

CORSO DI DIRITTO ANTIDISCRIMINATORIO - 2° INCONTRO

ORIENTAMENTO SESSUALE E FAMIGLIA - 01.02.2013

FONTI NORMATIVE

COSTITUZIONE ITALIANA

ART. 2 *“La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità”*

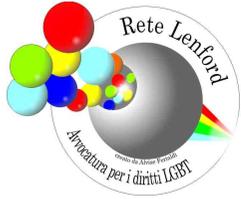
CARTA DEI DIRITTI FONDAMENTALI DELL'UNIONE EUROPEA

ART. 1 *“La dignità umana è inviolabile. Essa deve essere rispettata e tutelata”*

ART. 7 *“Ogni individuo ha diritto al rispetto della propria vita privata e familiare,...”*

ART. 9 *“Il diritto di sposarsi e il diritto di costituire una famiglia sono garantiti secondo le leggi nazionali che ne disciplinano l'esercizio”*

ART. 21 *“È vietata qualsiasi forma di discriminazione fondata, in particolare, sul sesso, la razza, il colore della pelle o l'origine etnica o sociale, le caratteristiche genetiche, la lingua, la religione o le convinzioni personali, le opinioni politiche o di qualsiasi altra natura, l'appartenenza ad una minoranza nazionale, il patrimonio, la nascita, gli handicap, l'età o le tendenze sessuali”*



CORSO DI DIRITTO ANTIDISCRIMINATORIO - 2° INCONTRO

ORIENTAMENTO SESSUALE E FAMIGLIA - 01.02.2013

FONTI NORMATIVE

CARTA EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO

ART. 8 *“Ogni persona ha diritto al rispetto della propria vita privata e familiare, ...”*

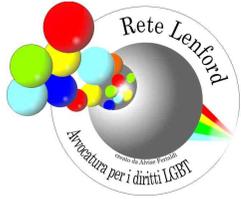
ART. 14 *“Il godimento dei diritti e delle libertà riconosciuti nella presente Convenzione deve essere assicurato senza nessuna discriminazione, in particolare quelle fondate sul sesso, la razza, il colore, la lingua, la religione, le opinioni politiche o quelle di altro genere, l'origine nazionale o sociale, l'appartenenza a una minoranza nazionale, la ricchezza, la nascita od ogni altra condizione”*

DICHIARAZIONE UNIVERSALE DEI DIRITTI DELL'UOMO

ART. 1 *“Tutti gli esseri umani nascono liberi ed eguali in dignità e diritti. ...”*

COSTITUZIONE ITALIANA

ART. 117 *“La potestà legislativa è esercitata dallo Stato e dalle Regioni nel rispetto della Costituzione, nonché dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali”*



CORSO DI DIRITTO ANTIDISCRIMINATORIO - 2° INCONTRO

ORIENTAMENTO SESSUALE E FAMIGLIA - 01.02.2013

TRATTATO DI LISBONA

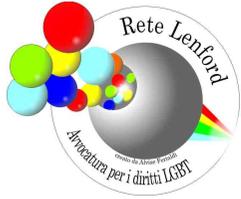
ARTICOLO 6 (ex articolo 6 del TUE)

1. L'Unione riconosce i diritti, le libertà e i principi sanciti nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea del 7 dicembre 2000, adottata il 12 dicembre 2007 a Strasburgo, che ha lo stesso valore giuridico dei trattati. Le disposizioni della Carta non estendono in alcun modo le competenze dell'Unione definite nei trattati.

I diritti, le libertà e i principi della Carta sono interpretati in conformità delle disposizioni generali del titolo VII della Carta che disciplinano la sua interpretazione e applicazione e tenendo in debito conto le spiegazioni cui si fa riferimento nella Carta, che indicano le fonti di tali disposizioni.

2. L'Unione aderisce alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. Tale adesione non modifica le competenze dell'Unione definite nei trattati.

3. I diritti fondamentali, garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali.



CORSO DI DIRITTO ANTIDISCRIMINATORIO - 2° INCONTRO

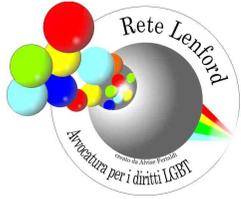
ORIENTAMENTO SESSUALE E FAMIGLIA - 01.02.2013

DIRITTI INVIOLABILI DELL'UOMO COME DIRITTI "TROVATI"

*“Ci sono diritti che sono **creati** dal diritto oggettivo, secondo quel processo di soggettivazione che abbiamo a suo luogo descritto, ma ci sono diritti soggettivi che si dicono solo **trovati** dal diritto oggettivo: sono i **diritti dell'uomo**, che si considerano esistenti indipendentemente da ogni diritto oggettivo che li riconosca e che questo si limita a garantire. A differenza di ogni altro diritto soggettivo, la cui esistenza dipende dalla mutevole valutazione dello Stato-ordinamento – mutevole nel tempo e nello spazio, a seconda dei diversi sistemi politici e sociali – i **diritti dell'uomo**, detti anche diritti della persona umana o diritti della personalità, si considerano come **diritti spettanti all'uomo in quanto tale, indipendentemente dal tipo di sistema politico o sociale entro il quale egli vive, e come diritti che ogni Stato ha il dovere di riconoscere e di garantire.**”*

*(...) “Ad essi la nostra Costituzione fa riferimento nell'art. 2: << la Repubblica riconosce e garantisce i **diritti inviolabili dell'uomo**, sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità >>. Questo loro carattere di **inviolabilità** ha un duplice referente: sono diritti dell'uomo inviolabili da parte della **pubblica autorità**, nell'esercizio delle sue funzioni legislative, esecutive o giudiziarie; sono inoltre diritti dell'uomo inviolabili da parte degli **altri uomini**, nell'ambito dei rapporti fra privati.”*

FRANCESCO GALGANO – *DIRITTO PRIVATO*, Terza Edizione, Padova, 1985, pagg. 84-85.



CORSO DI DIRITTO ANTIDISCRIMINATORIO - 2° INCONTRO

ORIENTAMENTO SESSUALE E FAMIGLIA - 01.02.2013

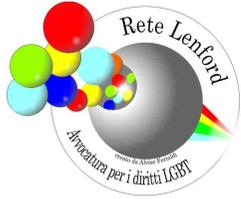
L'ASSOLUTA “NORMALITÀ” DELL'OMOSESSUALITÀ E L'IRRILEVANZA PER IL DIRITTO DELL'ORIENTAMENTO SESSUALE

Dal 1973 l'omosessualità è stata cancellata dal DSM (Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders), il manuale che classifica i disturbi psichici, trasformandosi da patologia a caratteristica della personalità ed è stata introdotta la definizione dell'omosessualità come “*variante non patologica del comportamento sessuale*”, riconoscendo la stessa suscettibilità alle patologie sia in persone omosessuali che eterosessuali.

Il 17.05.1990 l'Organizzazione Mondiale della Sanità (OMS) ha depennato l'omosessualità dalla lista delle malattie mentali e dal 1993 la definisce come “una variante naturale del comportamento umano”.

CORTE COST. 13/1994 “*Diritto all'identità personale è diritto ad essere se stessi e a quella sfaccettatura di esso costituita dal diritto alla tutela del proprio orientamento sessuale*”.

CASSAZIONE CIVILE Sez. 1°, 25.07.07, n. 16417, si è espressa nel senso della “*pari dignità sociale e giuridica della persona a prescindere dal suo orientamento sessuale*”



CORSO DI DIRITTO ANTIDISCRIMINATORIO - 2° INCONTRO ORIENTAMENTO SESSUALE E FAMIGLIA - 01.02.2013

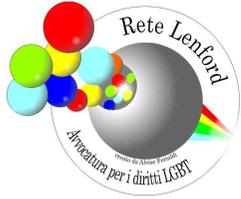
L'ASSOLUTA "NORMALITÀ" DELL'OMOSESSUALITÀ E L'IRRILEVANZA PER IL DIRITTO DELL'ORIENTAMENTO SESSUALE

CASS. PENALE 12.03.09, N. 16968, INEDITA

Nel 1968 la nostra Cassazione penale sosteneva ancora che *«l'omosessualità rappresenta di per sé una anomalia, una alterazione del comportamento sessuale»* ⁽³⁾ e persino nel 1979 la Cassazione indicava i rapporti omosessuali co-

me *«rapporti innaturali»* ⁽⁴⁾. La stessa Cassazione penale, riformando nel 2009 una decisione della Corte d'appello di Bologna, ha affermato invece l'esigenza di non discriminare tra i *«sentimenti di affetto e di amore propri di ogni essere umano, sia esso omosessuale ovvero eterosessuale»* ⁽⁵⁾. Anche la Cassazione civile (in una

CORTE COST., SENT. 18.12.1987, N. 561: *“la sessualità è uno dei modi essenziali di espressione della persona umana, il diritto di disporne liberamente è senza dubbio un diritto soggettivo assoluto, che va ricompreso tra le posizioni soggettive direttamente tutelate dalla Costituzione ed inquadrata tra i diritti inviolabili della persona umana che l'art. 2 impone di garantire”*



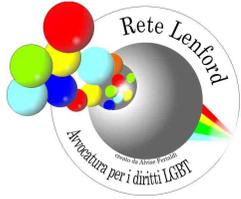
CORSO DI DIRITTO ANTIDISCRIMINATORIO - 2° INCONTRO

ORIENTAMENTO SESSUALE E FAMIGLIA - 01.02.2013

LA SENTENZA CORTE COSTITUZIONALE 138/2010

8. - *L'art. 2 Cost. dispone che la Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità e richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale.*

Orbene, per formazione sociale deve intendersi ogni forma di comunità, semplice o complessa, idonea a consentire e favorire il libero sviluppo della persona nella vita di relazione, nel contesto di una valorizzazione del modello pluralistico. In tale nozione è da annoverare anche l'unione omosessuale, intesa come stabile convivenza tra due persone dello stesso sesso, cui spetta il diritto fondamentale di vivere liberamente una condizione di coppia, ottenendone – nei tempi, nei modi e nei limiti stabiliti dalla legge – il riconoscimento giuridico con i connessi diritti e doveri.



CORSO DI DIRITTO ANTIDISCRIMINATORIO - 2° INCONTRO

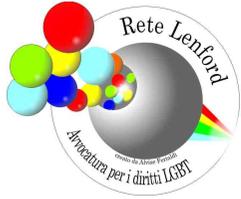
ORIENTAMENTO SESSUALE E FAMIGLIA - 01.02.2013

LA SENTENZA CORTE COSTITUZIONALE 138/2010

Si deve escludere, tuttavia, che l'aspirazione a tale riconoscimento – che necessariamente postula una disciplina di carattere generale, finalizzata a regolare diritti e doveri dei componenti della coppia – possa essere realizzata soltanto attraverso una equiparazione delle unioni omosessuali al matrimonio. È sufficiente l'esame, anche non esaustivo, delle legislazioni dei Paesi che finora hanno riconosciuto le unioni suddette per verificare la diversità delle scelte operate.

Ne deriva, dunque, che, nell'ambito applicativo dell'art. 2 Cost., spetta al Parlamento, nell'esercizio della sua piena discrezionalità, individuare le forme di garanzia e di riconoscimento per le unioni suddette, restando riservata alla Corte costituzionale la possibilità d'intervenire a tutela di specifiche situazioni (come è avvenuto per le convivenze more uxorio: sentenze n. 559 del 1989 e n. 404 del 1988).

Può accadere, infatti, che, in relazione ad ipotesi particolari, sia riscontrabile la necessità di un trattamento omogeneo tra la condizione della coppia coniugata e quella della coppia omosessuale, trattamento che questa Corte può garantire con il controllo di ragionevolezza.



CORSO DI DIRITTO ANTIDISCRIMINATORIO - 2° INCONTRO

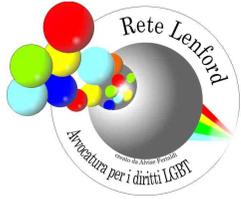
ORIENTAMENTO SESSUALE E FAMIGLIA - 01.02.2013

LA SENTENZA CORTE COSTITUZIONALE 138/2010

La Corte rileva un **contrasto tra gli articoli del codice civile, sistematicamente interpretati, e i principi costituzionali**, tuttavia, **il superamento del conflitto non le appare costituzionalmente obbligato**, non essendovi un'unica via praticabile per eliminare il vizio di incostituzionalità (coerente con la logica del sistema giuridico italiano). (si veda in A. CERRI, *Corso di giustizia costituzionale*, terza ed., Giuffrè, Milano, 2001, 236)

Essa infatti ritiene che **la questione**, così com'è stata posta, **necessita di una interpretazione additiva e pertanto, a suo avviso, è dunque imprescindibile che il Parlamento**, nell'esercizio della sua piena discrezionalità, all'interno della rosa delle scelte normative possibili, tra cui indubbiamente rientra anche l'equiparazione delle unioni omosessuali al matrimonio, **individui delle forme di garanzia e di riconoscimento per le unioni *same sex***.

Tale intervento dovrà comportare obbligatoriamente **“una disciplina di carattere generale, finalizzata a regolare diritti e doveri dei componenti della coppia”** che dovrà tener conto del **diritto fondamentale** (e di conseguenza inalienabile) **di cui sono titolari anche le persone omosessuali, di vivere liberamente una condizione di coppia**, così come desumibile interpretativamente dall'art. 2 Cost.



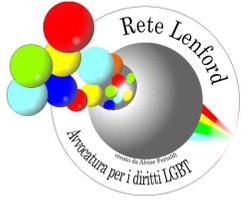
CORSO DI DIRITTO ANTIDISCRIMINATORIO - 2° INCONTRO

ORIENTAMENTO SESSUALE E FAMIGLIA - 01.02.2013

LA SENTENZA CORTE COSTITUZIONALE 138/2010

Il carattere innovativo della sentenza risiede proprio nel **riconoscimento come diritto fondamentale del libero sviluppo della persona anche nell'ambito della coppia omosessuale**. La Corte, infatti, avanza una lettura dell'art. 2 Cost., in relazione alle unioni omosessuali, assai significativa e per nulla pacifica — né sul piano dottrinario e ancor meno sul piano giurisprudenziale — che, a ragione, autorevoli commentatori hanno giudicato sia destinata ad assumere nell'ordinamento italiano una portata storica (si veda F. DAL CANTO, *La Corte Costituzionale e il matrimonio omosessuale*, 1370 e M. GATTUSO, , *La Corte Costituzionale sul matrimonio tra persone dello stesso sesso*, in *Famiglia e Diritto*, 7, 2010, 657-658)

La Consulta, infatti, con questa sentenza, è **passata dal riconoscimento del diritto di vivere liberamente la propria condizione di persona omosessuale, a quello di vivere liberamente una condizione di coppia omosessuale: ora è anche la coppia nel suo insieme ad essere tutelata dalla Costituzione**; essa è infatti considerata a pieno titolo una formazione sociale in cui l'individuo ha il diritto di realizzare sé stesso, in sostanza viene equiparata, a tutti gli effetti, ad una famiglia. (in proposito si veda PEZZINI in *Il matrimonio same sex si potrà fare. La qualificazione della discrezionalità del legislatore nella sent. N. 138 del 2010 della Corte costituzionale* pubblicato su *Giurisprudenza Costituzionale* 2010, 3, 2715)



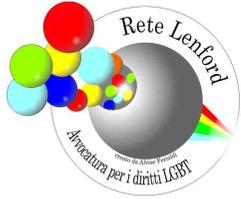
CORSO DI DIRITTO ANTIDISCRIMINATORIO - 2° INCONTRO

ORIENTAMENTO SESSUALE E FAMIGLIA - 01.02.2013

LA SENTENZA CORTE COSTITUZIONALE 138/2010

Sul punto di grande incisività è MARCO GATTUSO (in *Orientamento sessuale, famiglia, eguaglianza* pubblicato su *La nuova giurisprudenza civile commentata* n. 12 del dicembre 2011), secondo cui **“con l’affermazione, da parte della Corte Costituzionale - nella sentenza n.138 del 2010 - della rilevanza costituzionale dell’unione omosessuale, d’un fenomeno, dunque, che assume necessariamente rilevanza esterna, si dà atto della necessità costituzionale di assicurare tutela anche per le manifestazioni esteriori della affettività”**. Qui non si parla del diritto delle persone consenzienti di fare sesso nel chiuso delle loro camere da letto; si tratta del diritto di amarsi, di passeggiare tenendosi per mano, di baciarsi in pubblico, di vedere trattato in un film l’amore omosessuale al pari di quello eterosessuale.

Non è però soltanto un riconoscimento di natura culturale. E’ un riconoscimento giuridico vero e proprio che comporta non solo una totale equiparazione tra le coppie conviventi *more uxorio*, eterosessuali ed omosessuali, ma anche la necessità per il legislatore di garantire, **“in relazione ad ipotesi particolari”, “un trattamento omogeneo tra la condizione della coppia coniugata e quella della coppia omosessuale, trattamento che questa Corte può garantire con il controllo di ragionevolezza”**



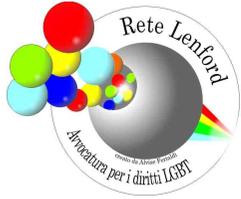
CORSO DI DIRITTO ANTIDISCRIMINATORIO - 2° INCONTRO

ORIENTAMENTO SESSUALE E FAMIGLIA - 01.02.2013

LA SENTENZA CORTE COSTITUZIONALE 138/2010

La Consulta, infatti, si è espressamente riservata, con questa sentenza, “*la possibilità d’intervenire a tutela di specifiche situazioni (come è avvenuto per le convivenze more uxorio: sentenze n. 559 del 1989 e n. 404 del 1988)*” e questo, chiaramente, sia in relazione alla disciplina legislativa che il Parlamento vorrà adottare, sia in relazione alle norme attualmente vigenti, disciplinanti particolari aspetti della vita sociale, nelle more dell’introduzione della necessaria disciplina di carattere generale.

Così come lucidamente afferma BARBARA PEZZINI (in *Il matrimonio same sex si potrà fare. La qualificazione della discrezionalità del legislatore nella sent. n. 138 del 2010 della Corte Costituzionale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2010, 3, 2715,) **la discrezionalità del legislatore viene riconosciuta in funzione di limite rispetto alla possibilità di una pronuncia manipolativa di tipo additivo da parte della Corte, ma risulta anche precisamente indirizzata e delimitata, tant’è vero che risultano specificamente prefigurati persino i rimedi attivabili in caso di un esercizio carente o inadeguato della discrezionalità legislativa stessa.** Il riferimento alla piena discrezionalità del legislatore va, quindi, letto alla luce della nuova interpretazione data all’art. 2 Cost.



CORSO DI DIRITTO ANTIDISCRIMINATORIO - 2° INCONTRO

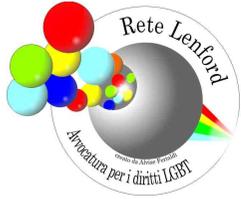
ORIENTAMENTO SESSUALE E FAMIGLIA - 01.02.2013

LA SENTENZA CORTE COSTITUZIONALE 138/2010

La Consulta, come sostiene correttamente GATTUSO, **ha quindi quasi individuato uno spazio intermedio tra le convivenze eterosessuali *more uxorio*** (che attualmente possono liberamente essere trasformate in matrimonio) **e le coppie coniugate**, inserendovi le convivenze omosessuali, che per la attuale situazione normativa in essere non possono evolversi in un rapporto di coniugio.

Sicché questo apre la via, **non solo a possibili giudizi dinnanzi alla Corte Costituzionale tesi a verificare la ragionevolezza della disparità di trattamento tra le coppie eterosessuali sposate e quelle omosessuali conviventi, ma anche, e soprattutto, ad un vero e proprio controllo di legittimità costituzionale “dal basso”, diffuso sul territorio**, in quanto è compito precipuo del giudice disapplicare *tout court* la legge ordinaria, ovvero darle una interpretazione costituzionalmente orientata, ogni qualvolta questa risulti in contrasto con l’art. 2 Cost. così come inteso dalla sentenza in esame della Corte Costituzionale.

Di estrema chiarezza e lungimiranza sul punto appare il GATTUSO che in un articolo del 2010 afferma *“poiché, come noto, un giudice può promuovere una questione di legittimità costituzionale soltanto nel caso in cui la questione non possa essere risolta già attraverso un’interpretazione adeguatrice della norma, il giudice, innanzi ad una coppia che chieda tutela e che a suo avviso necessiti d’un trattamento omogeneo a quello di una coppia coniugata, dovrà applicare direttamente la normativa prevista per la coppia sposata, attraverso una interpretazione*

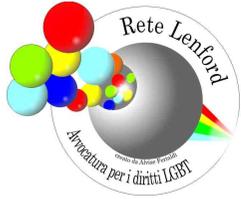


CORSO DI DIRITTO ANTIDISCRIMINATORIO - 2° INCONTRO

ORIENTAMENTO SESSUALE E FAMIGLIA - 01.02.2013

analogica, evolutiva, costituzionalmente orientata della norma, e solo se tale interpretazione non sia possibile dovrà ricorrere alla Corte Costituzionale perché verifichi se la disparità di trattamento sia legittima” MARCO GATTUSO, La sentenza della Corte Costituzionale apre nuove prospettive di tutela in Politeia , n. 100, 2010

Ciò posto, sicuramente nessuna ragion d'essere può più avere una disparità di trattamento fra coppie conviventi *more uxorio* eterosessuali ed omosessuali. E' quindi da considerare più che valido e condivisibile l'orientamento giurisprudenziale già manifestato da alcune corti di merito che ha visto attestata la rilevanza della relazione di convivenza ai fini della sublocazione di un immobile (TRIB. ROMA, 20.11.1982, in *Riv. Giur. Edil*, 1983, I, 959, per cui “*la convivenza more uxorio nell'immobile locato, del conduttore omosessuale con un amico, alla pari dell'ipotesi di convivenza tra eterosessuali, esclude la configurabilità di un rapporto di sublocazione che legittima il locatore a chiedere la risoluzione del contratto*”), riconosciuto la qualifica di obbligazione naturale alle donazioni tra conviventi omosessuali (TRIB. FIRENZE, 11.08.1986, in *Dir.eccl.*, 1989, II, 367, TRIB. MILANO, 01.07.1993, in *Gius*, 1994, 103), accertato il diritto del convivente omosessuale *more uxorio* ad iscriversi alla Cassa Mutua nazionale per le banche di credito cooperativo (TRIB. MILANO, SEZ. LAVORO, 15.12.09, inedita), riconosciuto il diritto al risarcimento del danno da morte del convivente omosessuale (TRIB. MILANO, ord. 13.11.2009, in *Resp. civ. e prev.*, 2010, 412, con nota di BILOTTA, *La convivenza tra persone dello stesso sesso è ancora un tabù?*) o il diritto a costituirsi parte civile nel processo penale a carico del presunto assassino (G.U.P. ROMA, ord. 19.07.2007, inedita).



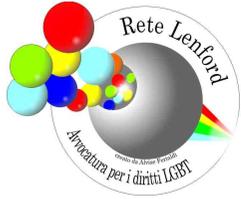
CORSO DI DIRITTO ANTIDISCRIMINATORIO - 2° INCONTRO

ORIENTAMENTO SESSUALE E FAMIGLIA - 01.02.2013

LA SENTENZA CEDU SCHALK E KOPF C. AUSTRIA DEL 22.10.10

Non costituisce violazione dell'articolo 12 da parte di uno Stato membro la mancata estensione dell'accesso al matrimonio alle coppie costituite da individui dello stesso sesso. Ciò perché, si tratta di un istituto giuridico profondamente connesso alle radici storiche e culturali di una determinata società e rispetto al quale non è ravvisabile un'univoca tendenza negli ordinamenti interni degli Stati membri. Pertanto, rientra nell'ambito della discrezionalità proprio di uno Stato la scelta in merito all'introduzione di una normativa in tal senso, secondo le ragioni di opportunità politica e sociale che ritenga preponderanti.

A parere della Corte, ad oggi **all'interno del concetto di "vita familiare", il cui rispetto è garantito dall'articolo 8, devono potersi ricondurre anche le relazioni sentimentali e sessuali tra persone dello stesso sesso.** Pertanto, costituirebbe una violazione dell'articolo 8 in combinato disposto con l'articolo 14 la mancanza di tutela e riconoscimento adeguato all'interno di uno Stato membro delle coppie omosessuali. Nel caso in cui, dunque, uno Stato si dotasse di uno strumento giuridico che permettesse la tutela dell'unione familiare tra soggetti dello stesso sesso, anche se ciò avvenisse in ritardo rispetto ad altri Stati membri, non incorrerebbe nella suddetta violazione. Tale conclusione è, anche in questo caso, giustificata dall'assenza di un comune orientamento condiviso dai legislatori nazionali



CORSO DI DIRITTO ANTIDISCRIMINATORIO - 2° INCONTRO

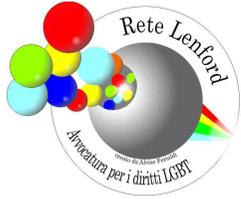
ORIENTAMENTO SESSUALE E FAMIGLIA - 01.02.2013

LA SENTENZA CEDU SCHALK E KOPF C. AUSTRIA DEL 22.10.10

La Corte innanzitutto affronta il problema dell'applicabilità o meno dell'articolo 8 alle coppie omosessuali. Mentre vi era una giurisprudenza consolidata dei giudici di Strasburgo che la discriminazione, effettuata in base all'orientamento sessuale, integrasse una violazione del diritto al rispetto della vita privata (*Dudgeon c. Regno Unito, Norris c. Irlanda, Modinos c. Cipro*), nessun precedente estendeva tale orientamento alle coppie omosessuali.

La Corte, in difformità con quanto statuito nelle precedenti pronunce, afferma 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.

A suo avviso, infatti, sarebbe del tutto contraddittorio ritenere che nel concetto di vita familiare possano rientrare le coppie eterosessuali, conviventi *more uxorio* (*Elsholz c. Germania, Keegan c. Irlanda*), e non le coppie omosessuali. La Corte ritiene che le coppie omosessuali abbiano la stessa capacità di impegnarsi in una relazione stabile e duratura che si rinviene nelle coppie eterosessuali. Conseguentemente, entrambe le tipologie di coppie si trovano in una situazione di fatto sostanzialmente affine, con riguardo alla necessità di tutela e di riconoscimento da parte dell'ordinamento giuridico nazionale



CORSO DI DIRITTO ANTIDISCRIMINATORIO - 2° INCONTRO

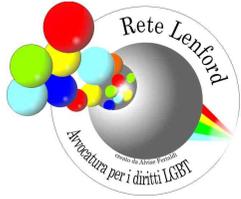
ORIENTAMENTO SESSUALE E FAMIGLIA - 01.02.2013

LA SENTENZA CEDU SCHALK E KOPF C. AUSTRIA DEL 22.10.10

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 rilevante e deve atteggiarsi quale unico strumento per il raggiungimento dell'obiettivo perseguito, in assenza di strumenti alternativi.

Rilevante è che, come fa rilevare GATTUSO (in *Matrimonio, identità e dignità personale: il caso del mutamento di sesso di uno dei coniugi* pubblicato su *Il diritto di famiglia e delle persone*, 2012, 3, 1076) «*la Corte non considererà più che il diritto al matrimonio di cui all'articolo 12 debba essere limitato in tutti i casi al matrimonio tra persone di sesso opposto*».

“Si tratta di una svolta semantica che «non lascia adito a dubbi» e la cui «ratio decidendi costituisce vero e proprio OVERRULING»: la parola «matrimonio» non denota più solo i matrimoni tra persone di opposto genere e diventa, per definizione, gender-neutral. Il significante «matrimonio» include nel suo significato ogni matrimonio.”



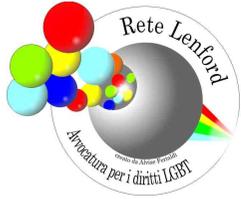
CORSO DI DIRITTO ANTIDISCRIMINATORIO - 2° INCONTRO

ORIENTAMENTO SESSUALE E FAMIGLIA - 01.02.2013

LA SENTENZA CASSAZIONE 4184 DEL 15.03.2012

LA MASSIMA

I componenti della coppia omosessuale, conviventi in stabile relazione di fatto (...) - a prescindere dall'intervento del legislatore in materia - quali titolari del diritto alla vita familiare e nell'esercizio del diritto inviolabile di vivere liberamente una condizione di coppia e del diritto alla tutela giurisdizionale di specifiche situazioni, segnatamente alla tutela di altri diritti fondamentali, possono adire i giudici comuni per far valere, in presenza appunto di specifiche situazioni, il diritto a un trattamento omogeneo a quello assicurato dalla legge alla coppia coniugata e, in tale sede, eventualmente sollevare le conferenti eccezioni di illegittimità costituzionale delle leggi vigenti, applicabili nelle singole fattispecie, in quanto ovvero nella parte in cui non assicurino detto trattamento, per assunta violazione delle pertinenti norme costituzionali e/o del principio di ragionevolezza.



CORSO DI DIRITTO ANTIDISCRIMINATORIO - 2° INCONTRO

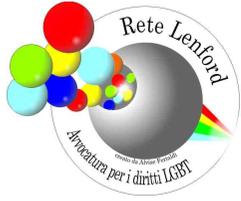
ORIENTAMENTO SESSUALE E FAMIGLIA - 01.02.2013

LA SENTENZA CASSAZIONE 4184 DEL 15.03.2012

La Corte di Cassazione, in primo luogo evidenzia come la CEDU abbia affermato che *“il diritto al matrimonio riconosciuto dall'art. 12 ha acquisito, secondo l'interpretazione della Corte Europea - la quale costituisce radicale "evoluzione" rispetto ad "una consolidata ed ultramillenaria nozione di matrimonio" -, un nuovo e più ampio contenuto, inclusivo anche del matrimonio contratto da due persone dello stesso sesso”*.

Quindi riconosce come la sua precedente giurisprudenza sul punto *“non si dimostra più adeguata alla attuale realtà giuridica, essendo stata radicalmente superata la concezione secondo cui la diversità di sesso dei nubendi è presupposto indispensabile, per così dire naturalistico, della stessa esistenza del matrimonio”*.

In secondo luogo richiama l'orientamento formulato dai giudici di Strasburgo, riconoscendo che sulla questione *“se la relazione di una coppia omosessuale rientri nella nozione di "vita familiare" nell'accezione dell'art. 8 della Convenzione (...) la risposta della Corte europea è chiarissima: "Data quest'evoluzione sociale e giuridica la Corte ritiene artificiale sostenere l'opinione che, a differenza di una coppia eterosessuale, una coppia omosessuale non possa godere della vita familiare ai fini dell'art. 8.”*



CORSO DI DIRITTO ANTIDISCRIMINATORIO - 2° INCONTRO

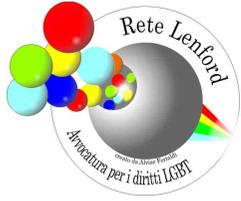
ORIENTAMENTO SESSUALE E FAMIGLIA - 01.02.2013

LA SENTENZA CASSAZIONE 4184 DEL 15.03.2012

Afferma pertanto che: *“Conseguentemente la relazione dei ricorrenti, una coppia omosessuale convivente con una stabile relazione di fatto, rientra nella nozione di vita familiare, proprio come vi rientrerebbe la relazione di una coppia eterosessuale nella stessa situazione”*.

La Suprema Corte, infatti rileva come, con le c.d. sentenze gemelle nn. 348 e 349 del 24 ottobre del 2007 (28), la Corte costituzionale avesse affermato che non solo il testo della CEDU, ma anche la giurisprudenza della Corte di Strasburgo funge da parametro interposto nel giudizio di legittimità costituzionale. Di conseguenza, i giudici nazionali « hanno il dovere di interpretare la norma interna in modo conforme alla norma convenzionale fintantoché ciò sia reso possibile dal testo di tale norma e, in caso di impossibilità dell'interpretazione “conforme”, di sollevare questione di legittimità costituzionale della norma interna per contrasto con la norma convenzionale “interposta”, per violazione dell'art. 117, comma 1, cost.; con l'ulteriore conseguenza che l'interpretazione data dalla Corte europea vincola, anche se non in modo incondizionato, detti giudici e costituisce il “diritto vivente” della Convenzione » (§ 3.3.4).

(WINKLER - CHIOVINI in *Giustizia Civile*, n. 7-8 2012, pagg. 1707 e ss.)



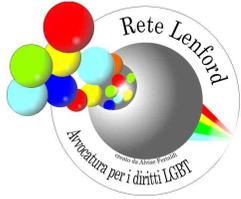
CORSO DI DIRITTO ANTIDISCRIMINATORIO - 2° INCONTRO

ORIENTAMENTO SESSUALE E FAMIGLIA - 01.02.2013

LA SENTENZA CASSAZIONE 4184 DEL 15.03.2012

Al contrario, la Cassazione ha voluto richiamare l'attenzione dei nostri giudici sul reale effetto di questa particolare sentenza della Corte europea nell'ordinamento italiano: i « componenti della coppia omosessuale, conviventi in stabile relazione di fatto, se — secondo la legislazione italiana — non possono far valere né il diritto a contrarre matrimonio né il diritto alla trascrizione del matrimonio contratto all'estero, tuttavia — a prescindere dall'intervento del legislatore in materia —, quali titolari del diritto alla “vita familiare” e nell'esercizio del diritto inviolabile di vivere liberamente una condizione di coppia e del diritto alla tutela giurisdizionale di specifiche situazioni, segnatamente alla tutela di altri diritti fondamentali, possono adire i giudici comuni per far valere, in presenza appunto di “specifiche situazioni”, il diritto a un trattamento omogeneo a quello assicurato dalla legge alla coppia coniugata e, in tale sede, eventualmente sollevare le conferenti eccezioni di legittimità costituzionale delle disposizioni delle leggi vigenti, applicabili alle singole fattispecie, in quanto ovvero nella parte in cui non assicurino detto trattamento, per assunta violazione delle pertinenti norme costituzionali e/o del principio di ragionevolezza » (§ 4.2).

(WINKLER - CHIOVINI in *Giustizia Civile*, n. 7-8 2012, pagg. 1707 e ss.)



CORSO DI DIRITTO ANTIDISCRIMINATORIO - 2° INCONTRO

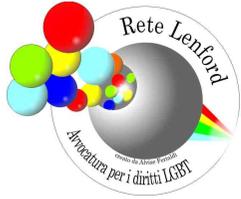
ORIENTAMENTO SESSUALE E FAMIGLIA - 01.02.2013

LA SENTENZA CASSAZIONE 4184 DEL 15.03.2012

Due le innovazioni più evidenti. Da una parte, si chiarisce che l'inerzia del legislatore non impedisce alle coppie omosessuali di rivolgersi ai giudici al fine di ottenere la garanzia del proprio diritto alla vita familiare; in questo modo viene implicitamente confermata la correttezza della strategia adottata negli ultimi anni da parte del movimento LGBT italiano che, constatata la totale impermeabilità del legislatore alle istanze emergenti dalla società civile, ha deciso di concentrarsi su un'attività di « *litigation strategy* » di cui le stesse sentenze della Corte costituzionale e della Cassazione rappresentano due dei frutti più significativi (30).

Dall'altra parte si ribadisce che il ricorso all'incidente di legittimità costituzionale davanti alla Consulta è solamente eventuale, ben potendo il giudice comune procedere direttamente all'estensione dei diritti per mezzo di un'interpretazione convenzionalmente orientata della norma interna.

(WINKLER - CHIOVINI in *Giustizia Civile*, n. 7-8 2012, pagg. 1707 e ss.)



CORSO DI DIRITTO ANTIDISCRIMINATORIO - 2° INCONTRO

ORIENTAMENTO SESSUALE E FAMIGLIA - 01.02.2013

CONCLUSIONE

Le persone dello stesso sesso conviventi in stabile relazione di fatto sono titolari del diritto alla "vita familiare" ex art. 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo; pertanto, nell'esercizio del diritto inviolabile di vivere liberamente la condizione di coppia, esse possono adire il giudice per rivendicare, in specifiche situazioni, un trattamento omogeneo a quello assicurato dalla legge alla coppia coniugata.

(MARCO GATTUSO in Matrimonio, identità e dignità personale: il caso del mutamento di sesso di uno dei coniugi pubblicato su Il diritto di famiglia e delle persone, 2012, 3, 1076)