 letto in combinato con l'art. 2 del primo Protocollo addizionale alla CEDU. Il trattamento contrario al principio di non discriminazione riguardava il collocamento di bambini di etnia rom in istituti destinati, in realtà, a bambini con difficoltà di apprendimento. Il ricorso presentato dall'*European Roma Rights Centre*, infatti, aveva evidenziato come, nonostante la legge sotto esame fosse stata promulgata per uno scopo legittimo, averne esteso l'applicazione ai Rom comportava loro una lesione del diritto all'istruzione. Relegandoli negli istituti speciali, i bambini Rom non avrebbero avuto accesso ad un'istruzione di qualità né sarebbero potuti venire a contatto con la maggioranza dei bambini cechi con conseguenti problemi di integrazione sociale.

La prima sentenza sul caso, emanata da una Camera della Seconda Sezione della Corte il 7 febbraio 2006, non aveva considerato il trattamento riservato ai Rom come un tipo di discriminazione indiretta. Per quanto i giudici ritenessero possibile che "una disposizione generale possa avere effetti sproporzionalmente pregiudizievoli nei confronti di un determinato gruppo di individui, nonostante non rivolto a questi ultimi",<sup>19</sup> la Repubblica Ceca non era condannabile soprattutto perché il trattamento riservato ai Rom mancava di intenzionalità. Tale decisione è stata però totalmente ribaltata dalla Grande Camera con la sentenza del 13 novembre 2007. Per essa, infatti, il mancato intento non era sufficiente a sollevare lo Stato ceco dalle sue responsabilità. Quest'ultimo, piuttosto, non aveva fornito

---

<sup>14</sup> *Kosteski v. The former Yugoslav Republic of Macedonia*, supra nota 1; cfr. anche *Karlheinz Schmidt v. Germany*, sentenza del 18 luglio 1994, in Serie A, n. 291-B, par. 24.

<sup>15</sup> Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, *Fredin c. Svezia*, sentenza del 18 febbraio 1991, in Serie A, n. 192, par. 151; *Immobiliare Saffi c. Italia*, sentenza del 28 luglio 1999, Raccolta 1999-V, par. 49; *Chapman c. Regno Unito*, sentenza del 18 gennaio 2001.

<sup>16</sup> Sulla differenziazione delle discriminazioni, O.De Schutter, *The Prohibition of Discrimination under European Human Rights Law*, pp. 17-18.

<sup>17</sup> Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, *Thlimmenos c. Grecia*, caso n. 34369/97, sentenza del 6 aprile 2000, par. 42-47.

<sup>18</sup> Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, *D.H. e altri c. Repubblica Ceca*, caso n. 57325/00, sentenze del 7 febbraio 2006 e del 13 novembre 2007.

<sup>19</sup> Tramontana Enzamaría, *Discriminazione indiretta e nozione di uguaglianza*, in Tutela internazionale dei Diritti Umani, n. 2/2008.

una motivazione obiettiva e ragionevole per giustificare il collocamento dei bambini Rom in istituti diversi dalle scuole ordinarie. Addirittura, lo stesso permesso ricevuto dai genitori dei bambini non è stato ritenuto valido a tal fine. Per la Grande Camera, del resto, nel momento in cui si voglia far valere una violazione indiretta del principio di discriminazione, l'onere della prova spetta allo Stato membro chiamato in causa. In questo caso, al di là dell'intenzionalità della misura, a contare è la mancata valutazione da parte delle autorità competenti degli effetti che essa può produrre su individui diversi da quelli a cui è principalmente rivolta.

## 1.2 Il Protocollo n. 12 alla CEDU

Nonostante la Corte nell'esame dei casi sottoposti a suo giudizio abbia dato un'interpretazione non restrittiva delle disposizioni convenzionali, resta evidente il limite che caratterizza il principio di non discriminazione nel modo in cui è enunciato nell'art. 14. Del resto, per i diritti non elencati dalla CEDU o dai suoi Protocolli o per le fattispecie che non possono essere ricomprese nelle sue disposizioni, la tutela della CEDU in alcuni ambiti risulta particolarmente carente.

Per questo motivo, il Consiglio d'Europa nella convinzione di rafforzare le previsioni della CEDU, ha elaborato il Protocollo n. 12. Esso è stato aperto alla firma degli Stati membri il 4 novembre 2000 ma, nonostante sia entrato in vigore il primo di aprile 2005, ad oggi è stato ratificato ed entrato in vigore solamente in 17 Paesi (su 47!).<sup>20</sup> Come afferma l'*Explanatory Report*<sup>21</sup> relativo al Protocollo n. 12, l'idea di adottare un Protocollo per migliorare la tutela dei principi di eguaglianza e di non discriminazione risale agli anni '60 ma solo negli ultimi anni, grazie agli sforzi compiuti per realizzare condizioni di parità tra uomo e donna e per combattere il fenomeno del razzismo, è divenuto chiaro quanto importante fosse rivedere l'impostazione dell'articolo 14 per ampliarne l'ambito di applicazione. Ciononostante, è stato deciso di non estendere la lista di motivi già presenti nell'articolo originale per evitare che la nuova disposizione possa essere interpretata in modo non corretto. Infatti, l'inserimento di un nuovo *discrimination ground* avrebbe potuto far pensare che solo rispetto alle ragioni esplicitamente espresse si potesse far valere violazione del principio di discriminazione. L'art. 1 del Protocollo, infatti, si pone piuttosto l'obiettivo di ampliare l'applicazione di tale principio al godimento di qualsiasi diritto *ricosciuto per legge* negli Stati contraenti la CEDU. Inoltre, nel momento in cui il Protocollo entrasse in vigore, ogni autorità pubblica nazionale avrebbe il dovere di attuare le proprie funzioni senza discriminazione alcuna. Come è stato ben precisato nell'*Explanatory Report*, le disposizioni contenute nell'art. 1 non intendono in alcun modo far sorgere obblighi positivi in seno agli Stati contraenti ma si limita a ribadire loro un dovere negativo. Laddove, però, esistano delle lacune nella legislazione nazionale che rendano alcuni gruppi o persone maggiormente vulnerabili a trattamenti discriminatori è possibile far valere sugli Stati contraenti l'obbligo di agire per porre in essere adeguati strumenti di tutela.<sup>22</sup> Naturalmente, si tratterebbe di uno scopo legittimo e i mezzi utilizzati per perseguirlo non dovrebbero essere né sproporzionati né illimitati nel tempo. Ad

---

<sup>20</sup> Albania, Andorra, Armenia, Bosnia, Croazia, Cipro, Finlandia, Georgia, Lussemburgo, Montenegro, Paesi Bassi, Romania, San Marino, Serbia, Spagna, Macedonia e Ucraina. Informazioni consultate on-line il 30 aprile 2009 al link <http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=177&CM=8&DF=4/15/2009&CL=ENG>

<sup>21</sup> Consiglio d'Europa, *Explanatory Report on Protocol No. 12 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*, adottato dal Consiglio d'Europa il 26 giugno 2000. Consultato on-line al link <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Reports/Html/177.htm> il 14 aprile 2009. Sul Protocollo anche R. Wintemute, *Filling the article 14 Gap: Government Ratification and Judicial Control of Protocol N. 12 ECHR*, in *European Human Rights Law Review*, 2004, 484-499.

<sup>22</sup> In modo simile si era comunque espressa la Corte nel caso *X e Y c. Paesi Bassi*, sentenza del 26 marzo 1985, in Serie A, n. 91, parr. 23, 24, 27, 30.

esempio, la necessità di combattere forme di razzismo basate sull'idea di razza o di origine etnica è all'origine dell'adozione di politiche statali che possono avvantaggiare soggetti/gruppi oggetto di discriminazioni o che mirano al rafforzamento della democrazia e della tolleranza nelle rispettive società.

Un'osservazione che può essere avanzata riguarda il carattere che un diritto deve avere ai sensi dell'art. 1 del Protocollo. Infatti, se esso si applica ad ogni diritto affermato per legge, non è chiaro se rientrino nell'ambito di applicazione anche quei diritti espressi dalla normativa internazionale. Del resto, numerosi trattati internazionali contengono disposizioni dettagliate che riconoscono una serie di diritti ad alcune categorie di persone (ad esempio, migranti, disabili, donne) che non vengono puntualmente trasposti nella legislazione interna agli Stati. Il rapporto del Consiglio europeo risulta ambiguo su tale questione: esso afferma piuttosto che, nel caso in cui nel termine *law* s'intendesse far rientrare il diritto internazionale, non spetterebbe alla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo giudicare la conformità della legislazione interna degli Stati contraenti con gli obblighi da loro assunti a livello internazionale al di là di quelli derivanti dall'adesione alla CEDU. In tal caso, però, la giurisprudenza della Corte di Strasburgo risulterebbe notevolmente ampliata. Altra questione è capire cosa succede se manca una legge che riconosca determinati diritti. Nel paragrafo seguente, ad esempio, tratterò la questione dell'orientamento sessuale. Dal momento che in Italia manca una legge che riconosca formalmente qualsiasi tipo di convivenza, posso ipotizzare che le disposizioni del Protocollo 12 non servirebbero a colmare trattamenti senza dubbio discriminatori. Come si dirà, la *non scelta* italiana nel senso di lacuna legislativa la pone al riparo di qualsiasi tentativo di far valere davanti alla Corte Europea pari diritti a coloro che ritengono di essere discriminati a causa dell'orientamento sessuale. La ratifica del Protocollo n. 12, in tale contesto, non rappresenterebbe quindi una soluzione.

## **2. Non discriminazione e orientamento sessuale: i casi esaminati dalla Corte di Strasburgo**

La discriminazione basata sull'orientamento sessuale, sia diretta che indiretta, è sicuramente un esempio di differenziazione di trattamenti che non trova ancora condanna univoca e assoluta, come avviene invece per quelle basate sul sesso o sull'origine etnica. La maggiore difficoltà, probabilmente, consiste nella mancanza di un orientamento comune in materia da parte degli Stati. Del resto, la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo ha considerato spesso tale fattore per far ricorso alla dottrina del margine di apprezzamento in sentenze che esaminavano casi in cui erano stati denunciati trattamenti discriminatori sulla base delle tendenze sessuali del ricorrente. Tuttavia, come ha notato un giudice nella sua opinione dissenziente nella sentenza sul caso *Fretté c. Francia*, "è chiaro che un consenso europeo in tale ambito sta emergendo". Infatti, non solo l'Assemblea Parlamentare del Consiglio d'Europa ha raccomandato al Consiglio di aggiungere l'orientamento sessuale quale fattore di discriminazione nella CEDU ma ha anche chiesto agli Stati di operare allo stesso modo nelle loro legislazioni nazionali. In risposta, il Consiglio ha assicurato di concentrare particolare attenzione sul tema.<sup>23</sup> In effetti, l'art. 14 non comprende l'orientamento sessuale tra i *grounds* di discriminazione e, come già ampiamente ricordato, un trattamento discriminatorio deve ostacolare il godimento di un diritto contenuto nella CEDU per essere esaminato dalla Corte. A tal fine, il diritto più volte evocato dai giudici di Strasburgo è quello al rispetto della vita privata e familiare, contenuto nell'art. 8.<sup>24</sup> Tra le sentenze che, a mio avviso, meritano di essere approfondite

---

<sup>23</sup> Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, *Fretté c. Francia*, caso n. 36515/97, sentenza del 26 febbraio 2002. Cfr. Opinione dissenziente dei Giudici Bratza, Fuhrmann e Tulkens.

<sup>24</sup> Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, *Fretté c. Francia*, caso n. 36515/97, sentenza del 26 febbraio 2002, par. 32; *Goodwin vs. Regno Unito*, caso n. 28957/95, sentenza del 11 luglio 2002; *E. B. c. Francia*, caso n. 43546/02,

in quanto riguardano l'applicazione dell'art. 14 in combinato disposto con l'art. 8 per trattamenti discriminatori a svantaggio di persone omosessuali sono quelle relative ai casi *Fretté* e *E.B.*, entrambi presentati contro la Francia. Il confronto tra le due sentenze è molto interessante, in quanto la Corte è stata chiamata a valutare due situazioni apparentemente simili giungendo a conclusioni differenti.

Iniziando con l'esame di *Fretté c. Francia*, il ricorrente lamenta la violazione del principio di non discriminazione e del rispetto alla vita privata per essersi visto negare la sua domanda di adozione in quanto omosessuale. Per i servizi sociali incaricati di verificare l'idoneità all'adozione, il signor Fretté sarebbe stato senz'altro capace di crescere un figlio ma *le sue circostanze personali* ponevano alcuni dubbi. Mentre il giudice amministrativo aveva accolto le contestazioni del signor Fretté, il massimo grado di giudizio francese convalidava la decisione presa dai servizi competenti perché non vi erano sufficienti garanzie per lo sviluppo del bambino.

La sentenza della seconda sezione della Corte di Strasburgo, emanata il 26 febbraio 2002, manifesta il disaccordo esistente tra i giudici europei nella valutazione del caso. Infatti, per soli quattro voti contro tre la decisione finale è stata la mancata violazione dell'art. 14 in combinato disposto con l'art. 8. La Corte europea accettava quindi le ragioni del Governo francese che, oltre a sostenere l'inapplicabilità dell'art. 8 rispetto alle pretese di adozione del ricorrente, faceva rientrare la questione nel margine di apprezzamento riconosciuto agli Stati. Non esisteva, del resto, alcun consenso sull'adozione da parte di omosessuali tra gli Stati membri del Consiglio d'Europa e solo alcuni di essi avevano legiferato in tal senso.<sup>25</sup> La Corte, in effetti, riconosce la diversità di opinioni tra gli Stati ma anche nella valutazione della conformità della decisione francese rispetto al principio di non discriminazione accetta le giustificazioni del Governo di Parigi. Queste sarebbe rispondenti ad uno scopo legittimo e le misure adottate risultano proporzionali al fine perseguito: nel bilanciamento degli interessi prevalgono quelli del bambino eventualmente adottato. Nelle opinioni dissenzienti è facile notare come, invece, ad avviso dei giudici che non hanno condiviso il ragionamento della maggioranza tale proporzionalità mezzi/fini non sia stata rispettata.

Per quanto riguarda *E. B. c. Francia*, la cui sentenza risale al 22 gennaio del 2008, si tratta del ricorso presentato da una donna francese alla quale, nonostante le qualità personali e professionali, è stata rifiutata l'adozione in ragione della sua omosessualità. Secondo i giudici francesi, sebbene nel loro Paese un soggetto singolo abbia il diritto di ricorrere all'adozione, nel caso della signora B. non sussistevano le condizioni psicologiche per far crescere il bambino adottivo per via della mancanza di una figura paterna. Gli interessi del bambino eventualmente adottato erano stati considerati prioritari dalle Corti francesi rispetto al fatto che il rifiuto della sua domanda di adozione violasse il principio di non discriminazione<sup>26</sup>. La ricorrente, infatti, non aveva nascosto né le sue tendenze sessuali nel corso della procedura di adozione, né la sua relazione con una psicologa. Anzi, poiché la sua compagna non era stata coinvolta nella procedura di adozione ed entrambe non si definivano "coppia", per i servizi sociali e la psicologa incaricata di valutare la situazione della signora B. si trattava di una condizione ambigua di cui il bambino avrebbe potuto

---

sentenza del 22 gennaio 2008, par. 35; *Dudgeon c. Regno Unito*, sentenza del 22 ottobre 1981, in Serie A, n. 45, par. 41; *Laskey, Jaggard e Brown c. Regno Unito*, sentenza del 19 febbraio 1997, in Raccolta delle sentenze e delle decisioni 1997-I, par. 36.

<sup>25</sup> Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, *Fretté c. Francia*, caso n. 36515/97, sentenza del 26 febbraio 2002, parr. 40-41.

<sup>26</sup> Al di là della sentenza del tribunale amministrativo del 24 febbraio 2000 che accoglieva le contestazioni della donna sia sul merito che sul mancato rispetto della procedura, tutti gli altri giudici avevano rigettato il ricorso. Vedi par. 22. Per commenti sulla sentenza, Elena Falletti, *La Corte Europea dei Diritti dell'Uomo e l'adozione da parte del single omosessuale*, in *Famiglia e Diritto*, n. 3/2008, pp. 224-229; *Diritti Umani e Diritto Internazionale*, vol. 2, n. 3/2008, p.653.

soffrire<sup>27</sup>. Nell'ultimo grado di giudizio, del resto, è stato anche chiarito che il rifiuto della domanda di adozione non aveva leso i diritti contenuti negli articoli 8 e 14 della CEDU né le disposizioni interne in materia di discriminazione sessuale.<sup>28</sup>

Nella sua valutazione del caso, la Corte di Strasburgo chiarisce innanzitutto come non si possa derivare dalla CEDU, e in particolare dall'art. 8, un diritto a costituire una famiglia né all'adozione. Tuttavia, il rispetto della vita privata, tutelato dallo stesso articolo, comprende il diritto a *“stringere e sviluppare relazioni con i propri simili (Niemiets c. Germania, sentenza del 16 dicembre 1992, serie A n. 251-B, p. 33, § 29), il diritto allo « sviluppo personale » (Bensaïd c. Regno Unito, n. 44599/98, § 47, CEDU 2001-I) o il diritto all'autodeterminazione in quanto tale (Pretty c. Regno Unito, n. 2346/02, § 61, CEDU 2002-III). Tale nozione comprende degli elementi come il nome (Burghartz c. Svizzera del 22 febbraio 1994, serie A n. 280-B, p. 28, § 24), l'identificazione sessuale, l'orientamento sessuale e la vita sessuale, che rientrano nella sfera personale tutelata dall'articolo 8”*. Poiché il caso della signora B. concerne il diritto di un singolo all'adozione previsto per legge dallo Stato francese, esso ricade quindi nell'ambito di applicazione dell'art. 8. A ciò bisogna aggiungere che lo stesso diritto, una volta concesso, non può comportare differenziazioni di trattamento così come espresso dall'art. 14. Ai sensi di quest'ultimo articolo, come ha lamentato la signora B., il trattamento che le è stato riservato in quanto omosessuale non può considerarsi rispondente ad un fine legittimo né risulta giustificato da motivi seri e ragionevoli.

Per il Governo francese, invece, non sussistevano i presupposti per mutare l'orientamento delineato con il caso *Fretté*. Infatti, né era aumentato il consenso tra gli Stati membri del Consiglio d'Europa sull'adozione da parte di omosessuali né la comunità scientifica era giunta ad una posizione comune sugli effetti nello sviluppo personale del bambino se adottato da due persone dello stesso sesso<sup>29</sup>.

La valutazione della Corte si concentra soprattutto sui caratteri distintivi della vicenda della signora B. rispetto a quella del signor *Fretté*. Infatti, se nel secondo caso esistevano ragioni oggettive che giustificavano un trattamento diverso nei confronti del ricorrente, la domanda di adozione della signora B. è da considerarsi conforme alla legge vigente in quel momento in Francia. Se ad ogni persona non sposata con età superiore ai 28 anni è concesso presentare domanda di adozione non è chiaro perché la domanda della signora B. fosse stata rifiutata. Per i giudici di Strasburgo, del resto, non si può motivare il rifiuto con la mancanza di una figura paterna perché ciò sarebbe in contraddizione con la legge stessa, *“rischiando così di svuotare di sostanza il diritto delle persone non sposate di chiedere l'autorizzazione”*<sup>30</sup>. Per quanto le Corti francesi abbiano cercato di non fondare il loro giudizio sulla base delle condizioni di vita della signora B., o almeno non esplicitamente, la Corte di Strasburgo ha ritenuto tale fattore decisivo in ogni grado di giudizio per opporre alla ricorrente un rifiuto all'adozione. La differenza di trattamento, quindi, vi è stata e le ragioni addotte dal Governo francese per giustificarlo non sono state considerate sufficienti. Del resto, se è forte il sospetto che una discriminazione si sia fondata sull'orientamento sessuale della vittima, allora lo Stato deve produrre giustificazioni particolarmente convincenti e ragionevoli. Ciò non è avvenuto nel caso della signora B. in quanto *le sue qualità umane ed educative incontestabili* sarebbero state conformi all'interesse del bambino adottato.<sup>31</sup> Per tali ragioni, la Francia è stata ritenuta responsabile della violazione dell'art. 14 in combinato disposto con l'art. 8. Alla constatazione della discriminazione si aggiunge anche il danno morale certo subito dalla

<sup>27</sup> Cfr. sentenza del 22 gennaio 2008, parr. 1-15.

<sup>28</sup> Ibid, par. 25.

<sup>29</sup> Ibid, parr. 64-67.

<sup>30</sup> Ibid, par. 73.

<sup>31</sup> Ibid, parr. 95-98.

vittima in base al quale la Grande Camera ha ritenuto opportuno accordare una riparazione monetaria.<sup>32</sup>

Particolarmente interessanti sono le opinioni dissenzienti relative al caso che, anche in questa occasione, dimostrano come il consenso non sia per niente unanime sul tema. I giudici J. P. Costa e Mularoni ritengono che, in realtà, non sia l'orientamento sessuale il motivo per il quale la domanda della signora B. è stata negata. Le circostanze concrete della vicenda non avrebbero dovuto consentire alla Grande Camera di formulare una sentenza che può costituire un precedente importante. A loro avviso, sarebbe stato meglio confermare la sentenza Fretté ritenendo la Francia non responsabile per violazione degli articoli 14 e 8. Allo stesso modo, il giudice Loucaides esprime il suo disappunto affermando la legittimità della decisione delle autorità francesi. Inoltre, il ragionamento della maggioranza si fonderebbe su presupposti sbagliati: mentre il rifiuto opposto alla signora B. si fonda su due motivi distinti e autonomi, la discriminazione fondata sull'orientamento sessuale riguarderebbe solo uno di essi. Appurato questo, la conclusione non può portare a una condanna totale dell'intera procedura seguita dalla Francia ("teoria della contaminazione").<sup>33</sup> Anzi, essa avrebbe dovuto rientrare in quel margine di apprezzamento che la Corte riconosce agli Stati.<sup>34</sup>

A prima vista, quindi, la Grande Camera ha deciso di mutare il suo orientamento rispetto al caso Fretté. Tuttavia, ritengo che il ragionamento della Corte è più sottile. Dalla sentenza E.B. non ne deriva, infatti, un pacifico consenso sull'adozione da parte di un omosessuale. Si tratta piuttosto della corretta applicazione del principio di non discriminazione contemplato all'art. 14. Del resto, la Grande Camera si sforza per tentare di distinguere i due casi mettendo in luce le difficoltà del signor Fretté constatate dai servizi sociali in termini di organizzazione della propria vita familiare. La signora B., invece, è un'educatrice affermata per le sue qualità. Di conseguenza, la Corte ha constatato una violazione nel caso di specie, perché il rifiuto dell'autorizzazione all'adozione era parzialmente fondato su motivi illegittimi. Non si mette in dubbio il dovere degli Stati di interferire nella vita privata dei potenziali genitori per capire se sussistano le condizioni per un'adozione, come richiedono anche i trattati internazionali richiamati nella sentenza. Ciò che viene contestato è il trattamento discriminatorio nei confronti di un'omosessuale che, ai sensi della legge francese, può ricorrere all'adozione in quanto single. Quindi, laddove uno Stato riconosce alle persone non coniugate la possibilità di adottare un bambino, la legge deve essere applicata senza alcuna discriminazione e, rimanendo ai casi esaminati, senza tener conto delle tendenze sessuali del richiedente.

### **3. Non discriminazione e Unione Europea**

Considerate le lacune (per il momento) esistenti nell'ambito del Consiglio d'Europa in materia di non discriminazione, passo ora ad esaminare la tutela offerta dall'Unione Europea tenendo conto delle disposizioni contenute nella Carta di Nizza (artt. 20 e 21).

Anche in ambito comunitario, il principio di non discriminazione rappresenta una manifestazione del più generale principio di eguaglianza. Quest'ultimo, riaffermato dalla Carta di Nizza all'art. 20, è stato considerato dalla Corte di Giustizia come uno dei principi fondamentali del diritto dell'Unione europea in una molteplicità di sentenze.<sup>35</sup> La stessa Corte ha chiarito che "il divieto di discriminazione impone che situazioni analoghe non

---

<sup>32</sup> Ibid, par. 100-102.

<sup>33</sup> Ibid, par. 80.

<sup>34</sup> Ibid, p. 40.

<sup>35</sup> Corte Europea di Giustizia, Racke, sentenza del 13 novembre 1984, causa 283/83, in Raccolta 1984, p. 3791; EARL, sentenza del 17 aprile 1997, causa C-15/95, in Raccolta 1997, p. I-1961; Karlsson, sentenza del 13 aprile 2000, causa C-292/97, in Raccolta 2000, p. 2737.

siano trattate in maniera diversa e che situazioni diverse non siano trattate in modo uguale, a meno che un tale trattamento non sia obiettivamente giustificato".<sup>36</sup>

Numerosi sono, quindi, i punti di contatto con gli orientamenti della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo. Per iniziare, laddove venga lamentata una violazione del principio in esame, la Corte di Giustizia della Comunità Europea procede a un rigoroso controllo sulla ragionevolezza delle giustificazioni presentate dallo Stato membro rispetto all'adozione di misure potenzialmente discriminatorie (fine legittimo, proporzionalità fini/mezzi, necessità). Tale controllo, anche in ambito comunitario, può variare di intensità a seconda del settore e delle circostanze del caso e copre sia discriminazioni dirette che indirette.<sup>37</sup> Tuttavia, la Corte di Giustizia ha da più tempo rintracciato criteri oggettivi per valutare se una discriminazione è stata commessa: infatti, a differenza della Corte di Strasburgo, ha ben presto ritenuto irrilevante l'intenzionalità quale elemento necessario di un trattamento discriminatorio: contano piuttosto gli effetti sfavorevoli che eventuali misure nazionali possono procurare.<sup>38</sup>

Rispetto ai fattori di discriminazione, senza considerare in questa sede la nazionalità, posso certamente riferirmi al contenuto dell'art. 21 della Carta di Nizza, la cui intenzione è appunto quella di *riaffermare* diritti già pienamente tutelati a livello comunitario. In tal senso si esprime la spiegazione relativa all'art. 21 elaborata dal Presidium della Convenzione che aveva redatto la Carta.<sup>39</sup> In particolare, essa richiama la CEDU chiarendo che nella misura in cui l'articolo 21 coincide con l'art. 14 "si applica in conformità ad esso". Ne deriva, quindi, una tutela equivalente per quei settori di competenza che si sovrappongono nei due sistemi europei. Tuttavia, la Carta di Nizza nel ribadire il medesimo principio cita molti più fattori di discriminazione rispetto a quelli contenuti nella CEDU. È senz'altro vero che alcuni di questi sono ormai stati interpretati dalla Corte di Strasburgo come manifestazioni o interferenze nell'esercizio di diritti sanciti esplicitamente nella Convenzione. Come abbiamo visto, ad esempio, la tutela dell'orientamento sessuale è ormai ricompresa nell'art. 8 CEDU che contempla il diritto al rispetto della vita privata e familiare. Acquistano, invece, visibilità altri elementi quali le caratteristiche genetiche, l'appartenenza ad una minoranza nazionale, il patrimonio, gli handicap e l'età. Resta comunque il limite delle competenze attribuite all'Unione Europea.

Come è stato puntualmente precisato dal Presidium nelle sue spiegazioni alla Carta, il primo paragrafo dell'articolo 21 "*non conferisce alcuna facoltà di emanare norme contro la discriminazione nei settori d'intervento degli Stati membri o nei rapporti fra privati né sancisce alcun divieto assoluto di discriminazione in settori così ampi*"<sup>40</sup>. Quindi, la garanzia di non discriminazione riguarderebbe unicamente l'operato delle istituzioni e degli organi dell'Unione europea nei rispettivi ambiti di competenza e, di conseguenza, l'azione degli Stati membri nel momento in cui attuano il diritto dell'Unione. Nelle spiegazioni del Presidium, peraltro, è stato sottolineato come la disposizione in esame si ispiri all'articolo 19 della versione consolidata del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea e si applichi in conformità ad esso. Ai sensi di tale articolo, il Consiglio, seguendo una particolare procedura, può adottare quei provvedimenti che sono utili per combattere le discriminazioni fondate sul sesso, la razza, la religione, la disabilità, l'età e l'orientamento sessuale. La Carta di Nizza, quindi, non amplirebbe le competenze del Consiglio

---

<sup>36</sup> Corte Europea di Giustizia, *Reemtsma Cigarettenfabriken GmbH c. Ministero delle Finanze*, sentenza del 15 marzo 2007, causa n. C-35/05, par. 44.

<sup>37</sup> Pasquale Chieco, *Le nuove direttive comunitarie sul divieto di discriminazione*, RIDL, 2002, I. Pp. 75-117. In particolare, parr. 2.2. e 4.

<sup>38</sup> Corte di Giustizia Europea, *Dekker*, sentenza dell'8 novembre 1990, causa C-177/88. In tal modo, spetta al soggetto che ha posto in essere il comportamento vietato dimostrare che il principio non è stato violato.

<sup>39</sup> *Spiegazioni relative alla Carta dei Diritti fondamentali*, doc. 2007/C 303/02, pubblicato nella Gazzetta ufficiale dell'Unione europea del 14 dicembre 2007.

<sup>40</sup> Ibid, pag. 8.

acquisite sulla base dell'art. 19 ma, presentando comunque una lista di fattori più ampia, potrebbe ispirare le istituzioni europee ad estendere la lotta alle discriminazioni.

Anche in ambito comunitario, quindi, non esiste un divieto di discriminazione su qualunque base, ma la tutela offerta è certamente avanzata nel settore dei diritti sociali, molti dei quali non coperti dalla CEDU e dai suoi Protocolli addizionali e certamente funzionali alle finalità con le quali sono nate le Comunità Europee prima e l'Unione poi. Ad esempio, resta centrale negli obiettivi delle istituzioni europee quello di promuovere una generale eguaglianza tra uomo e donna, a partire dalla garanzia dello stesso trattamento economico per un'uguale tipologia di lavoro<sup>41</sup> come nell'accesso a beni e servizi.<sup>42</sup> Ad esso si sono aggiunti nel tempo altri fattori da combattere: come non ricordare, ad esempio, la disabilità, alla quale è stata dedicata una dichiarazione speciale ad Amsterdam richiedendo alle istituzioni europee di tener conto dei bisogni di tale categoria di persone ad alto rischio di discriminazione.

Gli sforzi europei per combattere i trattamenti discriminatori, del resto, sono stati molteplici. Sulla base dell'articolo 13 del Trattato di Amsterdam (l'attuale art. 19), il Consiglio ha adottato due importanti direttive.<sup>43</sup> La prima ha come obiettivo la lotta contro la discriminazione basata sulla razza o sull'origine etnica,<sup>44</sup> soprattutto nel campo del lavoro, dell'educazione, della previdenza sociale e nell'accesso a beni e servizi. La seconda si caratterizza per la sua ampia portata: essa vieta qualsiasi trattamento discriminatorio fondato sulla base dei fattori menzionati dall'attuale art. 19<sup>45</sup> (religione, disabilità, età, tendenze sessuali). Alle due forme già definite dalla Corte di Strasburgo, diretta ed indiretta, costituiscono discriminazione anche le molestie "*se hanno lo scopo di violare la dignità di una persona e di creare un clima intimidatorio, ostile, degradante, umiliante od offensivo*" (art. 2.3). Il divieto di discriminazione proclamato dalla direttiva 2000/78 si applica a tutte le persone, sia del settore pubblico che del privato, per quanto attiene all'accesso e alle condizioni di lavoro, alla formazione e all'orientamento professionale e all'attività sindacale.<sup>46</sup> Non rientrano, invece, i regimi di previdenza e protezione sociale, ma sulla base di una recente sentenza della Corte Europea di Giustizia – la causa Maruko – tale questione è degna di ulteriore approfondimento.<sup>47</sup> Le Direttive sono sostenute anche da un programma d'azione, istituito con decisione del Consiglio, al fine di promuovere misure pratiche per combattere le discriminazioni in esse vietate. Si tratta di strumenti estremamente importanti vista la loro efficacia: tutti coloro che ritengono di essere stati discriminati in conformità alle disposizioni delle due direttive possono farle valere dinanzi le autorità giudiziarie competenti. Inoltre, secondo le disposizioni in esse contenute, non

---

<sup>41</sup> Il principio *equal pay for equal work* è stato riconosciuto già dal 1957 con il Trattato CEE all'art. 119 mentre il principio generale di uguaglianza è stata inserito nei trattati istitutivi (art. 2) per la prima volta ad Amsterdam. Anche la Corte di Giustizia Europea ha ben presto precisato come l'eguaglianza tra uomo e donna rientri tra i principi fondamentali del diritto europeo e direttamente (sentenze *Defrenne II e III*, rispettivamente causa n. 43/75 e n. 149/77). Per una disamina completa della discriminazione basata sul sesso, Samantha Besson, *Gender discrimination under EU and ECHR law*, in *Human Rights Law Review* n. 8 (2008), pp. 647-682.

<sup>42</sup> Si ricorda la Direttiva 2004/113/CE, del 13 dicembre 2004, che attua il principio della parità di trattamento tra uomini e donne per quanto riguarda l'accesso a beni e servizi e la loro fornitura, GU L 373 del 21 dicembre 2004, p. 37.

<sup>43</sup> Per un commento, si vedano tra gli altri, Pasquale Chieco, *Le nuove direttive comunitarie sul divieto di discriminazione*, RIDL, 2002, I. Pp. 75-117; Commissione Europea, *Uguaglianza e non discriminazione: rapporto annuale 2004*, Bruxelles, 2004.

<sup>44</sup> Consiglio dell'Unione Europea, *Direttiva 2000/43/CE*, 29 giugno 2000, pubblicata nella GU L 180/22 del 19 luglio 2000. Art. 1.

<sup>45</sup> Consiglio dell'Unione Europea, *Direttiva 2000/78/CE*, 27 novembre 2000, pubblicata nella GU L 303/16 del 2 dicembre 2000. Art. 1.

<sup>46</sup> *Ibid*, art. 3.

<sup>47</sup> Come nota Pasquale Chirico a p. 102, *supra* nota 43, tale eccezione risulta essere particolarmente significativa per le differenze di trattamento basate sull'orientamento sessuale.

spetta alla vittima provare che una violazione sia avvenuta ma è piuttosto il responsabile a dover dimostrare il contrario<sup>48</sup> (come si vedrà, nell'attuazione della direttiva l'Italia è risultata inadempiente anche su tale punto). Per concludere, bisogna comunque puntualizzare che, ai sensi dell'art. 3.2 delle direttive, tali disposizioni non riguardano differenze di trattamento riservate ai cittadini dei Paesi terzi o degli apolidi interessati.<sup>49</sup>

### 3.1 La direttiva 2000/78 all'esame della CGCE: la sentenza MARUKO<sup>50</sup>

Una recente sentenza della Corte di Lussemburgo dà indicazioni importanti sulla corretta interpretazione della direttiva 2000/78 per ciò che riguarda il tipo di discriminazione finora esaminato, ovvero quello fondato sull'orientamento sessuale. L'analisi del caso è peraltro interessante perché potrebbe avere delle implicazioni importanti anche sul diritto di famiglia all'interno degli Stati membri dell'Unione Europea. Infatti, partendo da una fattispecie legata all'occupazione del partner del ricorrente, finisce per interrogarsi sulle forme di riconoscimento delle coppie di fatto lasciando però l'ultima parola agli Stati membri nel decidere se ampliare o meno la loro tutela sulla base delle disposizioni comunitarie.

Venendo ora all'esame della fattispecie, si tratta della causa intentata dal Signor Maruko contro l'Ente previdenziale dei lavoratori dei teatri tedeschi (la Vddb) per avergli negato la pensione di reversibilità. Egli ritiene che tale beneficio gli sia dovuto in quanto il suo partner era iscritto al regime previdenziale previsto per i lavoratori dei teatri tedeschi e aveva versato regolarmente i contributi dovuti. La sua iscrizione risaliva, infatti, al primo settembre 1959 e anche quando non era sottoposto all'obbligo di versare dei contributi previdenziali aveva continuato a effettuare versamenti a titolo volontario.

Il signor Maruko e il suo partner erano legati dall'8 novembre 2001 al 12 gennaio 2005, giorno del decesso del secondo, da un'unione solidale, istituto previsto dalla legge tedesca a partire dal 16 febbraio 2001. Essa consente alle persone dello stesso sesso di veder riconosciuta la loro unione, fondata sull'aiuto e sull'assistenza reciproca, in modo formale per tutta la vita. Si tratta quindi di un istituto indubbiamente diverso dal matrimonio e previsto unicamente come alternativa ad esso per le coppie dello stesso sesso. In virtù della modifica apportata a tale istituto dalla legge del 15 dicembre 2004, è stato inserito un paragrafo – il quarto – all'art. 46 del Libro IV del codice di previdenza sociale per equiparare gli effetti dell'unione solidale a quelli del matrimonio per quanto riguarda il diritto ad ottenere la pensione di reversibilità<sup>51</sup>.

Nonostante questi presupposti la domanda di beneficio rivolta alla Vddb è stata respinta in data 28 febbraio 2005 in quanto il suo statuto non ne prevedeva la concessione per i partner di unione solidale superstiti. Il Signor Maruko ha quindi deciso di ricorrere al giudice competente per lamentare una violazione del principio di parità di trattamento facendo leva sulle disposizioni introdotte nel 2005 al codice di previdenza sociale.

Il Tribunale amministrativo di Monaco di Baviera nell'esaminare il caso del Signor Maruko si è chiesto se il trattamento riservato al ricorrente non violi le disposizioni previste dalla direttiva comunitaria 2000/78 che mira a stabilire un quadro generale per la lotta alle discriminazioni fondate, tra l'altro, sull'orientamento sessuale per quanto concerne l'occupazione e le condizioni di lavoro. Rileva in particolare l'art. 3 della direttiva, ai sensi del quale la normativa comunitaria si applica a tutte le persone, sia del settore pubblico che del settore privato, per quanto attiene all'occupazione e alle condizioni di lavoro

---

<sup>48</sup> Ibid, art 10 e Direttiva 2000/43/CE art. 8 e *considerando n. 21 e 22*.

<sup>49</sup> Si vedano anche il *considerando n. 13* della Direttiva 2000/43/CE e il *considerando n. 12* della Direttiva 2000/78/CE.

<sup>50</sup> *Tadao Maruko*, Sentenza CGCE C-267/06, 1 aprile 2008.

<sup>51</sup> Sentenza Maruko, para. 13

comprese le retribuzioni. Essa, tuttavia, non si applica ai pagamenti di qualsiasi genere effettuati da regimi statali di protezione e sicurezza sociale.

Per tali motivi, il giudice ha considerato:

- a) se la Vddb è assimilabile a un regime statale di sicurezza sociale, ai sensi art. 3.3: in tal caso, la direttiva non si potrebbe applicare;
- b) se la pensione di reversibilità possa essere considerata una retribuzione, ai sensi dell'art. 3.1 c;
- c) se lo Statuto della Vddb che prevede il beneficio richiesto solo per le coppie unite in matrimonio risulti conforme o meno alle disposizioni comunitarie contenute nella direttiva 2000/78, in particolare con il combinato disposto degli artt. 1 e 2.2 a che affermano il principio di parità di trattamento e il divieto di discriminazione diretta e *indiretta*;
- d) se la discriminazione fondata sull'orientamento sessuale lamentata dal Signor Maruko sia in realtà conforme alla direttiva alla luce del suo ventiduesimo considerando che afferma quanto segue: "La presente direttiva lascia impregiudicate le legislazioni nazionali in materia di stato civile e le prestazioni che ne derivano".

Il Tribunale ha quindi deciso di sospendere il giudizio e sottoporre le stesse questioni pregiudiziali alla Corte Europea di Giustizia. Quest'ultima è arrivata alle seguenti conclusioni:

- a) il regime previdenziale della Vddb rientra nel campo di applicazione della direttiva in quanto si tratta di un regime di categoria, finanziato totalmente dai lavoratori con l'esclusione di qualsiasi intervento pubblico. Peraltro, lo stesso importo del sussidio non è stabilito dalla legge ma tiene conto degli importi versati dal lavoratore durante tutto il periodo di iscrizione;
- b) il beneficio chiesto dal Signor Maruko è assimilabile ad una retribuzione ai sensi dell'art. 141 del Trattato sulla Comunità Europea. Infatti, anche se è riscossa dal coniuge superstite, il sussidio erogato dalla Vddb è dovuto sulla base dell'attività lavorativa svolta e come conseguenza del rapporto di lavoro, in essere prima del decesso, tra il dipendente e il suo datore di lavoro;<sup>52</sup>
- c) la direttiva 2000/78, in particolare gli art. 1 e 2, osta alla normativa prevista dalla Vddb per le coppie che stringono un'unione solidale. Laddove, infatti, a livello nazionale la legislazione equipara il matrimonio all'unione solidale, i regimi come quello amministrato dalla Vddb devono uniformare i loro regolamenti interni;
- d) La funzione del ventiduesimo considerando della direttiva è quella di ribadire le competenze che rientrano esclusivamente nel campo degli Stati membri. In questo caso, la regolamentazione dello stato civile e delle prestazioni che ne derivano. Ciononostante, osserva la Corte, nell'esercizio di dette competenze gli Stati devono rispettare il diritto comunitario e i suoi principi generali, primo tra tutti quello di non discriminazione.

Per quanto la Corte riconosca l'applicabilità della direttiva rispetto al caso in esame, essa conclude affermando che il principio di parità di trattamento è leso solo se una decisione come quella presa dalla Vddb si colloca in un contesto nel quale l'unione solidale è equiparata *per legge* al matrimonio. La Corte del resto focalizza la sua attenzione su fattori, come l'emendamento alla legge sull'unione registrata del 2004, che conducono a tale conclusione. Spetta, tuttavia, al giudice nazionale e non alla Corte Europea verificare se il partner superstite di un'unione solidale si colloca nella stessa posizione in cui si trova,

---

<sup>52</sup> Lo stesso principio è stato affermato dalla Corte in altre sentenze. Tra queste, Ten Oever, 6 ottobre 1993, causa C-109/91 in Racc. I-4879, punti 8, 12 e 13; Beune, 28 settembre 1994, causa C-7/93 in Racc. I-4471, punto 21.

a livello legale, un coniuge superstite.<sup>53</sup> Solo se tale verifica si risolve positivamente, in un caso come quello del Signor Maruko spetterebbe il riconoscimento di una violazione delle disposizioni previste dal diritto comunitario e, in particolare, direttiva 2000/78.

In realtà, con tale sentenza la Corte non effettua quel passo deciso in materia di discriminazione per orientamento sessuale che avrebbe potuto compiere. Infatti, ribadendo il principio generale rimanda poi alle corti nazionali la decisione sull'eventuale concessione di diritti sociali a persone dello stesso sesso legate da un'unione solidale. A ben vedere i giudici europei hanno voluto infine rispettare la sfera di competenza statale in materia di stato civile e prestazioni derivanti. In tal modo, tale decisione rileva esclusivamente nei confronti di quei Paesi europei che hanno previsto per legge una forma di riconoscimento per le coppie dello stesso sesso. Al contrario, tale sentenza risulta totalmente inapplicabile a quei Paesi che non prevedono alcuna forma di tutela nei confronti delle coppie dello stesso sesso.

Quindi, solo i giudici nazionali del primo insieme di Stati dovranno verificare l'esatto status dell'unione registrata rispetto all'istituto del matrimonio. Per assurdo, più comparabili sono gli status derivanti dai due istituti di comunione maggiore sarà il rischio che la legislazione nazionale di uno Stato membro violi il principio di non discriminazione. Ciò deriva dal fatto che l'intero esame della Corte si è concentrato sulla nozione di discriminazione diretta, per la quale situazioni simili devono essere trattate in modo analogo senza alcuna possibilità di deroga. In realtà, i difensori del signor Maruko avevano puntato piuttosto sul concetto di discriminazione indiretta ipotizzando ciò che poi si è verificato: nei Paesi in cui l'istituto dell'unione registrata non è considerata simile la discriminazione non sussiste. Poco dopo, infatti, il Bundesverfassungsgericht, la Corte costituzionale tedesca, ha stabilito che l'ordinamento nazionale tedesco non prevede un'equiparazione generalizzata dell'unione registrata rispetto al matrimonio, i cui effetti giuridici restano ben diversi. Per la Corte Costituzionale tedesca, ad esempio, il diritto al godimento di un assegno familiare trova la sua giustificazione intrinseca nel fatto che, all'interno del matrimonio, un coniuge deve ridurre il proprio tempo lavorativo al fine di prendersi cura dei figli. Si tratta di una situazione estranea all'unione registrata, entro la quale non esiste nemmeno l'obbligo giuridico di mantenimento del partner. Ciò giustificerebbe quindi l'esclusione del partner registrato dal godimento dell'assegno.<sup>54</sup>

Resta comunque che la sentenza sul caso Maruko è la prima che applica il principio della parità di trattamento rispetto all'orientamento sessuale, così come è sancito dalla direttiva 2000/78/CE.<sup>55</sup> Oltretutto, l'accento non viene posto sul diverso trattamento riservato a coppie dello stesso sesso rispetto a coppie di sesso diverso – vedi caso E.B. alla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo – ma tra coppie legate da status diversi: un'ipotesi di discriminazione che si potrebbe definire "diagonale", ovvero tra tipologie diverse di unione. Infine, come è stato affermato, la nozione giuridica di "orientamento sessuale" acquisisce profondità perché non è più da intendersi solamente come una caratteristica delle persone, ma anche come elemento distintivo delle relazioni tra le persone.<sup>56</sup>

La base giuridica della direttiva 2000/78 è l'art. 13 del Trattato CE, inserito nel 1997 dal Trattato di Amsterdam. Facendo seguito ad una nutrita serie di atti comunitari non vincolanti, specialmente del Parlamento europeo, l'art. 13 del Trattato CE ha per la prima volta ricompreso tra i fattori di discriminazione espressamente enunciati anche

---

<sup>53</sup> Sentenza Maruko, para. 73.

<sup>54</sup> BvefG, 2 BvR 1830/06 del 6/05/2008, parr. 13-18.

<sup>55</sup> Matteo Bonini Baraldi, La pensione di reversibilità al convivente registrato dello stesso sesso: prima applicazione positiva della direttiva 2000/78/CE, in *Diritto e Famiglia*, maggio 2008.

<sup>56</sup> Waaldijk, nota a Maruko, *European Human Rights Cases*, 2008, in corso di pubblicazione. Il concetto era peraltro già stato affermato dalla Corte europea dei diritti umani in *Karner c. Austria* (24 luglio 2003, n. 40016/98) e dal Comitato dei diritti umani delle Nazioni Unite in *Young c. Australia*.

l'orientamento sessuale, sancendo così una chiara competenza comunitaria nell'ambito della lotta alla discriminazione contro le persone gay e lesbiche. Prima dell'entrata in vigore del trattato di Amsterdam nel 1999, in realtà, si erano già presentate controversie inerenti a fatti simili. La Corte di giustizia aveva stabilito nel 1998, nella causa *Grant c. South West Trains*,<sup>57</sup> che la negazione di vantaggi salariali al convivente dello stesso sesso del lavoratore costituisce una discriminazione basata sull'orientamento sessuale, laddove però il regolamento del personale riconosca gli stessi vantaggi al convivente di sesso diverso. In quell'occasione, però, 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. Due anni prima, la Corte aveva invece considerato violate le disposizioni del Trattato che vietano la discriminazione sulla base del sesso nel caso di una lavoratrice transessuale che era stata ingiustamente licenziata. In quell'occasione la Corte aveva fatto appello al predominante rilievo assunto nell'ordinamento comunitario dall'esigenza di rispetto dei diritti fondamentali e della dignità della persona, che la Corte ha il dovere di garantire.<sup>58</sup> Dopo la sentenza *Grant*, invece, la Corte si è trovata a giudicare una fattispecie simile a quella del Signor Maruko nel caso *D e Svezia*.<sup>59</sup> Nel 2001, infatti, un funzionario della Comunità Europea lamentava una discriminazione nel trattamento delle coppie legate da un'unione registrata rispetto a quelle strette dal matrimonio. Queste ultime godevano di un vantaggio derivante dalla concessione dell'assegno familiare, non usufruibile dal partner registrato del ricorrente ai sensi dello Statuto dei funzionari della Comunità. La Corte non solo aveva rifiutato di pervenire ad un'estensione della nozione di "funzionario coniugato" applicandola anche a "persone soggette a un regime di diritto distinto dal matrimonio",<sup>60</sup> ma aveva ribadito che l'esclusione dal beneficio non comportava una violazione delle disposizioni del Trattato che sanciscono il principio della parità di trattamento. Peraltro, la Corte di Lussemburgo constatava "l'estrema eterogeneità normativa" fra gli Stati membri quanto al riconoscimento delle unioni tra persone dello stesso sesso e concludeva che la situazione del dipendente unito da unione registrata non poteva essere considerata analoga a quella del dipendente coniugato. Ciononostante, tale giudizio è oggi da considerarsi superato: in seguito alla riforma del 2004, il Consiglio ha modificato lo Statuto del personale riconoscendo pari diritti ai dipendenti uniti da unione registrata.<sup>61</sup>

E' invece con riguardo alle coppie formate da un partner transessuale che la Corte ha mostrato un atteggiamento di più decisa apertura. In *K.B.*<sup>62</sup> la Corte chiamata a giudicare sul mancato riconoscimento della pensione di vedovanza al partner transessuale di una lavoratrice inglese. La coppia non aveva potuto contrarre matrimonio secondo la legislazione allora vigente, criterio indispensabile per la concessione del beneficio richiesto. La Corte aveva 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 determinati

---

<sup>57</sup> Causa C-249/96, *Grant c. South West Trains*, 17 febbraio 1998, Racc., 1998, I-621.

<sup>58</sup> Causa C-13/94, *P c. S e Cornwall County Council*, 30 aprile 1996, Racc., 1996, I-02143, parr. 19-22.

<sup>59</sup> Cause riunite C-122/99P e C-125/99P, Racc., 2001, I-4319.

<sup>60</sup> *Ibidem*, par. 39.

<sup>61</sup> 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.

<sup>62</sup> Causa C-117/01, *K.B. c. National Health Service Pensions Agency*, 7 gennaio 2004, Racc., 2004, I-541.

soggetti non possono soddisfare (quali il matrimonio) può e deve essere sospesa nei confronti di tali soggetti.

### 3.2 Recenti sviluppi

Sul tema della lotta alla discriminazione si continua a lavorare presso le istituzioni europee. Al di là delle innumerevoli risoluzioni del Parlamento europeo che sembrano avere la funzione di ritornare sul tema e ricordare agli Stati gli impegni assunti,<sup>63</sup> il 2 aprile 2009, lo stesso Parlamento si è espresso con 363 voti favorevoli contro 226 contrari su una proposta di direttiva che stabilisca un sistema generale di protezione contro discriminazioni fondate su motivi religiosi, disabilità, età e orientamento sessuale. L'aver richiamato nella direttiva tutti i fattori di discriminazione presenti nella direttiva 2000/78 quando si era ipotizzato uno strumento *ground-specific*<sup>64</sup> può costituire un segnale che non tutti i risultati programmati siano stati raggiunti.

Con la nuova proposta della Commissione europea il divieto di discriminazione deve trovare applicazione, soprattutto, negli ambiti relativi alla sicurezza sociale, all'assistenza sanitaria, alle prestazioni sociali, all'istruzione e all'accesso a beni e servizi. Qualora fosse necessario per realizzare pienamente il principio di uguaglianza, è richiesto agli Stati membri di adottare azioni positive. Ciò risulta particolarmente vero per anziani e disabili.

La proposta di direttiva fa esplicito riferimento alle tipologie di discriminazione delineate in precedenza. Oltre a quella diretta e indiretta, però, i parlamentari europei hanno ricordato la *multidiscriminazione*, ovvero quel trattamento discriminatorio basato su due o più fattori tra quelli richiamati nel testo. Spetta agli Stati l'obbligo di garantire a tutti coloro che si ritengano vittime di un trattamento discriminatorio di poter ricorrere a un organo giudiziario e/o amministrativo e di essere risarciti in modo proporzionato. Infine, la proposta di direttiva chiede agli Stati membri di istituire degli "*organismi di parità*" indipendenti, autonomi e accessibili.<sup>65</sup>

Naturalmente, il Parlamento è stato solamente consultato in materia. Sarà il Consiglio ad adottare il provvedimento. Per concludere, avendo precedentemente analizzato la discriminazione fondata sull'orientamento sessuale, credo sia importante fare notare che questa proposta di direttiva lascia impregiudicate le normative nazionali in materia di stato coniugale e di famiglia. Ciò significa che gli Stati Europei non saranno obbligati a riconoscere i vantaggi che spettano alle coppie coniugate a coloro che, indipendentemente dal sesso, decidono di non sposarsi. Nel caso di coppie formate da persone dello stesso sesso, del resto, tale scelta è chiaramente una *non-scelta*.<sup>66</sup>

---

<sup>63</sup> Vedi ad esempio, la risoluzione sull'omofobia in Europa del 18 gennaio 2006, con la quale condannando ogni forma di omofobia si chiede agli Stati membri di contrastare tali fenomeni e alla Commissione che la discriminazione basata sull'orientamento sessuale sia vietata in tutti i settori.

<sup>64</sup> Matteo Bonini Baraldi, *supra* nota 55.

<sup>65</sup> Cfr. comunicati nel sito del Parlamento Europeo, [http://www.europarl.europa.eu/news/expert/infopress\\_page/019-53201-091-04-14-902-20090401IPR53200-01-04-2009-2009-false/default\\_it.htm](http://www.europarl.europa.eu/news/expert/infopress_page/019-53201-091-04-14-902-20090401IPR53200-01-04-2009-2009-false/default_it.htm), e la proposta della Commissione, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2008:0426:FIN:IT:PDF>.

<sup>66</sup> Riguardo alle Direttive Europee precedenti, il Prof. De Schutter, *supra* n. 15, commenta in un modo simile mettendo a confronto anche la giurisprudenza della Corte di Strasburgo sul tema. Ne deriva comunque la compatibilità delle disposizioni indicati con l'art. 14 CEDU. Tuttavia, con la decisione E.B., a mio avviso, l'intero contesto cambia: infatti, seguendo il ragionamento della Grande Camera, qualora uno Stato decida di riconoscere i vantaggi derivanti dal matrimonio ad altre forme di convivenza, tale riconoscimento non potrà non riguardare anche coppie dello stesso sesso. Ciò è particolarmente importante, ad esempio, rispetto ai benefici previdenziali come nel caso *Tadao Maruko*, C-267/06, sentenza della Corte di Giustizia Europea dell'1 aprile del 2008. Altro caso interessante sul tema, anche se riguardante un transessuale, è *K.B. c. National Health Service Pensions*, C-117/2001, sentenza del 7 gennaio 2004.

#### 4. Conclusioni

Il principio di non discriminazione, nelle modalità con cui ha finora trovato espressione, presenta aspetti problematici. Come si è visto, l'art. 14 della CEDU non ha portata generale e riguarda esclusivamente i diritti in essa enunciati. Al di là del contributo fornito dalla Corte con la sua giurisprudenza, una soluzione potrebbe venire dall'entrata in vigore del Protocollo n. 12, sebbene gli Stati del Consiglio d'Europa non sembrino disposti a procedere con le necessarie ratifiche. Di conseguenza, nell'ordinamento del Consiglio d'Europa, potrebbe acquistare sempre più importanza la Carta Sociale Europea. Nell'Unione europea, invece, il principio solennemente riaffermato nella Carta di Nizza, rientra tra quei diritti fondamentali che l'ordinamento europeo deve tutelare. Nel momento in cui la Carta acquisirà piena validità giuridica, i principi in essa contenuti saranno ancor più di adesso i parametri di legittimità degli atti dell'Unione e delle normative nazionali che ne danno attuazione.<sup>67</sup> In definitiva, nel principio di uguaglianza e non discriminazione si può rintracciare quell'elemento unificante tra Corte Europea dei Diritti dell'Uomo e Corte di Giustizia Europea: entrambe si trovano a garantirne l'applicazione in ogni fattispecie che, sulla base delle rispettive competenze, devono giudicare.

Per quanto riguarda la discriminazione fondata sull'orientamento sessuale si può affermare che, data la mancanza di consenso politico in Italia per affrontare seriamente il tema, il diritto europeo risulta in questo momento il solo strumento utile per sollecitare il legislatore italiano ad assumere decisioni in un ambito su cui vige il principio di neutralità. La proposta di una nuova direttiva in tema di discriminazione potrebbe avere l'effetto di ricordare alle autorità italiane che bisogna ancora agire per garantire la piena uguaglianza e, a tal fine, sono necessarie azioni positive e riforme in determinati ambiti del diritto interno. Dall'altra parte, mancando una prospettiva comune tra gli Stati europei in materia di famiglia è difficile che le garanzie previste nei rispettivi ordinamenti contro le discriminazioni basate sull'orientamento sessuale possano progressivamente avvicinarsi. Tuttavia, con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona e della Carta di Nizza, un rafforzamento del rispetto dei diritti in essa contenuti potrebbe essere possibile, soprattutto in quegli Stati in cui alcune fattispecie non sono nemmeno regolate. A ben vedere, però, la scelta dell'Italia di non predisporre nessun testo che possa migliorare legalmente il trattamento di coloro che risultano di fatto discriminati per il loro orientamento sessuale, al di là della legge di attuazione della direttiva 2000/78 con i problemi connessi, rappresenta uno strumento utile per evitare di avviare ricorsi davanti le Corti sovranazionali.

\* Dottorando di ricerca in Democrazia e Diritti Umani presso l'Università di Genova.

---

<sup>67</sup> M. Cartabia, *L'ora dei diritti fondamentali nell'Unione europea*, in M. Cartabia (a cura di), *I diritti in azione*, Il Mulino, 2007.