

La tutela multilivello delle persone LGBTIQ+

Michele Di Bari

Premessa

Al giorno d'oggi, parlare con cognizione di causa dei diritti delle persone LGBTIQ+ impone di utilizzare un approccio di tipo comparato. Non si può infatti coglierne appieno lo sviluppo giurisprudenziale e legislativo, se non in un'analisi che prenda in considerazione quel sistema multilivello di tutela dei diritti fondamentali che caratterizza, in particolare, il continente europeo. Un sistema articolato, che condiziona il modo in cui giudici, legislatori e dottrina percepiscono e poi traducono in concreto (anche) i diritti delle persone LGBTIQ+. Quindi, sarà utilizzando gli strumenti propri del comparatista che si tenterà di ricostruire quel lungo percorso di emancipazione giuridica che ha visto le persone LGBTIQ+ divenire soggetti protetti dall'ordinamento giuridico in quanto portatori di diritti specifici.

Riallacciandoci perciò alle definizioni già brillantemente fornite da Zanetti nella prima parte di questa sezione, proveremo a spiegare come la barriera rappresentata dalla c.d. vulnerabilità istituzionale abbia subito una costante erosione negli ultimi anni.

Tuttavia, per non incorrere nel pericolo di generalizzare enormemente un fenomeno complesso e differenziato con un'analisi eccessivamente ampia, in questa sezione si limiterà l'ambito dell'indagine. Da un lato, si tenterà di definire con chiarezza il ruolo giocato da due Corti appartenenti a sistemi giuridici distinti anche se costantemente in comunicazione — attraverso il c.d. *judicial dialogue* (Cartabia, 2015, p. 33; McCrudden, 2000, p. 501) — ossia la Corte di Giustizia dell'Unione Europea (CGUE) e la Corte Europea dei Diritti Umani (Corte EDU). Dall'altro lato, in relazione all'acronimo LGBTIQ+ si

analizzerà come il principio di uguaglianza sia stato coniugato per superare la discriminazione sul piano dell'orientamento sessuale, in particolare nell'ambito delle unioni tra persone dello stesso sesso. Questa scelta si fonda sulla notevole «stratificazione giurisprudenziale» che si è prodotta negli ultimi decenni — in ambedue i sistemi (CEDU e UE) — proprio in relazione ai diritti delle coppie *same-sex*.

Per ordine, si procederà prima vagliando gli orientamenti giurisprudenziali che negli anni si sono sviluppati in sede CEDU, per poi muoversi in un'analisi del contesto UE. Si cercherà quindi di comprendere come è nata, all'interno del nostro sistema multilivello di protezione dei diritti fondamentali, la necessità di riconoscere quelle unità sociali che, anche nell'ordinamento giuridico italiano, hanno poi trovato pieno riconoscimento nella Legge 20 maggio 2016, n. 76 (Ferrando, 2017, p. 55).

Il livello internazionale: Il Consiglio d'Europa e il ruolo della Corte EDU

Sin dal 1981, il Consiglio d'Europa (CoE) ha costantemente richiamato gli Stati membri rispetto alla necessità di eliminare ogni forma di discriminazione basata sull'orientamento sessuale, invitando anche l'Organizzazione Mondiale della Sanità a rimuovere l'omosessualità dal catalogo delle malattie mentali.¹ Sempre nel 1981, con la Raccomandazione 924,² venne chiesto a tutti i *contracting States* di abolire, quale fattispecie penale, l'omosessualità, armonizzando altresì l'età prevista per poter prestare legittimamente consenso all'attività sessuale sia etero che omosessuale. In aggiunta, veniva chiesto di proteggere le persone omosessuali dalla discriminazione, e dalle pratiche mediche (per meglio dire, presunte tali) per la cura dell'omosessualità (Brignone, 2013, p. 3).

Da un approccio inizialmente orientato alla tolleranza, il CoE si è poi mosso su di una linea più marcatamente promozionale/garantista, all'interno della quale il riconoscimento delle specifiche istanze sociali dei gruppi LGBTIQ+ è divenuto un *compelling interest*. Nel 2000 infatti, prima con la Raccomandazione

¹ CoE, Raccomandazione 756, 1 ottobre 1981, disponibile online <http://assembly.coe.int> (accesso verificato il 18/04/2023). A quel tempo, si trattò più che altro di uno sforzo volto a promuovere maggiore tolleranza verso le tante diversità sociali, e non di un invito al riconoscimento di specifici diritti in capo al singolo omosessuale, o alla coppia di omosessuali.

² CoE, Raccomandazione 924, 1 ottobre 1981, disponibile online <http://assembly.coe.int> (accesso verificato il 18/04/2023).

1470,³ e poi con la Raccomandazione 1474⁴ si comincia a parlare della necessità di introdurre norme specifiche per il riconoscimento delle coppie formate da persone dello stesso sesso. In particolare, l'Assemblea Parlamentare del CoE sottolinea l'esigenza di introdurre nei diversi ordinamenti nazionali delle forme di riconoscimento giuridico per quelle famiglie composte da persone del medesimo sesso, in particolare al fine di favorire la libertà di circolazione tra paesi. Risultava infatti evidente come, in mancanza di tale riconoscimento, fosse impossibile invocare il diritto al ricongiungimento familiare, e quindi diventasse particolarmente difficoltoso per le persone LGBTIQ+ scegliere di spostarsi da un Paese a un altro.

Per di più, nella Raccomandazione 1474 era stato proposto di

add sexual orientation to the grounds for discrimination prohibited by the ECHR [...] and call upon Member States: to include sexual orientation among the prohibited grounds for discrimination in their national legislation [...] to adopt legislation which makes provision for registered partnerships.

A tale proposta non fece seguito alcun emendamento alla Convenzione, essendo il Comitato dei Ministri del CoE persuaso che si fosse ormai consolidata un'interpretazione dell'art. 14 CEDU (divieto di discriminazione) a opera della Corte di Strasburgo capace di ricomprendere anche la discriminazione fondata sull'orientamento sessuale.

Proprio in questa direzione, la Corte EDU ha evidenziato sin dal caso *Dudgeon*⁵ — dove i giudici non hanno utilizzato il parametro di cui all'art. 14, bensì l'art. 8 CEDU (diritto al rispetto della vita privata e familiare) — che i diritti sanciti dalla Convenzione debbano essere garantiti in modo uniforme, non potendosi ricavare differenziazioni basate su una specifica condizione personale di partenza.⁶

³ CoE, Raccomandazione 1470, 30 giugno 2000, disponibile online: <http://assembly.coe.int> (accesso verificato il 18/04/2023).

⁴ CoE, Raccomandazione 1474, 26 settembre 2000, disponibile online: <http://assembly.coe.int> (accesso verificato il 18/04/2023).

⁵ Corte EDU, sentenza del 22 ottobre 1981, *Dudgeon v United Kingdom*, application n. 7525/76.

⁶ Jeff Dudgeon era un impiegato marittimo e attivista gay di Belfast che, posto in stato di fermo, fu interrogato dalle forze dell'ordine in relazione alle sue attività sessuali, considerate penalmente rilevanti. La Corte stabilì — e fu la prima volta — che la criminalizzazione degli atti omosessuali tra adulti consenzienti rappresentava una violazione dell'articolo 8 della Convenzione. In particolare, il Giudice di Strasburgo osservò come la «restriction imposed on Mr. Dudgeon under Northern Ireland law, by reason of its breadth and absolute character, is, quite apart from the severity of the possible penalties provided for, disproportionate to the aims sought to be achieved» (*Dudgeon*, par., 60).

Più di recente, in *Identoba*⁷ i giudici di Strasburgo hanno considerato l'atteggiamento delle autorità georgiane — durante una manifestazione per i diritti delle persone LGBTIQ+⁸ — come lesivo tanto dell'art. 3 CEDU (divieto di trattamenti inumani e degradanti), quanto dell'art. 14. Più precisamente, la Corte EDU ha rimarcato come nella lettura in combinato di questi due articoli, gli Stati membri siano vincolati (c.d. *positive obligations*) a tutelare i gruppi di minoranza da atteggiamenti violenti e tesi alla marginalizzazione sociale.

Nell'ambito concernente il riconoscimento delle unioni formate da persone dello stesso sesso la giurisprudenza della Corte EDU può certamente essere osservata in senso, per così dire, evolutivo. Si è infatti passati da una visione nettamente «domestica», ovvero orientata a lasciare un ampio margine di apprezzamento agli Stati in relazione alle unioni omosessuali, al ritenere necessario provvedere a introdurre forme di riconoscimento idonee a garantire il pieno rispetto della vita familiare.

Va ricordato che la CEDU, a differenza della Carta dei diritti fondamentali dell'UE (CDFUE) dove si definisce il diritto a sposarsi senza utilizzare le parole «uomo» e «donna», prevede all'art. 12 che tale diritto possa essere esercitato tra un uomo e una donna, rinviando alle leggi nazionali che garantiscono l'esercizio di tale diritto. In altre parole, soffermandosi sulla disposizione, non stupisce che inizialmente l'approccio del giudice dei diritti umani europeo sia stato più cauto.

In effetti, in *Rees*⁹ la Corte EDU ha sostenuto nel paragrafo 49 che

the right to marry guaranteed by Article 12 refers to the traditional marriage between persons of opposite sex. This appears also from the wording of the Articles which makes it clear that Article 12 is mainly concerned to protect marriage as the basis of the family.

⁷ Corte EDU, sentenza del 12 maggio 2015, *Identoba and Others v Georgia*, application n. 73235/12.

⁸ Il caso ha riguardato una manifestazione pacifica organizzata da un'organizzazione non governativa a Tbilisi nel maggio 2012 per celebrare la Giornata internazionale contro l'omofobia. Una marcia che è stata violentemente interrotta da oppositori politici che superavano in numero i partecipanti alla manifestazione. I 13 ricorrenti hanno lamentato l'assoluta inerzia delle autorità georgiane, le quali sono riuscite né a proteggere i manifestanti dagli attacchi violenti, né a indagare efficacemente sui numerosi incidenti accaduti per accertare le responsabilità penali dietro gli attacchi di tipo discriminatorio.

⁹ Corte EDU, sentenza del 17 ottobre 1986, *Rees v. United Kingdom*, application n. 9532/81.

La stessa impostazione è stata poi mantenuta nei successivi casi (*Cossey*¹⁰ del 1990; *Sheffield*¹¹ del 1998), con l'eccezione del caso *Goodwin*,¹² in cui però non si discuteva dei diritti di una coppia dello stesso sesso, ma del diritto di una persona transessuale a formare una famiglia dopo l'avvenuta rettifica del sesso di nascita (quindi, sempre all'interno della tradizionale definizione di matrimonio). Segnatamente, la Corte ha ribadito come il diritto al matrimonio da un lato, e il diritto al riconoscimento dell'unione familiare dall'altro, fossero da considerarsi come due distinte fattispecie, non ambedue vincolate alla differenza biologica dei sessi.¹³

Secondo il Giudice di Strasburgo, gli sviluppi scientifici in ambito medico, ossia la possibilità di giungere alla rettifica del sesso di nascita, unitamente ai mutamenti sociali intervenuti nella cultura di massa, rendevano necessario considerare l'art. 12 CEDU in modo diverso e meno restrittivo.

In uno dei passaggi più significativi della sentenza *Goodwin* in cui viene richiamata anche la CDFUE, la Corte spiega:

[...] Article 12 secures the fundamental right of a man and woman to marry and to found a family. The second aspect is not however a condition of the first and the inability of any couple to conceive or parent a child cannot be regarded as per se removing their right to enjoy the first limb of this provision (para. 98). [...] The Court would also note that Article 9 of the recently adopted Charter of Fundamental Rights of the European Union departs, no doubt deliberately, from the wording of Article 12 of the Convention in removing the reference to men and women.¹⁴

¹⁰ Corte EDU, sentenza del 27 settembre 1990, *Cossey v. United Kingdom*, application n. 10843/84, par. 43.

¹¹ Corte EDU, sentenza del 30 luglio 1998, *Sheffield v. United Kingdom*, application n. 22985/93, par. 60.

¹² Corte EDU, sentenza del 11 luglio 2002, *Goodwin v. United Kingdom*, application n. 28957/95.

¹³ Penso sia interessante sottolineare come la Corte EDU, in tema di diritti dei transessuali, nella sentenza *S.V. v. Italia* (application n. 55216/08) ha ritenuto che vi fosse stata una violazione dell'articolo 8 CEDU rilevando che l'impossibilità per una persona *transgender* di ottenere il cambio di nome, anche in assenza dell'intervento chirurgico di riassegnazione del sesso, equivaleva a una violazione dell'obbligo di garantire il diritto al rispetto della sua vita privata. Secondo la Corte, la natura rigida della procedura per il riconoscimento dell'identità di genere per le persone *transgender* il cui aspetto fisico e la cui identità sociale sono già conformi all'identità di genere percepita, pone questi soggetti in una situazione di vulnerabilità, umiliazione e ansia. In Italia, grazie anche all'intervento della Corte costituzionale con la sentenza 180/2017, è stato chiarito che l'intervento chirurgico di rettifica non è più considerato come ostativo alla possibilità di autorizzare la rettifica dei documenti.

¹⁴ *Goodwin*, par. 100.

Che la sentenza *Goodwin* si sia inserita in un solco già tracciato da una giurisprudenza europea orientata al mantenimento di una visione tradizionalista del diritto a contrarre matrimonio è evidente anche nei successivi casi *Parry*¹⁵ e *R. and F.*,¹⁶ in cui la Corte EDU ha dichiarato inammissibile due ricorsi per i quali si lamentava la violazione del diritto al matrimonio, nella misura in cui veniva imposto lo scioglimento di un legame matrimoniale a seguito della rettifica del sesso di uno dei due coniugi, precedentemente uniti in matrimonio come coppia *opposite-sex*.¹⁷

Ancora, in *Estevez*¹⁸ i giudici di Strasburgo, dichiarando inammissibile il ricorso hanno ribadito che

[...] long-term homosexual relationships between two men do not fall within the scope of the right to respect for family life protected by Article 8 of the Convention [...] The Court considers that, despite the growing tendency in a number of European States towards the legal and judicial recognition of stable de facto partnerships between homosexuals, this is, given the existence of little common ground between the Contracting States, an area in which they still enjoy a wide margin of appreciation [...] Accordingly, the applicant's relationship with his late partner does not fall within Article 8 in so far as that provision protects the right to respect for family life.

¹⁵ Corte EDU, *Parry v. United Kingdom*, application n. 42971/05, dichiarato inammissibile il 28 novembre 2006.

¹⁶ Corte EDU, *R. and F. v. United Kingdom*, application n. 35748/05, dichiarato inammissibile il 28 novembre 2006.

¹⁷ Interessante notare come anche la Corte costituzionale italiana sia stata investita dalla medesima questione nel 2014. Nella sentenza 170 del 2014, anche il nostro Giudice delle leggi ha dovuto fare i conti con le norme relative al transessualismo. La Corte si trovò di fronte a un'ordinanza remissione della Corte di Cassazione, nella quale si dubitava della legittimità del c.d. divorzio imposto a causa della rettifica del sesso di uno dei due coniugi. La Consulta ha riconosciuto come la (allora) legge sul transessualismo fosse incostituzionale nella parte in cui — in mancanza di un istituto giuridico come le unioni civili — non veniva consentita la trasformazione del legame matrimoniale in un'altra forma legalmente riconosciuta di unione familiare essendo impraticabile la via del matrimonio tra persone dello stesso ai sensi dell'art. 29 Cost. (Pezzini, 2014; Brunelli, 2014; Veronesi, 2014; Di Bari, 2014). In questa circostanza la nostra Corte si è fortemente differenziata dai suoi omologhi europei. I giudici costituzionali portoghesi (*Tribunal Constitucional*, sentenza n. 359/2009) e francesi (*Counseil Constitutionnel*, sentenza 2010-92-DC) ad esempio, quando investiti da questioni simili non hanno voluto prendere una posizione così netta sulla legittimità costituzionale del matrimonio *same-sex*. Anzi, laddove interpellati si sono pronunciati evidenziando come, se da un lato la Costituzione non obbligava a introdurre il *same-sex marriage*, dall'altro non prevedeva alcun divieto. In ambedue i paesi, è stato poi introdotto il matrimonio egualitario.

¹⁸ Corte EDU, *Estevez v. Spain*, application n.56501/00, dichiarato inammissibile il 10 maggio 2001.

Il caso *Goodwin* ha comunque rappresentato un primo importante passo verso una visione meno restrittiva dell'istituto matrimoniale, e del concetto di famiglia. Infatti, da un lato il sesso biologico non è più stato ritenuto come l'elemento determinante al fine di potersi sposare, dall'altro lato è stato riconosciuto valore al diritto alla vita familiare, indipendentemente dal sesso dei partner.

Si arriva quindi al caso *Karner*,¹⁹ dove la Corte EDU non si è spinta sino a determinare il significato di «vita familiare», ma ha implicitamente riconosciuto che la relazione tra due partners, in questo caso dello stesso sesso, costituiva un legame degno di tutela. Nel caso di specie, la Corte costituzionale austriaca (*Verfassungsgerichtshof*) si era rifiutata di riconoscere al superstite di una coppia stabilmente convivente il diritto a succedere nel canone di locazione, così come previsto dalla legge austriaca per casi analoghi riguardanti coppie unite in matrimonio. Il giudice austriaco aveva motivato la sua decisione sostenendo che non sarebbe stato nell'intento del legislatore riconoscere quali «compagni di vita» soggetti diversi da quelli tradizionalmente considerati tali, ossia i partner di sesso opposto.

È interessante notare come *Karner* non sia stato *dismissed* di fronte alla Corte EDU (come richiesto dal governo austriaco), nonostante il ricorso fosse già morto quando venne iniziato l'*iter* di valutazione del ricorso. I giudici di Strasburgo hanno infatti ritenuto che si trattasse di affrontare un caso di estrema importanza attinente alla discriminazione sofferta dagli omosessuali. Secondo la Corte europea dei diritti umani

[...] judgments in fact serve not only to decide those cases brought before the Court but, more generally, to elucidate, safeguard and develop the rules instituted by the Convention, thereby contributing to the observance by the States of the engagements undertaken by them as Contracting Parties [...] Although the primary purpose of the Convention system is to provide individual relief, its mission is also to determine issues on public-policy grounds in the common interest, thereby raising the general standards of protection of human rights and extending human rights jurisprudence throughout the community of Convention States (*Karner*, par. 26).

In *Karner* la Corte EDU ha (strategicamente) evitato di concentrarsi in modo astratto sul significato di famiglia, affermando chiaramente come non fosse necessario determinare il contenuto di concetti come «vita privata» e «vita familiare» al fine di stabilire se fosse stata commessa una violazione della

¹⁹ Corte EDU, sentenza del 24 luglio 2003, *Karner v. Austria*, application n. 40016/98.

CEDU ai sensi dell'art. 8 (*Karner*, par. 33). Nel dispositivo della sentenza la Corte si è soffermata sul concetto di proporzionalità per valutare se la norma che discriminava tra compagni di vita eterosessuali e omosessuali, fosse legittima alla luce di un interesse pubblico prominente in grado di giustificare questo tipo di distinzione.

Il giudice europeo ha quindi notato come, anche laddove sia stato concesso agli Stati un ampio margine di apprezzamento, come è nel caso delle norme che attengono alla disciplina della vita familiare, le misure poi adottate in concreto possano essere soggette a una supervisione *ex post* da parte della Corte EDU. In tal senso, *Karner* assomiglia molto ai casi *Maruko* e *Römer* della CGCE di cui si discuterà in seguito. In effetti, sia la Corte di Strasburgo che quella del Lussemburgo hanno ritenuto che le condizioni di fatto di una coppia *opposite-sex* e di una coppia *same-sex*, laddove sovrapponibili, possano essere distinte solo se: (i) le autorità statali sono in grado di identificare un obbiettivo legittimo; (ii) laddove fosse ragionevole una differenziazione, e la stessa non deve produrre effetti sproporzionati rispetto al fine perseguito. Nella sentenza *Karner*, la Corte non ha ritenuto persuasive le motivazioni del governo austriaco (*Karner*, par. 41).

Ancor più rilevante, per i diritti delle persone LGBTIQ+, è il caso *Schalk and Kopf*.²⁰ Si tratta della prima sentenza in cui la Corte EDU ha riconosciuto, in modo esplicito, che le relazioni stabili di tipo omosessuale rientrano a pieno titolo nella nozione di vita familiare, aprendo altresì all'ipotesi di considerare il diritto al matrimonio *ex art. 12* della CEDU non più esclusivamente nella sua visione tradizionale, ma capace di ricomprendere anche il matrimonio *same-sex*.

Il caso originava, nuovamente, da un ricorso proveniente da cittadini austriaci, i quali, pur potendo avvalersi dell'istituto dell'unione registrata, lamentavano una violazione degli artt. 12 e 14 della CEDU, in combinato disposto con l'art. 8 CEDU, nella misura in cui veniva loro impedito di contrarre matrimonio. È interessante notare come in *Schalk and Kopf* la Corte di Strasburgo abbia effettuato una serie di rinvii alla CFDEU — in particolare all'art. 9 e alle sue *explanations* — e alle Direttive 2003/86/CE e 2004/38/CE (*Schalk*, par. 25) che trattano rispettivamente di ricongiungimento familiare e libertà di circolazione dei cittadini europei e dei loro familiari (Cerna, 2010, p. 1303).

Il giudice dei diritti umani non ha ritenuto che si fosse verificata una violazione della CEDU *ex art. 14*. La Corte, attraverso l'uso della comparazione, ha osservato come all'interno del CoE gli Stati avessero adottato soluzioni

²⁰ Corte EDU, sentenza del 24 giugno 2010, *Schalk and Kopf v. Austria*, application n. 30141/04.

legislative differenziate (*pacs*, *civil partnership*, *same-sex marriage*, ecc.), e anche il diritto dell'UE non imponeva il matrimonio *same-sex*. In altre parole, secondo la Corte EDU non era possibile argomentare né che impedire alle persone LGBTIQ+ di sposarsi rappresentasse una violazione del principio di non discriminazione inserito nella CEDU, né che esistesse un obbligo a introdurre il matrimonio egualitario. Ciò nonostante, secondo i giudici di Strasburgo, l'esigenza di prevedere forme di riconoscimento giuridico delle coppie *same-sex* era divenuto un *idem sentire* europeo (Repetto, 2010).

La Corte, difatti, evidenzia che

[...] would no longer consider that the right to marry enshrined in Article 12 must in all circumstances be limited to marriage between two persons of the opposite sex. However, as matters stand, the question whether or not to allow same-sex marriage is left to regulation by the national law of the Contracting State [quindi] In view of this evolution the Court considers it artificial to maintain the view that, in contrast to a different-sex couple, a same-sex couple cannot enjoy «family life» for the purposes of Article 8 (*Schalk*, par. 61).

I giudici della Corte EDU hanno tuttavia ribadito come il matrimonio restasse, fatta eccezione per alcuni degli Stati parte del CoE, ancora legato a una visione tradizionalista e quindi non fosse possibile imporre una sola prospettiva, calata dall'alto, ossia dalla Corte stessa (*Schalk*, parr. 62-63). Certamente, *Schalk and Kopf* rappresenta un rovesciamento di prospettiva rispetto al caso *Estevez* poiché, sulla scia di quanto già deciso in *Karner*, alle coppie dello stesso sesso viene riconosciuto il diritto al riconoscimento giuridico, seppur nelle forme e nei limiti stabiliti dalle autorità nazionali. Alcuni, in dottrina, hanno ritenuto ambiguo il ragionamento sviluppato dalla Corte EDU nella misura in cui essa non ha fissato una sorta di livello minimo di garanzia/riconoscimento (Hodson, 2011, p. 176). Anzi, utilizzando come termine di paragone un esempio che allo studioso italiano non può che essere familiare, la Corte EDU, similmente a quanto deciso dalla nostra Corte costituzionale nella sentenza 138/2010,²¹ ha ritenuto di non poter identificare — considerando l'ampio catalogo delle soluzioni adottate in diversi ordinamenti nel mondo — quale fosse l'istituto giuridico più idoneo a realizzare il diritto alla vita familiare delle persone LGBTIQ+.

Solamente in *Oliari*²² la Corte EDU ha affermato che esiste un vero e proprio diritto al riconoscimento giuridico convenzionalmente garantito. La

²¹ Corte costituzionale, sentenza del 14 aprile 2010, n. 138.

²² Corte EDU, sentenza del 21 luglio 2015, *Oliari and Others v. Italy*, application n. 18766/11 e n. 36030/11.

sentenza trae origine dal ricorso di tre diverse coppie dello stesso sesso, le quali lamentavano come in Italia non fosse prevista alcuna forma di tutela delle unioni *same-sex*. Effettivamente, il monito della Consulta nella sentenza 138/2010, e l'ulteriore sollecito proveniente dalla sentenza 170/2014, avevano visto il legislatore restare inerte rispetto al tema. I ricorrenti — autorizzati a presentare il ricorso anche senza aver esaurito tutti i rimedi interni — hanno chiesto alla Corte di accertare la violazione degli artt. 8 e 14 della Convenzione. In primo luogo, i giudici di Strasburgo hanno chiarito come l'art. 8 CEDU non possa più essere interpretato in modo restrittivo, ovvero come mera protezione rispetto a un'interferenza arbitraria delle autorità nella vita privata e familiare degli individui (*negative obligation*), ma semmai come l'obbligo di garantire il godimento della vita privata e familiare (*Oliari*, par. 159). Stante tale dovere in capo alle istituzioni statali, la Corte EDU ha quindi affermato che le coppie dello stesso sesso necessitano di una forma di tutela (*Oliari*, par. 167), la quale deve essere in grado di garantire ai partner un riconoscimento pubblico, determinando l'insorgere di diritti e doveri reciproci, ivi compreso il reciproco sostegno morale e materiale.

Nel dispositivo della sentenza *Oliari*, la Corte di Strasburgo — forte di un ormai consolidato *consensus* europeo (35 dei 47 Stati parte del CoE prevedevano in quel momento delle forme di riconoscimento giuridico) — ha spiegato come il riconoscimento delle coppie dello stesso sesso non rappresentava un particolare onere per lo Stato italiano (*Oliari*, par. 173), ma fosse semmai un importante bisogno sociale, quindi escludendo che residuasse per lo Stato un margine di apprezzamento in questo contesto.

Sulla scorta di quanto stabilito in *Oliari*, la Corte EDU ha poi, più recentemente, affrontato il tema della trascrizione dei matrimoni contratti all'estero, in quei paesi dove non è previsto il matrimonio egualitario. Si è trattato nuovamente di un ricorso presentato da cittadini italiani, che nel caso *Orlandi*,²³ ha visto i giudici di Strasburgo stabilire che il rifiuto di trascrizione del matrimonio *same-sex* contratto all'estero viola l'art. 8 CEDU, non già perché la CEDU obblighi gli Stati parte a riconoscere il matrimonio egualitario, quanto semmai perché deve almeno essere garantito il godimento dello *status* già acquisito. In *Orlandi*, la Corte ha notato come non fosse previsto (oggi la legge lo permette) che i diritti derivanti dall'unione matrimoniale fossero garantiti per effetto della trasformazione del matrimonio estero in unione civile (Deana, 2019, p. 2).

²³ Corte EDU, sentenza del 14 dicembre 2017, *Orlandi and Others v. Italy*, application n. 26431/12; 26742/12; 44057/12; 60088/12.

Il livello sovranazionale: il diritto dell'UE e il ruolo della Corte Europea di Giustizia

La giurisprudenza della CGUE ha svolto un ruolo chiave nell'ampliare la portata del principio di non discriminazione, il quale, oggi, attraversa quasi tutti gli ambiti del diritto dell'Unione Europea. I giudici del Lussemburgo si sono mossi all'interno di un quadro normativo delineato sia dai trattati istitutivi, sia dal diritto derivato. Con riferimento al diritto primario, l'art. 10 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE) stabilisce che «nella definizione e nell'attuazione delle sue politiche e azioni, l'Unione mira a combattere le discriminazioni fondate sul sesso, la razza o l'origine etnica, la religione o le convinzioni personali, la disabilità, l'età o l'orientamento sessuali»; l'art. 21 della CDFUE — oggi diritto vincolante ai sensi dell'art. 6.1 del TUE — vieta anch'esso ogni tipo di discriminazione fondata sulle tendenze sessuali. A corollario del principio di non discriminazione, l'art. 19.1 (*ex art.* 13 del Trattato di Amsterdam) del Trattato di Lisbona conferisce alle istituzioni europee la capacità di intraprendere azioni appropriate per combattere la discriminazione.

Per quanto riguarda il diritto derivato, lo strumento giuridico cui fare riferimento in via principale è la Direttiva 2000/78/CE,²⁴ che definisce un quadro normativo di portata generale, al fine di raggiungere la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro. Questa Direttiva è stata, e continua ad essere, di importanza fondamentale per (ri)definire e attuare in senso ampio il concetto di parità all'interno dello spazio comune europeo. Infatti, sebbene sia uno strumento nato con lo scopo di disciplinare in particolare l'ambito della vita economica dei cittadini dell'UE, i suoi contenuti sono divenuti — attraverso l'attività interpretativa dei giudici del Lussemburgo — una delle basi giuridiche che hanno permesso, come vedremo, di risolvere talune questioni relative ai diritti delle persone LGBTIQ+, anche al di là dello svolgimento di attività economiche.

Uno dei primissimi passi compiuti dalle Istituzioni dell'UE volti a promuovere i diritti delle persone LGBTIQ+ è stato l'adozione da parte della Commissione Europea della Raccomandazione 92/131/EEC sulla tutela della dignità delle donne e degli uomini sul lavoro, rimarcando come

alcuni gruppi specifici sono particolarmente vulnerabili alle molestie sessuali [...] anche gli uomini e i giovani gay sono vulnerabili alle molestie. È innegabile che le molestie basate sull'orientamento sessuale minano la dignità sul lavoro

²⁴ CE, Direttiva 2000/78/EC, disponibile online: <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2000:303:0016:0022:en:PDF> (accesso verificato il 18/04/2023).

delle persone colpite ed è impossibile considerare tali molestie come un comportamento appropriato sul posto di lavoro.²⁵

Nel 1994, il Parlamento Europeo ha adottato la Risoluzione sulla parità di diritti per omosessuali e lesbiche nella Comunità Europea,²⁶ esortando la Commissione e gli Stati membri a garantire e promuovere l'uguaglianza anche per coloro che appartengono a minoranze sessuali.

Per quanto attiene alla specifica questione delle unioni tra persone dello stesso sesso, già nel 2003, il PE ha formulato una proposta di direttiva del PE e del Consiglio relativa al diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri, inquadrando il concetto di famiglia indipendentemente dal sesso dei partner, riconoscendo e sostenendo implicitamente tali unioni.

La Commissione europea e il Consiglio europeo hanno però respinto questa proposta (Bonini Baraldo, 2008, p. 112). In altre parole, il PE, a differenza della Commissione e del Consiglio, ha compreso precocemente come lo status delle coppie LGBTQ+ potesse condizionare la libertà di circolazione. Una libertà sancita dall'art. 45 del TFUE (ex art. 39 TCE). Era infatti evidente come il diritto alla libera circolazione si sarebbe svuotato di significato in assenza del riconoscimento del diritto per il lavoratore di potersi ricongiungere alla sua famiglia.

A tale scopo, l'ex art. 39 TCE venne realizzato attraverso l'adozione della Direttiva 2004/38/CE²⁷ che estendeva il diritto alla libera circolazione anche ai familiari del cittadino europeo che decide di trasferirsi in un altro stato dell'Unione. Nel 2011, il PE e la Commissione hanno emanato un nuovo regolamento sulla libertà di circolazione dei lavoratori all'interno dell'Unione,²⁸ in cui si stabiliva:

Il diritto di libera circolazione richiede, perché esso possa essere esercitato in condizioni obiettive di libertà e di dignità, che sia assicurata, in fatto e in diritto, la parità di trattamento per tutto ciò che si riferisce all'esercizio stesso

²⁵ CEE, Raccomandazione 27 novembre 1991, 92/131/EEC, disponibile online: <https://eur-lex.europa.eu/eli/reco/1992/131/oj> (accesso verificato il 18/04/2023).

²⁶ PE, 28 febbraio 1994, *Risoluzione sulla parità di diritti per gli omosessuali nell'Unione europea*, disponibile online: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/HTML/?uri=CELEX:51998IP0824&from=EN> (accesso verificato il 18/04/2023).

²⁷ Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio, 29 aprile 2004, n. 38, *relativa al diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri, che modifica il regolamento (CEE) n. 1612/68 e abroga le direttive 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE e 93/96/CEE*.

²⁸ Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio, 5 aprile 2011, n. 492, *Relativo alla libera circolazione dei lavoratori all'interno dell'Unione*.

di un'attività subordinata e all'accesso all'alloggio, e che siano anche eliminati gli ostacoli che si oppongono alla mobilità dei lavoratori, specie per quanto riguarda le condizioni d'integrazione della famiglia del lavoratore nella società del paese ospitante (Regolamento UE n. 492/2011, par. 6).

Ciò detto, sia la Direttiva 2004/38/CE che il Regolamento del 2011, erano silenti rispetto alla definizione di «familiari/coniugi». Questa lacuna definitoria era particolarmente rilevante nel caso delle unioni tra persone dello stesso sesso. Infatti, se la possibilità per le famiglie omosessuali di spostarsi liberamente all'interno dell'UE veniva subordinata — ed è stato così fino al caso *Coman* che analizzeremo in seguito — al preventivo riconoscimento da parte dello Stato ospitante dell'unione contratta nel Paese d'origine, a molte di queste famiglie veniva di fatto impedito di spostarsi all'interno dello spazio comune dell'UE, pena il concreto pericolo di perdere lo *status* di famiglia legalmente riconosciuta. In altre parole, una coppia omosessuale regolarmente sposata in Belgio non sarebbe stata riconosciuta come coppia matrimoniale nel caso avesse deciso di trasferirsi in Romania (questo esempio, come si vedrà in seguito, non è casuale).

Tornando al contesto relativo alla parità di trattamento, la Corte del Lussemburgo ha avuto modo di affrontare il tema delle unioni omosessuali, garantendo a quest'ultime le garanzie offerte dal diritto dell'UE.

La Corte di Giustizia non ha mai dovuto affrontare direttamente il tema relativo al riconoscimento delle unioni omosessuali, questo perché, la materia attinente agli status familiari ricade nell'ambito di competenza statale e non dell'UE. Per contro, la Corte lussemburghese ha avuto in più occasioni la possibilità di definire in che modo, e in quale misura, le unioni tra persone possono costituire delle relazioni familiari, tutte egualmente coperte dal diritto dell'UE.

Quindi, anche se indirettamente, la persistente vulnerabilità istituzionale sofferta dalle persone LGBTIQ+, è stata, almeno nell'ambito delle unioni *same-sex*, superata attraverso un costante rimodellamento del significato di famiglia operato dalla CGUE. Come si è avuto modo di notare in relazione al perimetro disegnato dalla CEDU, anche in ambito UE gli sviluppi giurisprudenziali sono stati gradualmente.

La prima decisione degna di nota, in cui la CGUE si è chiesta se fosse legittimo differenziare tra coppie *opposite-sex* e *same-sex*, ovvero se tale discriminazione fosse compatibile con il diritto dell'UE è la sentenza *Grant*.²⁹ In questo caso, che riguardava la possibilità di usufruire di alcuni *benefits* aziendali, la Corte ha concluso che il rifiuto da parte di un datore di lavoro di

²⁹ CGUE, sentenza del 17 febbraio 1998, *Grant v. South-West Trains*, C-249-96.

concedere un voucher per viaggiare gratuitamente al partner dello stesso sesso con cui un lavoratore aveva una relazione stabile — laddove tale privilegio era invece garantito al marito o moglie di qualsiasi altro lavoratore/trice o al/alla compagno/a di sesso opposto convivente al di fuori del matrimonio — non costituiva una discriminazione.

Seguendo il ragionamento della CGUE, i benefici venivano negati sia alle coppie omosessuali femminili che a quelle maschili; quindi, si poteva escludere che si trattasse di una discriminazione fondata sul sesso. Nel 1998, come evidenziato dalla stessa Corte di Giustizia, il riferimento all'orientamento sessuale doveva ancora essere introdotto dal successivo Trattato di Amsterdam e dalla seguente Direttiva 2000/78/CE.³⁰ Pertanto la possibilità di intervento della Corte del Lussemburgo era limitata ad accertare (solamente) un'eventuale discriminazione basata sul sesso.

Tale impostazione subisce una decisa inversione di tendenza nei due casi *Maruko* e *Römer*, inaugurando un processo di adeguamento del diritto dell'UE alle istanze delle coppie formate da persone dello stesso sesso che terminerà con la sentenza *Coman*.

Poiché sia *Maruko* che *Römer* traggono origine da ricorsi che lamentano la violazione della Direttiva 2000/78/CE, è bene cercare di comprendere il significato delle disposizioni in essa contenute. In particolare, occorre qui richiamare due elementi in particolare.

- Secondo questa Direttiva, la discriminazione può essere distinta in «discriminazione diretta» e «discriminazione indiretta» (art. 2). La prima (art. 2, a) si verifica quando una persona è trattata in modo meno favorevole di un'altra per i motivi di cui all'art. 1 (religione o convinzioni personali, handicap, età o età, religione o convinzioni personali, disabilità, età o orientamento sessuale). La seconda (art. 2, b) si verifica quando una disposizione apparentemente neutra mette una persona in una posizione di particolare svantaggio rispetto ad altre. A questo proposito, la discriminazione indiretta può essere giustificata se è appropriata, necessaria e finalizzata al perseguimento di uno scopo legittimo.
- Il *Considerando* 22 che stabilisce che la Direttiva non pregiudica la legislazione nazionale dello stato civile e le prestazioni che ne derivano. Questo riferimento, almeno in teoria, doveva servire a limitare l'applicazione della Direttiva, permettendo agli Stati membri di legiferare in autonomia, stabilendo a chi «riservare» determinate prestazioni sociali, previste per le unità familiari (Izzi, 2008, p. 1231).

³⁰ CE, Direttiva del 27 novembre 2000, n. 78, disponibile online: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/HTML/?uri=CELEX:32000L0078> (accesso verificato il 18/04/2023).

Nel caso *Maruko*³¹ il ricorrente, un cittadino tedesco, sosteneva di essere stato discriminato sulla base dell'orientamento sessuale, in quanto gli era stata negata la pensione di reversibilità, pur avendo un'unione omosessuale regolarmente registrata ai sensi della *Lebenspartnerschaftsgesetz* (LPartG) dal 2001. Nello specifico, l'ente pensionistico non aveva autorizzato il signor Maruko ad accedere alla reversibilità, sostenendo che, secondo la disciplina allora vigente, questa prestazione veniva riservata alle sole coppie sposate. Condizione, quest'ultima, impossibile da realizzare per una coppia dello stesso sesso, non essendo previsto il matrimonio *same-sex*.

Il ricorrente ha quindi impugnato questa decisione davanti al tribunale tedesco, discutendo sulla razionalità di questo divieto, sostenendo che il divieto di accedere a questa prestazione lo avrebbe discriminato sulla base dell'orientamento sessuale, espressamente vietato dal diritto dell'UE. Il giudice comune, investito della questione, ha ritenuto di dover effettuare il rinvio pregiudiziale alla CGUE così come stabilito dall'art. 267 del TFUE (Cozzi, 2008, p. 2).

La CGUE ha dovuto innanzitutto stabilire se la pensione di reversibilità potesse essere considerata come «retribuzione» ai sensi dell'articolo 3 della direttiva 2000/78/CE (Savino, 2010, p. 243). Questa determinazione è stata essenziale ai fini del percorso logico poi seguito nella definizione del giudicato della Corte. I giudici del Lussemburgo, infatti, da un lato hanno ribadito che, ai sensi del *Considerando* 22, la direttiva 2000/78/CE non poteva trovare attuazione in relazione alle disposizioni nazionali relative allo stato civile o ai benefici derivanti da tale stato, ma dall'altro ha concluso che i benefici derivanti da un rapporto professionale, dovevano essere considerati come «retribuzione» ai sensi dell'art. 141 CE, rientrando quindi nell'ambito di applicazione della direttiva 2000/78/CE (*Maruko*, par. 43-60).

La CGUE ha quindi ricordato come nell'esercizio della competenza esclusiva in materia di stato civile e delle sue conseguenze, gli Stati membri devono comunque rispettare il diritto comunitario, e in particolare la disposizione relativa al principio di non discriminazione (*Maruko*, par. 59).

Una volta stabilito che la richiesta di Maruko riguardava una differenziazione in relazione a una «retribuzione», la CGUE ha dovuto poi verificare se si trattava di un caso di discriminazione diretta o indiretta. Sul punto, sia l'avvocato generale Ruiz-Jarabo Colomer³² che la Commissione (*Maruko*, par. 63) hanno indicato nelle loro osservazioni che si trattava di un caso di discriminazione indiretta, così come previsto dall'art. 2, lettera b, della direttiva 2000/78/CE.

³¹ CGUE, sentenza del 1 aprile 2008, *Tadao Maruko v. Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen*, C-267/06.

³² *Opinion* depositata il 6 settembre 2007, para 96-103.

Si riteneva cioè, che una disposizione apparentemente neutra come quella prevista dal sistema pensionistico tedesco, consistente in una differenziazione tra coppie sposate e non sposate (considerando che solo gli eterosessuali potevano sposarsi), fosse di fatto discriminante sulla base dell'orientamento sessuale.

I giudici del Lussemburgo non hanno però condiviso questa conclusione. La Corte, in modo molto pragmatico, ha ragionato sulla situazione di fatto e ha concluso che un soggetto unito dal vincolo di una unione registrata è paragonabile a un coniuge. Pertanto, nessuna distinzione tra coppie sposate e registrate poteva essere addotta come legittima eccezione. Anzi, il rifiuto di concedere una prestazione solo ad alcuni superstiti (quelli coniugati) costituiva una violazione degli articoli 1 e 2(2) della Direttiva 2000/78/CE (cioè una discriminazione diretta).

Quello che la Corte ha evidenziato in questa sentenza, con un approccio che gli inglesi chiamerebbero *down-to-earth* è l'importanza di considerare la situazione in concreto. Come ha evidenziato la CGUE,

un'equiparazione progressiva e che risulta, a suo avviso, dal regime stabilito dal LPartG, in particolare dalle modifiche intervenute con la legge 15 dicembre 2004, l'unione solidale, senza essere identica al matrimonio, ponga le persone dello stesso sesso in una posizione analoga a quella dei coniugi per quanto concerne la prestazione ai superstiti controversa nella causa principale (Direttiva 2000/78/CE, par. 69).

Dalla sentenza *Grant* — in cui le differenze tra persone dello stesso sesso e di sesso opposto erano concepite come un elemento plausibile di distinzione — al caso *Maruko*, la Corte di giustizia europea ha quindi cambiato notevolmente la sua visione rispetto a questo tipo di unione familiare.

La CGUE ha poi lasciato ai giudici nazionali la responsabilità di verificare se la situazione delle unioni registrate fosse di fatto paragonabile a quella delle coppie sposate, analizzando le diverse questioni, caso per caso (Direttiva 2000/78/CE, par. 80). La comparabilità/similarità è diventata così l'elemento principale per identificare la discriminazione diretta subita dai partner dello stesso sesso.

Come sottolineato in dottrina, tale conclusione appare per certi versi controversa, in particolare se si considera la struttura della LPartG tedesca. Se, come è nel caso di specie, solo le persone dello stesso sesso potevano avvalersi di questo istituto, e solo quelle di sesso opposto potevano sposarsi, l'argomento della similitudine delle due condizioni di fatto tra i partner avrebbe potuto essere preceduto da un ragionamento relativo dalla discriminazione sofferta da coloro che non possono contrarre matrimonio. In effetti, il diniego della pensione di reversibilità si basava sul presupposto che solo le coppie sposate potevano beneficiarne.

Allora, se solo alle persone eterosessuali è concesso sposarsi, la conclusione più semplice sarebbe stata stabilire che, laddove per potersi sposare è necessario essere eterosessuali, il tipo di discriminazione era, in *Maruko*, una discriminazione indiretta.

Perché la CGUE non ha considerato questa ipotesi? È possibile sostenere che, individuando una discriminazione diretta, la CGUE abbia voluto in qualche modo rinforzare la tutela offerta alle persone LGBTIQ+, in quanto la Direttiva 2000/78/CE non ammette alcuna giustificazione alla discriminazione diretta, mentre la discriminazione indiretta potrebbe essere giustificata, se si dimostrasse di aver perseguito un interesse pubblico preminente.

Tuttavia, il problema posto dalla «comparabilità» così come definito dalla CGUE è che, in alcuni casi, può trovare applicazione in modo davvero limitato. Ad esempio, in quei paesi dove le persone dello stesso sesso non godono di alcuna forma di riconoscimento, una richiesta formulata negli stessi termini di *Maruko* sarebbe impossibile da sottoporre alla CGUE.

Inoltre, la decisione di lasciare in ultima istanza ai giudici nazionali la responsabilità di «comparare», cioè di stabilire se due condizioni simili sono sovrapponibili, non garantisce un'applicazione uniforme del principio di non discriminazione nell'intero spazio comune europeo. A riprova di tale assunto, solo un mese dopo la decisione *Maruko*, il *BVerfG* tedesco ha deciso di trattare in modo diverso i partner dello stesso sesso, operando una valutazione sulla scorta di quanto deciso dalla CGUE (Moschel, 2009, p. 65). Nello specifico, questa volta il ricorrente aveva sottoposto al Giudice delle leggi tedesco una questione relativa alla costituzionalità di una disposizione che concedeva solo ai dipendenti pubblici sposati un sussidio specifico (*Familienzuschlag der Stufe*).³³

Il giudice tedesco, considerando l'ampio margine discrezionale lasciato al giudice comune nella sentenza *Maruko*, ha stabilito che la direttiva 2000/78/CE non obbligava automaticamente gli Stati a estendere i benefici riservati alle coppie sposate anche ad altri tipi di unione (par. 40). Il *BVerfG* ha quindi respinto il ricorso sulla base del fatto che la distinzione operata dal legislatore non costituiva una violazione dei diritti fondamentali.

In questo modo, il *BVerfG*, pur richiamando la causa *Maruko*, ha però ritenuto di non concedere gli stessi benefici sia alle coppie sposate che a quelle registrate. Il ragionamento del *BVerfG* era chiaro: *Maruko* confermava l'esistenza di una differenza tra le due situazioni, e solo al giudice comune spettava decidere quando, in base al confronto, fosse possibile equiparare la condizione delle coppie registrate a quelle sposate.

³³ BVerfG, sentenza del 6 maggio 2008, 2 BvR n.1830/06, par. 10.

In altre parole, la conclusione raggiunta dalla Corte tedesca ribaltava la logica sviluppata dalla CGUE in *Maruko* perché, anziché preoccuparsi di verificare la sovrapponibilità di situazioni di fatto simili, si è ritenuto che la differenziazione di diritto giustificasse di per sé trattamenti diversi.

Solo pochi anni dopo, la Corte del Lussemburgo si è trovata, nuovamente, di fronte a un caso molto simile a *Maruko*, ossia sempre relativo alla discriminazione tra partner registrati e coniugi in relazione alla concessione di uno specifico trattamento economico.

La sentenza *Römer*,³⁴ sebbene simile al precedente del 2008, ha posto un ulteriore problema in relazione all'ambito di applicazione del principio di non discriminazione all'interno dell'UE. Questa volta la Corte di Giustizia ha dovuto chiarire se tale principio prevalga anche sulle costituzioni nazionali degli stati membri.

Nello specifico, il giudice comune del rinvio, il signor Römer, la Commissione, e l'Avvocato Generale hanno tutti concordato sull'assunto per cui, in analogia con il caso *Mangold*³⁵ (discriminazione in base all'età), il principio di non discriminazione sulla base dell'orientamento sessuale costituisca un principio generale del diritto dell'UE (Schiek, 2006, p. 333), quindi direttamente applicabile e automaticamente efficace sull'intero territorio dell'UE. Secondo il giudice remittente, tale principio sarebbe stato così incisivo da potersi considerare in conflitto con le norme costituzionali che prevedevano una tutela particolare per l'istituto matrimoniale (riservato solo alle persone eterosessuali).

Il signor Jurgen Römer, come il signor Maruko, aveva contratto un'unione registrata secondo la *LPartG* tedesca nel 2001. Aveva quindi deciso di richiedere l'applicazione delle prestazioni sociali previste dalla legge del *Land* di Amburgo sulle pensioni integrative (*Hamburgisches Zusatzversorgungsgesetz*).

Il ricorrente aveva lavorato come impiegato amministrativo per la città di Amburgo dal 1950 fino al 1990, quando, per ragioni di salute, era diventato inabile al lavoro. Aveva quindi chiesto di integrare la sua pensione mensile sulla base del trattamento economico integrativo riservato alle coppie sposate, nonché di ottenere un ricalcolo della sua pensione sin dal 2001 (cioè dall'anno in cui aveva formalizzato la sua unione familiare).

Nel dicembre 2001, la *Freie und Hansestadt* di Amburgo ha risposto negativamente alla richiesta di Römer, opponendo che questo beneficio era riservato alle sole coppie coniugate.

³⁴ CGUE, sentenza del 10 maggio 2011, *Jürgen Römer v. Freie und Hansestadt Hamburg*, C-147/08.

³⁵ CGUE, sentenza del 22 novembre 2005, *Werner Mangold v Rüdiger Helm*, C-144/04.

Secondo il resistente, questa restrizione nel godimento del beneficio era giustificata dalla speciale protezione che la Costituzione tedesca riservava all'istituto matrimonio. Römer ha quindi presentato ricorso contro questa decisione presso il Tribunale del lavoro locale (*Arbeitsgericht Hamburg*), il quale a sua volta ha deferito la questione alla CGUE.

In primo luogo, la Corte di Giustizia ha chiarito che, in relazione alla prestazione economica richiesta dal signor Römer, tale trattamento ricadeva nella definizione di «retribuzione», conformemente a quanto già deciso nella causa *Maruko* (Römer, par. 30-34), ricordando come il *Considerando 22* non potesse influire sull'applicazione della direttiva 2000/78/CE se la prestazione in questione era da considerare come «retribuzione» ai sensi dell'articolo 157 del TFUE (*Maruko*, par. 60).

In secondo luogo, la CGUE ha di nuovo rilevato come, per stabilire se vi sia stata una discriminazione diretta, non sia necessario che due situazioni siano identiche. Pertanto, la Corte di giustizia europea ha concluso che i tribunali nazionali sono tenuti a considerare, nella loro determinazione,

soltanto che [le due situazioni] siano paragonabili, e, dall'altro, [che] l'esame di tale carattere paragonabile deve essere condotto non in maniera globale e astratta, bensì in modo specifico e concreto in riferimento alla prestazione di cui trattasi (Römer, par. 42).

In tal senso, non sarebbe necessario verificare se la tutela offerta all'istituto matrimoniale dalla Costituzione tedesca sia in contrasto con i principi del diritto dell'Unione Europea, così come veniva richiesto dal giudice del rinvio, poiché, come ha chiarito la Corte del Lussemburgo, la richiesta sottoposta al suo esame non richiedeva di equiparare le due soluzioni giuridiche adottate nell'ordinamento tedesco, i.e., il matrimonio e l'unione registrata (Römer, par. 41-44).

In altre parole, secondo la CGUE, il diritto dell'UE richiederebbe semplicemente di trattare situazioni uguali in modo uniforme. Si è quindi spostata l'attenzione sulle conseguenze del matrimonio o dell'unione registrata. Pertanto, la Corte di Giustizia ha ritenuto che le garanzie offerte dalla legge tedesca alle unioni tra persone dello stesso sesso, fosse gradualmente divenuta equivalente al matrimonio e che, quindi, non vi fossero discrepanze significative tra i due diversi istituti.

Di conseguenza, come logica conseguenza, la CGUE ha deciso, come nella causa *Maruko*, che in *Römer* la norma tedesca impugnata discriminava direttamente sulla base dell'orientamento sessuale (di nuovo, non indirettamente).

Inoltre, affrontando l'ultima delle questioni poste, ovvero se il divieto di discriminazione sulla base dell'orientamento sessuale costituisca un principio generale del diritto dell'UE, la CGUE ha affermato:

Occorre ricordare che il Consiglio dell'Unione europea, fondandosi sull'art. 13 CE, ha adottato la direttiva 2000/78, la quale, secondo quanto stabilito dalla Corte, non sancisce essa stessa il principio della parità di trattamento in materia di occupazione e di lavoro — l'origine del quale si rinviene in vari strumenti internazionali nonché nelle tradizioni costituzionali *comuni agli Stati membri* —, bensì mira unicamente a istituire, nelle suddette materie un quadro generale per la lotta alle discriminazioni fondate su diversi motivi (v. sentenze Mangold, cit., punto 74, e 19 gennaio 2010, causa C-555/07, Küçükdeveci, Racc. pag. I-365, punto 20), tra i quali rientrano le tendenze sessuali (*Römer*, par. 59).

Quanto alla «validità temporale» di questo principio — anche ai fini del ricalcolo del trattamento economico — la CGUE ha concluso che fosse possibile stabilire un diritto alla parità di trattamento che comprendesse anche il divieto di discriminazione sulla base dell'orientamento sessuale (e di conseguenza fosse possibile rivendicarne la violazione) solo a partire dal 2003, ossia dalla scadenza del periodo di recepimento della direttiva 2000/78.

Tale conclusione sembra parzialmente contraddire l'affermazione relativa alla possibilità di individuare la non discriminazione basata sull'orientamento sessuale come principio generale del diritto dell'UE. In effetti, se si fosse trattato di un principio generale derivante dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri, non sarebbe stato ragionevole farlo risalire solamente al 2003. D'altra parte, coerentemente con la sua precedente giurisprudenza (vedi *Grant*), la Corte di giustizia europea ha preso in considerazione la questione relativa all'orientamento sessuale solo dopo l'entrata in vigore della Direttiva 2000/78/CE.

Più di recente, nel 2018, la CGUE si è trovata di fronte a un tema tra i più spinosi: come garantire la libertà di circolazione dei cittadini europei, e delle loro famiglie, in particolare quando la famiglia è una famiglia LGBTQ+. Si tratta del caso *Coman*,³⁶ avente a oggetto la corretta applicazione della Direttiva 2004/38/CE, in relazione alla decisione di una coppia, quella formata dal sig. Hamilton, cittadino statunitense, e il sig. Coman, cittadino rumeno e statunitense. I due, dopo un rapporto di convivenza durato diversi anni, avevano deciso di

³⁶ CGUE, sentenza del 5 giugno 2018, *Relu Adrian Coman v. Inspectoratul General pentru Imigrări e Ministerul Afacerilor Interne*, C-673/16.

sposarsi nel 2010 a Bruxelles, dove il sig. Coman lavorava presso il Parlamento Europeo in qualità di assistente parlamentare (Lang, 2018, p. 138).

Nel 2012, i due coniugi decisi a risiedere stabilmente in Romania si sono rivolti all' Ispettorato generale per l'Immigrazione romeno per ottenere informazioni circa la procedura e le condizioni per permettere al sig. Hamilton, che non era cittadino dell'UE, di ottenere, in quanto partner del sig. Coman, il diritto di soggiornare legalmente in Romania per un periodo superiore a tre mesi. Le autorità romene hanno risposto che al sig. Hamilton poteva essere garantito soltanto il diritto di soggiorno di tre mesi, giacché, trattandosi di persone dello stesso sesso, il matrimonio *same-sex* non veniva previsto dal Codice civile rumeno. Inoltre, per le medesime ragioni, non si poteva procedere a prorogare il diritto di soggiorno temporaneo a titolo di ricongiungimento familiare.

Il caso è quindi finito di fronte alla Corte costituzionale romena che ha deciso di operare il rinvio pregiudiziale, *ex* 267 TFUE, al fine di chiarire se il termine «coniuge», ai sensi dell'articolo 2, punto 2, lettera a, della Direttiva 2004/38 (sulla libertà di circolazione), in combinato disposto con gli articoli 7, 9, 21 e 45 della CDFUE, poteva essere interpretato in modo da ricomprendere anche il coniuge dello stesso sesso, posto che il soggetto in questione si era legalmente sposato in base alla legge di uno Stato membro diverso da quello ospitante. Se la risposta a questa prima questione fosse stata affermativa, il Giudice costituzionale romeno, domandava allora se gli articoli 3, paragrafo 1, e 7, paragrafo 2, della medesima Direttiva, in combinato disposto con gli articoli 7, 9, 21 e 45 della CDFUE, richiedessero allo Stato membro ospitante di concedere il diritto di soggiorno sul proprio territorio per un periodo superiore a tre mesi al coniuge dello stesso sesso di un cittadino dell'Unione.

Al contrario, nel caso in cui la risposta alla prima questione fosse stata negativa, si domandava alla CGUE se, il coniuge dello stesso sesso, proveniente da uno Stato che non è membro dell'Unione europea, di un cittadino dell'Unione europea con il quale il cittadino si è legalmente sposato in base alla legge di uno Stato membro diverso da quello ospitante, possa essere qualificato come «ogni altro familiare, [...]» ai sensi dell'articolo 3, paragrafo 2, lettera a), della Direttiva 2004/38, o «partner con cui il cittadino dell'Unione abbia una relazione stabile debitamente attestata» ai sensi dell'articolo 3, paragrafo 2, lettera b), con il corrispondente obbligo dello Stato ospitante di agevolare l'ingresso e il soggiorno dello stesso, anche se lo Stato ospitante non riconosce i matrimoni tra persone dello stesso sesso né prevede qualsiasi altra forma alternativa di riconoscimento giuridico, come le unioni registrate.

In caso la risposta a quest'ultima questione fosse stata affermativa, si domandava ancora alla CGUE se gli articoli 3, paragrafo 2, e 7, paragrafo 2, della Direttiva 2004/38, in combinato disposto con gli articoli 7, 9, 21 e 45 della

CDFUE, imponessero allo Stato membro ospitante di concedere il diritto di soggiorno sul proprio territorio per un periodo superiore a tre mesi al coniuge dello stesso sesso di un cittadino dell'UE.

Il Giudice del Lussemburgo, bypassando la questione strettamente relativa al riconoscimento delle unioni tra persone dello stesso sesso, ha concentrato l'attenzione sulla libertà di circolazione e sul principio di non discriminazione come elemento caratterizzante il diritto dell'Unione Europea. A tal proposito, la CGUE ha chiarito che

[...] lasciare agli Stati membri la possibilità di concedere o negare l'ingresso e il soggiorno nel proprio territorio a un cittadino di uno Stato terzo, che abbia contratto matrimonio con un cittadino dell'Unione dello stesso sesso in uno Stato membro conformemente alla normativa di quest'ultimo, a seconda che le disposizioni del diritto nazionale prevedano o meno il matrimonio tra persone dello stesso sesso, avrebbe come conseguenza che la libertà di circolazione dei cittadini dell'Unione, che abbiano già esercitato la libertà in discorso, varierebbe da uno Stato membro all'altro, in funzione di tali disposizioni di diritto nazionale [...]. Una simile situazione sarebbe contraria alla giurisprudenza della Corte, [...], secondo cui, in considerazione del contesto e degli scopi che la direttiva 2004/38 persegue, le sue disposizioni, applicabili per analogia al caso di specie, non possono essere interpretate restrittivamente e, comunque, non devono essere private del loro effetto utile (par. 32).

Verrebbe da chiedersi se è la libertà di circolazione ad aver trionfato, o se, invece, si sia surrettiziamente inserito all'interno del diritto dell'UE il diritto al riconoscimento delle coppie *same-sex* come diritto sovranazionale, quindi sottratto alla discrezionalità dei legislatori nazionali. Su questo specifico versante, sarà necessario operare future valutazioni (Rijpma, 2019, p. 333).

Alcune brevissime riflessioni conclusive

L'analisi comparata della giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani e della Corte europea di Giustizia mostra come la questione del riconoscimento di uno status giuridico per le coppie formate da persone LGBTIQ+, ossia l'abbattimento di quella vulnerabilità istituzionale che ha per troppo tempo caratterizzato gli ordinamenti giuridici europei, non sia più qualcosa di «straordinario» e relegato a una dimensione prettamente domestica. Anzi, sia in sede CEDU, sia a livello UE, è stato ormai chiarito come l'inerzia degli Stati non possa più essere giustificata, e costituisca ormai una violazione dei diritti

sanciti tanto nella CEDU quanto nel diritto dell'UE. Si è quindi determinato un radicale cambio di prospettiva che è stato possibile (anche) grazie all'opera adeguatrice di due giudici, la Corte EDU e la CGUE, che hanno saputo coniugare il principio di uguaglianza con i nuovi *pressing needs* provenienti dalla minoranza sessuale LGBTQ+.

Un elemento che però impone alla dottrina giuridica una profonda riflessione è rappresentato proprio dal ruolo che le Corti appartenenti al sistema multilivello europeo continuano a svolgere. In effetti, sia il giudice di Strasburgo che quello del Lussemburgo stanno — con sempre maggiore frequenza negli ultimi anni — supplendo all'incapacità dei legislatori nazionali, e anche di quello sovranazionale (vedi caso *Coman*) di prevedere e risolvere quelle questioni legate alla discriminazione fondata sul sesso, sull'orientamento sessuale, e sull'identità di genere.

Bibliografia

- Bonini Baraldi M. (2008a), *La pensione di reversibilità al convivente dello stesso sesso: Prima applicazione della Direttiva 2000/78/CE in materia di discriminazione basata sull'orientamento sessuale*, «Famiglia e diritto», vol. 7.
- Bonini Baraldi M. (2008b), *Lo spazio europeo di libertà, sicurezza e giustizia: Pluralismo di valori e pregiudizi nazionali a Confronto*. In F. Bilotta (a cura di), *Le unioni tra persone dello stesso sesso*, Udine, Mimesis.
- Brignone C. (2013), *Dignità e diritti degli omosessuali: Riflessioni a margine del caso Vallianatos e altri v Grecia*, <https://archiviopdc.dirittopenaleuomo.org/d/2635-dignita-e-diritti-degli-omosessuali-riflessioni-a-margine-del-caso-vallianatos-e-altri-v-grecia> (accesso verificato il 18/04/2023).
- Brunelli G. (2014), *Quando la Corte costituzionale smarrisce la funzione di giudice dei diritti: la sentenza n. 170 del 2014 sul c.d. «divorzio imposto»*, <http://www.articolo29.it/2014/quando-corte-costituzionale-smarrisce-funzione-giudice-dei-diritti-sentenza-n-170-2014-c-d-divorzio-imposto/> (accesso verificato il 18/04/2023).
- Cartabia M. (2015), *Diritti, giudizi e conflitti*, «Ars Interpretandi», n. 1., pp. 33-50.
- Cerna C.M. (2010), *Schalk & Kopf v. Austria (Eur. Ct. H.R.)*, *Introductory Note*, «International Legal Materials», vol. 49, n. 5, pp. 1302-1324.
- Cozzi O. (2008), *Il diritto alla pensione di reversibilità del partner di un'unione solidale registrata: La Corte di Giustizia al bivio tra il divieto comunitario di discriminazione in base all'orientamento sessuale e il diritto nazionale*, https://www.forumcostituzionale.it/wordpress/images/stories/pdf/documenti_forum/giurisprudenza/corte_giustizia/0002_cozzi.pdf (accesso verificato il 18/04/2023).

- Deana F. (2019), *Diritto alla vita familiare e riconoscimento del matrimonio same-sex in Italia: Note critiche alla sentenza Orlandi e altri contro Italia*, «Rivista di Diritti Comparati», vol. 1, pp. 153-183.
- Di Bari M. (2014), *Commento «a caldo» della sentenza n. 170/2014 della Corte costituzionale: Quali prospettive?*, «Osservatorio AIC», <https://www.osservatorioaic.it/images/rivista/pdf/Di%20Bari%202014.pdf> (accesso verificato il 18/04/2023).
- Ferrando G. (2017), *Matrimonio e unioni civili: un primo confronto*, «Politica del Diritto», n. 1, pp. 43-64.
- Hodson L. (2011), *A marriage by any other name? Schalk and Kopf v Austria*, «Human Rights Law Review», vol. 11, n. 1, pp. 170-179.
- Izzi D. (2008), *La direttiva 2000/78 tutela le aspettative previdenziali del partner omosessuale di un lavoratore deceduto?*, «Il lavoro nella giurisprudenza», vol. 16, n. 12, pp. 393-402.
- Lang A. (2018), *Il mancato riconoscimento del matrimonio tra persone dello stesso sesso come ostacolo alla libera circolazione delle persone nell'Unione: Il caso Coman*, «Genius. Rivista di studi giuridici sull'orientamento sessuale e l'identità di genere», n. 2, pp. 138-150.
- McCrudden C. (2000), *A common law of human rights?: Transnational judicial conversation on constitutional rights*, «Oxford Journal of Legal Studies», vol. 20, n. 4, pp. 499-532.
- Möschel M. (2009), *Germany's life partnerships: Separate and unequal?*, «Columbia Journal of European Law», vol. 16, n. 1, pp. 37-65.
- Pezzini B. (2014), *A prima lettura (la sent. 170/2014 sul divorzio imposto)*, <http://www.articolo29.it/2014/prima-lettura-sent-1702014-divorzio-imposto/> (accesso verificato il 18/04/2023).
- Repetto G. (2010), *Il matrimonio omosessuale al vaglio della Corte di Strasburgo, ovvero: La negazione «virtuosa» di un diritto*, «Rivista AIC», <https://www.rivistaaic.it/it/rivista/ultimi-contributi-pubblicati/giorgio-repetto/il-matrimonio-omosessuale-al-vaglio-della-corte-di-strasburgo-ovvero-la-negazione-virtuosa-di-un-diritto> (accesso verificato il 18/04/2023).
- Rijpma Jorrit J. (2019), *You gotta let love move*, «European Constitutional Law Review», vol. 15, n. 2, pp. 324-339.
- Savino F. (2010), *L'orientamento sessuale come fattore di discriminazione. Problemi di tutela*, «Lavoro e Diritto», vol. 24, n. 2, pp. 235-254.
- Schiek D. (2006), *The ECJ decision in Mangold: A further twist on effects of directive and constitutional relevance of community equality legislation*, «Industrial Law Journal», vol. 35, n. 3.
- Veronesi P. (2014), *Un'anomala additiva di principio in materia di «divorzio imposto»: Il «caso Bernaroli» nella sentenza n. 170/2014*, «Forum di Quaderni costituzionali».

Riferimenti normativi

- Legge 20 maggio 2016, n. 76, «Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze», <https://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2016/05/21/16G00082/sg> (accesso verificato il 18/04/2023).
- CE, Direttiva 2000/78/EC, <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2000:303:0016:0022:en:PDF> (accesso verificato il 18/04/2023).
- CE, Direttiva del 27 novembre 2000, n. 78, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/HTML/?uri=CELEX:32000L0078> (accesso verificato il 18/04/2023).
- CEE, Raccomandazione 27 novembre 1991, 92/131/EEC, <https://eur-lex.europa.eu/eli/reco/1992/131/oj> (accesso verificato il 18/04/2023).
- CoE, Raccomandazione 756, 1 ottobre 1981, <http://assembly.CoE.int> (accesso verificato il 18/04/2023).
- CoE, Raccomandazione 924, 1 ottobre 1981, <http://assembly.CoE.int> (accesso verificato il 18/04/2023).
- CoE, Raccomandazione 1470, 30 giugno 2000, disponibile online: <http://assembly.CoE.int> (accesso verificato il 18/04/2023).
- CoE, Raccomandazione 1474, 26 settembre 2000, disponibile online: <http://assembly.CoE.int> (accesso verificato il 18/04/2023).
- Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio, 29 aprile 2004, n. 38, *relativa al diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri, che modifica il regolamento (CEE) n. 1612/68 e abroga le direttive 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE e 93/96/CEE*, <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2004:229:0035:0048:it:PDF> (accesso verificato il 18/04/2023).
- Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio, 5 aprile 2011, n. 492, *Relativo alla libera circolazione dei lavoratori all'interno dell'Unione*, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32011R0492&from=LT> (accesso verificato il 18/04/2023).
- PE, 28 febbraio 1994, *Risoluzione sulla parità di diritti per gli omosessuali nell'Unione europea*, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/HTML/?uri=CELEX:51998IP0824&from=EN> (accesso verificato il 18/04/2023).

