DIRITTI UMANI, ORIENTAMENTO SESSUALE E IDENTITÀ DI GENERE

Prof. Robert Wintemute, Human Rights Law,
King's College, Università di Londra, Regno Unito
(robert.wintemute@kcl.ac.uk)

Normativa internazionale dei diritti umani (Prof. Balboni),
Facoltà di Scienze Politiche "Roberto Ruffilli", Università di Bologna, Sede di Forlì
5 ottobre 2007

I. Fenomeni e terminologia

- "sesso" (biologico o fisico), "genere" (ruolo sociale), "attività sessuale"

- "orientamento sessuale" (orientamento per la scelta del sesso del partner per l'attività sessuale o le relazioni affettive e fisiche):

differenze tra persone	differenze tra i comportamenti
- eterosessuale - bisessuale - lesbica - gay	- di sesso diverso - dello stesso sesso

- "identità di genere" (conformità o meno del sesso fisico con il sesso psicologico):

differenze tra persone
- non transessuale/transgender/intersessuale (sesso fisico = chiaro, sesso fisico = sesso psicologico) - transessuale o transgender (sesso fisico = chiaro, sesso fisico **non** = sesso psicologico) - intersessuale (sesso fisico **non** è chiaro, sesso fisico forse **non** = sesso psicologico)

- "espressione di genere" (conformità o meno degli abiti, capelli, etc. di una persona con le aspettative sociali attribuite a una persona di questo sesso fisico)

- le persone LGBT = le persone lesbiche, gay, bisessuali e transgender (la combinazione delle minoranze definite in ragione dell'orientamento sessuale e dell'identità di genere)

II. Aspetti di tutela dei diritti umani

A. diritto al rispetto della vita privata (argomento di libertà; analogia con la religione)

- Convenzione europea, art. 8

- Patto internazionale sui diritti civili e politici, art. 17

B. diritto alla non discriminazione (argomento di uguaglianza; analogia con la razza o la religione)

- Convenzione europea, art. 14 (combinato con altro diritto)
- Patto internazionale sui diritti civili e politici, art. 26

C. diritto alla non discriminazione fondata sul sesso (argomento di uguaglianza; una discriminazione fondata sull'orientamento sessuale o sull'identità di genere è **anche** una discriminazione fondata sul sesso)

Sì:
- Comitato dei diritti umani, 4 aprile 1994, caso *Toonen* c. *Australia*, com. n. 488/1992, par. 8.7, in http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf (Search the Database, Toonen), (orientamento sessuale, ma senza argomentazione)
- Corte di giustizia, 30 aprile 1996, caso *P.* c. *S. and Cornwall County Council,* causa C-13/94 (identità di genere)

No:
- Corte giustizia, 17 febbraio 1998, caso *Grant* c. *South-West Trains,* causa C-249/96 (orientamento sessuale)
- *Advocate General for Scotland* c. *MacDonald*, [2003] IRLR 512 (House of Lords, Regno Unito) (orientamento sessuale)
- Comitato dei diritti umani, 14 maggio 2007, caso *X* c. *Colombia*, com. n. 1361/2005, par. 6.2

D. azione politica per una protezione esplicita contro le discriminazioni in un trattato internazionale, una costituzione nazionale, una direttiva dell'UE o una legge nazionale

Brasile (stati):
Mato Grosso - Costituzione, 1989, art. 10.III ("*orientação sexual*")
Sergipe - Costituzione, 1989, art. 3.II ("*orientação sexual*")

Ecuador - Costituzione, 1998, art. 23(3) ("*orientación sexual*")

Isole Figi - *Constitution Amendment Act* 1997, s. 38(2)(a) ("*sexual orientation*")

Germania (stati o *Länder*):
Berlino - Costituzione, 1995, art. 10(2), ("*sexuelle Identität*")
Brandeburgo - Costituzione, 1992, art. 12(2) ("*sexuelle Identität*")
Turingia - Costituzione, 1993, art. 2(3) ("*sexuelle Orientierung*")

Portogallo - Costituzione, art. 13(2) ("*orientação sexual*") (emendamento pubblicato il 24 luglio 2004)

Sudafrica - *Constitution of the Republic of South Africa* (No. 108 del 1996) ("*sexual orientation*")

Unione europea

Trattato che istituisce la Comunità europea, art. 13:

> 1. Fatte salve le altre disposizioni del presente trattato e nell'ambito delle competenze da esso conferite alla Comunità, il Consiglio, deliberando all'unanimità su proposta della Commissione e previa consultazione del Parlamento europeo, può prendere i provvedimenti opportuni per combattere le discriminazioni fondate sul sesso, la razza o l'origine etnica, la religione o le convinzioni personali, gli handicap, l'età o **le tendenze sessuali**.

Direttiva del Consiglio, 27 novembre 2000, 2000/78/CE (base giuridica: art. 13 CE):

> 1. La presente direttiva mira a stabilire un quadro generale per la lotta alle discriminazioni fondate sulla religione o le convinzioni personali, gli handicap, l'età o **le tendenze sessuali**, per quanto concerne l'occupazione e le condizioni di lavoro al fine di rendere effettivo negli Stati membri il principio della parità di trattamento.

Decreto legislativo 9 luglio 2003, n. 216. Attuazione della direttiva 2000/78/CE per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro (Gazzetta Ufficiale n. 187 del 13 agosto 2003).

Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa, 29 ottobre 2004, art. II-81 (art. 21 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, 7 dicembre 2000):

> 1. 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, la disabilità, l'età o **l'orientamento sessuale**.

Progetto di trattato di riforma: nuovo articolo 6(1) UE: "The Union recognises the rights, freedoms and principles set out in the Charter of Fundamental Rights of 7 December 2000, as adapted on [... 2007], which shall have the same legal value as the Treaties. ..." [the Charter will not apply to the UK]
http://www.consilium.europa.eu/cms3_fo/showPage.asp?id=1317&lang=it&mode=g

III. Giurisprudenza chiara della Corte europea dei diritti dell'uomo[1] (aspetti diversi da quelli relativi ai diritti delle coppie o ai diritti parentali)

A. Diritto penale

1. Criminalizzare l'attività sessuale tra uomini (donne) = violazione dell'art. 8 (vita privata)

- *Dudgeon* c. *Regno Unito* (22 ottobre 1981); confrontare con *Fashkami* c. *Regno Unito* (22 giugno 2004) (rifiuto di concedere l'asilo a un uomo gay d'Iran **non** = violazione degli artt. 2, 3 o 8; decisione - irricevibile)

2. Età del consenso all'attività sessuale (uomo-donna, uomo-uomo, donna-donna) determinata in modo diverso = violazione dell'art. 14 combinato con l'art. 8 (vita privata)

- *L. e V.* c. *Austria*, *S.L.* c. *Austria* (9 gennaio 2003)

3. Criminalizzare l'attività sessuale di gruppo (senza sado-masochismo) = violazione dell'art. 8 (vita privata)

- *A.D.T.* c. *Regno Unito* (31 luglio 2000)
- *Laskey* c. *Regno Unito* (19 febbraio 1997) (se c'è sado-masochismo, si può criminalizzare); *K.A. e A.D.* c. *Belgio* (17 febbraio 2005) (anche il sado-masochismo eterosessuale)

B. Riconoscimento giuridico del mutamento di sesso: il rifiuto di rettificare il sesso sull'atto di nascita = violazione dell'art. 8 (vita privata)

- *B.* c. *Francia* (25 marzo 1992)
- *Christine Goodwin* c. *Regno Unito* (11 luglio 2002)

C. Spese mediche connesse al mutamento di sesso: il rifiuto dell'assicuratore di pagare le spese mediche quando la polizza copre le spese "medicalmente necessarie" = violazione dell'art. 8 (vita privata)

- *van Kück* c. *Germania* (12 luglio 2003)

D. Lavoro: il licenziamento di una persona LGB dalle forze armate = violazione dell'art. 8 (vita privata)

- *Smith e Grady* c. *Regno Unito*, *Lustig-Prean & Beckett* c. *Regno Unito* (27 settembre 1999)

---

[1] Tutte le sentenze e le decisioni sulla ricevibilità della Corte europea dei Diritti dell'Uomo sono disponibili in inglese o in francese al sito http://www.echr.coe.int (HUDOC).

IV. Giurisprudenza chiara della Corte europea dei Diritti dell'Uomo (aspetti relativi ai diritti delle coppie o ai diritti parentali)

A. Diritto di una persona transessuale al matrimonio: il rifiuto di permettere il matrimonio con una persona di sesso diverso (dopo il riconoscimento del mutamento di sesso) = violazione dell'art. 12

- *Christine Goodwin* c. *Regno Unito* (11 luglio 2002) (17-0); vedere anche Corte di giustizia, 7 gennaio 2004, caso *K.B.* c. *National Health Service Pensions Agency*, causa C-117/01.

B. Diritti dei genitori transessuali

- *X, Y e Z* c. *Regno Unito* (22 aprile 1997), par. 52 (l'art. 8 non obbliga lo Stato a riconoscere formalmente come padre giuridico una persona che non è il padre genetico del bambino)

C. Discriminazione tra le coppie di fatto dello stesso sesso e le coppie di fatto di sesso diverso = violazione dell'art. 14 combinato con l'art. 8 (domicilio)

- *Karner* c. *Austria* (24 luglio 2003) (successione all'affitto)

D. Decisione sull'autorità parentale di un bambino dopo il divorzio: trattare come fattore negativo l'orientamento sessuale del padre genetico del bambino = violazione dell'art. 14 combinato con l'art. 8 (vita familiare)

- *Salgueiro da Silva Mouta* c. *Portugal* (21 dicembre 1999)

V. Questioni per le quali non c'è ancora nessuna giurisprudenza favorevole della Corte europea dei Diritti dell'Uomo

A. Discriminazione tra le coppie di fatto dello stesso sesso e le coppie sposate di sesso diverso

- la Corte non mostra molta comprensione per le coppie di fatto di sesso diverso che hanno scelto di non sposarsi:

Shackell c. *Regno Unito* (27 aprile 2000) (decisione - irricevibile)
Saucedo Gómez c. *Spagna* (26 gennaio 1999) (decisione - irricevibile)

- ma in molti paesi, le coppie di fatto dello stesso sesso non hanno questa scelta; così possono invocare la discriminazione indiretta e il diritto a un'esenzione; vedere *Thlimmenos* c. *Grecia* (6 aprile 2000) e *Schalk e Kopf* (sotto)

B. Discriminazione tra le coppie registrate dello stesso sesso e le coppie sposate di sesso diverso

- nessuna sentenza, ma cfr. Corte di giustizia, 31 maggio 2001, caso *D e Regno di Svezia* c. *Consiglio dell'Unione europea*, causa C-122/99 P (una convivenza registrata tra due uomini in Svezia **non** = un matrimonio); Corte di Justizia, caso *Maruko*, causa C-267/06, udienza 19 giugno 2007, conclusioni dell'Avvocato Generale, 6 settembre 2007, vedere http://www.ilga-europe.org/europe/litigation_in_the_european_courts

C. Uguale accesso al matrimonio civile per le coppie dello stesso sesso

- nessuna sentenza, ma vedere *Christine Goodwin* (IV.A.), para. 98: la capacità di una coppia di procreare senza aiuto non è una condizione per il diritto al matrimonio ex art. 12
- *Schalk e Kopf* c. *Austria*, pendente, causa 30141/04 (non ancora dichiarato ricevibile o no), vedere http://www.ilga-europe.org/europe/litigation_in_the_european_courts

D. Adozione per un individuo LGBT

- *Philippe Fretté* c. *Francia* (26 febbraio 2002) (4-3) (il rifiuto di permettere a un uomo gay di tentare di adottare un bambino, a motivo del suo orientamento sessuale, **non** = violazione dell'art 14 combinato con l'art. 8)
- è pendente un secondo caso concernente una donna lesbica: *E.B.* c. *Francia* (n. 43546/02), udienza 14 marzo 2007 (Camera Grande di 17 giudici)

VII. Giurisprudenza del Comitato dei Diritti Umani dell'ONU

- *Hertzberg* c. *Finlandia*, Comunicazione no. 61/1979, 2 aprile 1982, http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf (Search the Database, Hertzberg): decisione di non permettere dibattiti sull'omosessualità alla radio o alla TV **non** = violazione dell'art. 19 del Patto internazionale (libertà di espressione)

- *Toonen* c. *Australia*, Comunicazione no. 488/1992, 4 aprile 1994 (decisione adottata il 31 marzo 1994), http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf (Search the Database, Toonen): criminalizzare l'attività sessuale tra uomini = violazione dell'art. 17 del Patto internazionale (diritto alla privacy)

- *Joslin* c. *Nuova Zelandia*, Comunicazione no. 902/1999, 30 luglio 2002 (decisione adottata il 17 luglio 2002), http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf (Search the Database, Joslin): rifiuto di permettere a una coppia dello stesso sesso di sposarsi **non** = una violazione di diversi articoli del Patto internazionale

- *Edward Young* c. *Australia*, Comunicazione no. 941/2000, 18 settembre 2003 (decisione adottata il 6 agosto 2003), http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf (Search the Database, "Edward Young"): discriminazione come in *Karner* c. *Austria* (IV.C.) = violazione dell'art. 26 del Patto internazionale

- *X* c. *Colombia*, Comunicazione no. 1361/2005, 14 maggio 2007 (decisione adottata il 30 marzo 2007), http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf (Search the Database, "1361/2005"): discriminazione come in *Karner* c. *Austria* (IV.C.) = violazione dell'art. 26 del Patto internazionale

VIII. Giurisprudenza costituzionale interna

A. Uguale accesso al matrimonio civile per le coppie dello stesso sesso e non all'unione civile

- *Halpern* c. *Canada (Attorney General)* (10 giugno 2003), http://www.ontariocourts.on.ca/decisions/2003/june/halpernC39172.htm (Corte di appello dell'Ontario)

- *EGALE Canada Inc.* c. *Canada (Attorney General)* (altro nome = *Barbeau* c. *British Columbia (Attorney General)*) (1 maggio 2003), 225 D.L.R. (4th) 472, http://www.courts.gov.bc.ca/../../../../jdb-txt/ca/03/02/2003BCCA0251.htm; (8 July 2003), 228 D.L.R. (4th) 416, http://www.courts.gov.bc.ca/Jdb-txt/CA/03/04/2003BCCA0406.htm (Corte di appello della Colombia Britannica)

- *Goodridge* c. *Department of Public Health*, 798 N.E.2d 941 (Supreme Judicial Court, Massachusetts, 18 novembre 2003) (4-3); *In re the Opinions of the Justices to the Senate*, 802 N.E.2d 605 (Supreme Judicial Court, Massachusetts, 3 febbraio 2004) (4-3)

- South Africa - Constitutional Court - Case nos. CCT60/04, CCT10/05, *Minister of Home Affairs* v. *Fourie*, *Lesbian and Gay Equality Project* v. *Minister of Home Affairs* (1 Dec. 2005), http://www.constitutionalcourt.org.za/Archimages/5257.PDF (9-0 on constitutional violation) (the common-law definition of marriage as different-sex only is discrimination contrary to the Constitution of South Africa). The Court's order (at para. 162 of the majority judgment) gave the South African Parliament until 1 Dec. 2006 to pass legislation allowing same-sex couples to marry. Parliament did so through the Civil Union Act 2006, which allows any couple, same-sex or different-sex, to enter into a "civil union" and choose to have it be known as a "marriage" or a "civil partnership".

B. Adozione e procreazione medicalmente assistita

- *Du Toit* c. *Minister for Welfare and Population Development* (10 settembre 2002), Causa no. CCT40/01, http://www.concourt.gov.za (Corte costituzionale del Sudafrica): è discriminazione non permettere alle coppie dello stesso sesso di adottare congiuntamente un bambino senza relazione con la coppia come consentito a una coppia sposata di sesso diverso

- *J. & B.* c. *Director General, Department of Home Affairs* (28 marzo 2003), causa n. CCT46/02, http://www.concourt.gov.za (Corte costituzionale del Sudafrica): è discriminazione non permettere la registrazione come genitore legale del partner femmina della madre genetica in seguito a procreazione medicalmente assistita come consentito per il marito della madre genetica

IX. Lettura

Robert Wintemute, *Sexual Orientation and Human Rights: The United States Constitution, the European Convention, and the Canadian Charter* (Oxford University Press, 1997)

R.W., "Recognising New Kinds of Direct Sex Discrimination: Transsexualism, Sexual Orientation and Dress Codes" (1997) 60 *Modern Law Rev* 334

R.W., "Strasbourg to the Rescue? Same-Sex Partners and Parents Under the European Convention" in Robert Wintemute (ed.) & Mads Andenæs (hon. co-ed.), *Legal Recognition of Same-Sex Partnerships: A Study of National, European and International Law* (Oxford, Hart Publishing, 2001)

R.W., "Religion vs. Sexual Orientation: A Clash of Human Rights?", (2002) 1 *Journal of Law and Equality* (University of Toronto) 125, http://www.jle.ca/files/v1n2/JLEvln2art1.pdf

R.W., "Sex Discrimination in *MacDonald* and *Pearce*: Why the Law Lords Chose the Wrong Comparators", (2003) 14 *King's College Law Journal* 267

R.W., "Sexual Orientation and the Charter: The Achievement of Formal Legal Equality (1985-2005) and Its Limits", (2004) 49 *McGill Law Journal* 1143, http://www.journal.law.mcgill.ca/abs/vol49/4winte.html

R.W., "From 'Love Rights' to 'Sex Rights': Partnership Rights as Human Rights" in Nicholas Bamforth (ed.), *Sex Rights* (Oxford University Press, 2005)

R.W., "Sexual Orientation and Gender Identity" in Colin Harvey (ed.), *Human Rights in the Community* (Oxford: Hart Publishing, 2005) (survey of situation in the UK)

R.W., "Same-Sex Marriage: When Will It Reach Utah?" (2006), 20 *Brigham Young University Journal of Public Law* 527