



LGBTI ROAD MAP ITALIA 2014

STRATEGIE CONTENZIOSE

A cura dell'Associazione Radicale Certi diritti.

Coordinamento generale: Yuri Guaiana. Coordinamento parte giuridica: Alexander Schuster.
Coordinamento parte governance: Enzo Cucco.

LGBTI ROAD MAP ITALIA 2014

STRATEGIE CONTENZIOSE

Abstract

A fronte di un Parlamento che rimane sordo di fronte all'esigenza di affermare diritti fondamentali, non solo quelli delle persone LGBTI, azioni incentrate sul contenzioso strategico rimangono ancora una strada vincente per spingere l'ordinamento a far avanzare una cultura dei diritti anche in Italia. Questa proposta, condivisa nella sua versione finale con una serie di stakeholder ed advisor, è stata resa possibile grazie ad un finanziamento di ILGA Europe, che da anni sostiene la politica della litigation strategy, a livello europeo così come nazionale.

Premesso che l'attività legislativa deve rimanere il canale principe per adeguare il diritto all'evolversi della società, sono individuate diverse ipotesi in cui oggi si potrebbe prioritariamente puntare per cause pilota: dall'affermazione del principio di eguaglianza e non discriminazione, alla modernizzazione del diritto di famiglia; dal contrasto alle violenze e espressioni discriminatorie all'introduzione di procedure di riattribuzione del genere anagrafico rispettose della dignità delle persone, dalla difesa del diritto di ingresso e soggiorno in Italia del partner o figli alla libertà di manifestazione, associazione ed espressione, per concludere con cause pilota in tema di intersessualità.

Profilo distinto, ma essenziale per il successo di un piano nazionale di contenzioso strategico è la governance degli attori coinvolti, in primis i singoli e le coppie, ma poi anche le associazioni e i professionisti. Per realizzarla si può puntare sulla condivisione di una carta di intenti, capace di unire le diverse categorie di soggetti protagonisti della road-map.

Questa pubblicazione è stata realizzata grazie al sostegno di ILGA-Europe. Le opinioni in essa contenute non esprimono necessariamente una posizione ufficiale di ILGA-Europe.

ASSOCIAZIONI ADERENTI

Il presente documento è stato condiviso dallo Stakeholder Group, composto dalle seguenti associazioni:

Famiglie Arcobaleno, Arcigay, Arcilesbica, Coordinamento Silvia Rivera, Agedo, ONIG, Progetto IO, Polis Aperta e Centro Risorse LGBTI.

Hanno composto l'Advisory Group:

Università di Torino (CIRSDE), Università di Trento (CSG), Ordine degli Avvocati di Torino,

ASGI, Associazione Giuristi Democratici, CGIL Nuovo Diritti, Associazione Articolo 29, Consigliera di Parità del Piemonte, Associazione Luca Coscioni.

SOMMARIO

Il contesto istituzione e giuridico attuale.....	3
Istanze egalarie fra progresso e conservatorismo.....	3
La dimensione istituzionale	3
Prospettive di sviluppo.....	4
Il quadro giuridico a inizio 2014	6
Eguaglianza e non discriminazione	6
Caso 1: Disconoscimento della relazione di coppia del lavoratore e negazione di benefici	6
Caso 2: Coinvolgimenti dei CUG – Comitati unici di garanzia.....	7
Caso 3: Accesso non discriminatorio a beni e servizi	7
Diritto di famiglia	7
Caso 4: Trascrizione matrimoni celebrati all'estero	8
Caso 5: Trascrizione certificati di nascita con due genitori dello stesso genere	8
Caso 6: Riconoscimento genitorialità intenzionale e adozione.....	9
Violenze o espressioni discriminatorie.....	9
Riattribuzione del genere anagrafico	9
Caso 7: requisiti per ottenere la riattribuzione del genere anagrafico	9
Caso 7.1: Divorzio persone trans	10
Ingresso e soggiorno in Italia del partner dello stesso genere di cittadino italiano, UE o di cittadino di Paese terzo.....	10
Caso 8: Diritto al soggiorno del partner registrato o stabilmente convivente	10
Libertà di manifestazione, associazione ed espressione.....	10
Intersessualità / variazioni nello sviluppo sessuale	11
Caso 9: indeterminatezza del sesso biologico e stato indeterminato del genere anagrafico	11
Verso una governance condivisa	12
Premessa	12
La realtà italiana	12
Appunti per la costruzione di una governance	13
1. Soggetti coinvolti.....	13
2. Contenuti della strategia.....	14
3. La governance	15
4. Primi passi avanti.....	15

IL CONTESTO ISTITUZIONE E GIURIDICO ATTUALE

Istanze egalarie fra progresso e conservatorismo

LA DIMENSIONE ISTITUZIONALE

Il Parlamento italiano mantiene anche con riguardo ai diritti che devono essere garantiti alle persone LGBTI quell'inerzia che oramai lo contraddistingue da alcuni decenni. L'insensibilità della classe politica dominante ad assumersi la responsabilità di consolidare una sensibilità ed un'evoluzione sociale diffusa su tutto il territorio nazionale è esemplificata dai procedimenti legislativi pendenti che riguardano in primis la cosiddetta legge contro l'omofobia. Qui, la ricerca di compromessi ha determinato emendamenti che da una parte ritardano l'approvazione della proposta di legge, dall'altra ne modificano il testo rendendolo alquanto problematico sia nella prospettiva sistematica (ovvero in relazione a tutto il sistema giuridico italiano) che applicativo (per le difficoltà interpretative a cui si espone). Del tutto assente è, poi, un'attività legislativa nell'ambito del diritto di famiglia o in altri settori, come quello della non discriminazione in contesti altri rispetto a quelli lavorativi. Conseguentemente, l'inerzia, se non la riluttanza del legislatore a garantire una pari dignità alle persone lesbiche, gay, bisessuali, trans e intersessuali lascia molta poca speranza quanto alla fruttuosità di strategie orientate ad influenzare le rappresentanze parlamentari. Ciò non toglie che l'attività delle associazioni non possa che avere come obiettivo naturale e istituzionale la sensibilizzazione della classe politica e all'occorrenza sfruttare il momento e l'attenzione generati dalle cause giudiziarie per stimolare il legislatore a intervenire.

Per contro, sebbene negli anni più recenti non si registrino significativi progressi in ambito regionale, si deve osservare come le leggi più interessanti e specificamente dedicate alle persone LGBTI si siano realizzate proprio a questo livello territoriale ad opera di consigli soprattutto del centro-nord. Questa sede istituzionale rimane un canale importante per inserire nell'ordinamento italiano misure di intervento che possono poi fungere da modello per il contesto nazionale. Ciò vale sia per le leggi, che per gli statuti regionali.

A fronte di questa stasi legislativa, si osserva un discreto dinamismo del contenzioso giudiziario. Si tratta di un percorso che trae senz'altro origine dall'esperienza di Affermazione civile, una campagna strategica promossa dall'Ass. radicale Certi diritti e da Avvocatura per i diritti LGBTI nel 2008, e che ha di fatto dato il là a diverse iniziative portate avanti dalle due associazioni, ma anche da altre organizzazioni italiane tramite avvocati simpatizzanti. Non mancano, poi, le cause che nascono dagli "imprevisti e dalle emergenze della vita" dei singoli o delle coppie e che, pur non collocandosi nel contesto di un contenzioso strategico pianificato, hanno determinato l'emergere di una giurisprudenza su temi diversi, come l'affidamento, la discriminazione sul lavoro, l'interpretazione estensiva di clausole contrattuali.

Senza pretesa di scientificità, si può ritenere che tendenzialmente vi è un accoglimento positivo delle istanze di protezione delle persone LGBTI di fronte all'inerzia del legislatore. Questo vale per i giudici di merito, sebbene, chiaramente, si registrino divergenze interpretative anche forti, come testimonia la giurisprudenza in tema di riattribuzione del genere anagrafico. Vale, soprattutto, per il giudice di legittimità. Infatti, dal 2010 ad oggi si registrano sentenze, in particolare della prima sezione, che tendono a spingere l'ordinamento verso una sempre maggiore apertura alle esigenze di tutela delle unioni omosessuali. Se è pur vero che queste decisioni danno talvolta adito ad alcune perplessità di

tipo dogmatico, esse evidenziano l'intenzione di supplire al vuoto dell'ordinamento italiano. La spinta maggiore proviene dall'evoluzione che sta subendo il contesto normativo e giurisprudenziale europeo, sempre più chiaro nel riaffermare come i diritti rivendicati dalle persone LGBTI siano diritti fondamentali della persona.

Con riguardo alla Corte europea per i diritti umani e la Corte di giustizia dell'UE a tutt'oggi si contano per la prima assai pochi ricorsi provenienti dall'Italia (per quanto alcuni siano pendenti), per la seconda nessun rinvio pregiudiziale promosso da un giudice italiano sul tema dell'orientamento sessuale o dell'identità di genere. L'Italia, insomma, non risulta uno dei motori che contribuiscono a plasmare per via giurisprudenziale un diritto europeo più chiaramente orientato all'inclusione delle persone LGBTI.

Questione a parte merita la Corte costituzionale. La sentenza n. 138/2010 ha rappresentato un passo importante nella storia del diritto italiano. Essa ha, tuttavia, anche dimostrato come il collegio di quindici giudici non volesse compiere di fatto un passo indietro, ma neanche avanti. Ancora oggi quella sentenza è vista da alcuni come un testo per molti versi ambiguo per quanto riguarda la possibilità per il legislatore ordinario di introdurre il matrimonio egalitario senza provvedere ad una revisione costituzionale. Si tratta di tesi autorevolmente sostenuta, ma sempre più debole. Si rafforza, anzi, la tesi della malleabilità della Costituzione a fronte di riforme ordinarie del Parlamento, da ultimo sostenuta espressamente dalla Cassazione (sent. n. 14329/2013). Nel contempo, proprio quella sentenza della Consulta ha stimolato le persone LGBTI a rivendicare diritti in condizioni di parità rispetto non solo alla coppia eterosessuale convivente, ma anche rispetto a quella coniugata.

Nel 2014 la Corte sarà chiamata a decidere il caso del divorzio "imposto" al coniuge trans e a sua moglie. Il collegio potrebbe cogliere l'occasione per precisare la portata della sentenza n. 138/2010 e per delineare più in generale la propria posizione rispetto alle esigenze di tutela di una parte di cittadini persistentemente negletti dal legislatore ordinario.

PROSPETTIVE DI SVILUPPO

Nel contesto istituzionale sopra descritto non ci si può attendere un "colpo di reni" per recuperare il ritardo accumulato dall'Italia rispetto alle evoluzioni degli ultimi dieci anni in Europa e nel mondo. La società italiana, per contro, non è rimasta immobile e diverse indagini demoscopiche recenti (per tutte, l'indagine ISTAT presentata il 6 giugno 2012) mostrano che l'assoluta maggioranza della popolazione è favorevole a pari diritti e, con percentuale inferiore, all'apertura del matrimonio a tutte le coppie, senza distinzione di genere. Più debole e non maggioritaria, ma pur sempre significativa e in crescita, la percentuale di popolazione a favore dell'omogenitorialità, ad esempio attraverso l'adozione. Per lo più sconosciuta pare poi la questione dell'intersessualità, di cui non si dibatte pubblicamente.

Ne discende che rimane da fare comunque ancora molto per sensibilizzare i cittadini alla tutela dei diritti delle persone LGBTI. Sul fronte legale, per quanto detto difficilmente priorità potrà essere data ad attività di lobby o di promozione dal basso di una legislazione più moderna. L'investimento su strategie di contenzioso strategico si possono rivelare ancora molto utili. Anche per questo occorre investire altresì sulla presa di coscienza (awareness raising) della discriminazione da parte delle stesse persone omosessuali, bisessuali, trans e intersex. Solo il riconoscimento di un diritto negato consente di rilevare il problema e approntare una strategia, all'occorrenza giudiziale, per rimuoverlo. Occorre, parallelamente, investire anche sull'empowerment e accrescere la capacità da parte delle vittime di discriminazione di reagire. Fermo rimane il fatto che non si possono porre a totale carico del corpo

giudiziario i costi di un ritardo che è direttamente ascrivibile all'ignavia di un legislatore che fin da troppo tempo (anni novanta, se non prima) cincischia sulla pelle delle minoranze, non solo LGBTI.

IL QUADRO GIURIDICO A INIZIO 2014

La ILGA-Europe Rainbow Map (Index) May 2013 assegna all'Italia 19 punti percentuali, un risultato molto basso, che colloca il quadro normativo nazionale al 36° posto su 49 Stati europei considerati.

Prendendo a spunto i settori nei quali si articola la griglia di valutazione di ILGA Europe, constatiamo quanto segue.

Eguaglianza e non discriminazione

A differenza di altre costituzioni, quella italiana non compie alcun riferimento esplicito all'identità sessuale della persona o a espressioni quali orientamento sessuale, identità di genere, intersessualità. L'art. 3 della Costituzione, pur interpretato oramai come un catalogo non-discriminatorio aperto, non è stato (ancora) letto dalla Corte costituzionale come norma che tutela anche l'orientamento sessuale. La Corte non si è nemmeno espressa compiutamente con riguardo all'identità di genere, pur riconoscendo il diritto all'identità sessuale come un diritto della personalità tutelato dall'art. 2 Cost. nella sentenza n. 161/1985.

Uno dei settori in cui pare importante promuovere cause pilota è quello della non discriminazione in relazione al lavoro. La protezione da ogni discriminazione nell'ambito dell'impiego è ancora strettamente legata al diritto dell'Unione europea. Si registra una giurisprudenza numericamente crescente della Corte di giustizia con riguardo alle questioni dell'orientamento sessuale. Da essa emerge una propensione a non sottrarsi ad un'analisi capace di garantire una forte protezione alle persone omosessuali, soprattutto con riguardo alle tutele da accordare a compagni e compagne di lavoratori, quando questi abbiano suggellato la loro unione con uno strumento inevitabilmente diverso dal matrimonio.

CASO 1: DISCONOSCIMENTO DELLA RELAZIONE DI COPPIA DEL LAVORATORE E NEGAZIONE DI BENEFICI

Si possono prospettare cinque scenari in cui la normativa e in particolare la direttiva sono violate.

A. Lavoratore coniugato secondo il diritto di un altro Stato (Francia, ecc.)

In questo caso, pur non riconoscendo l'Italia tale matrimonio, si può ritenere che nel settore specifico dei diritti del lavoratore, l'Italia non possa negare che si tratti di un coniuge.

B. Lavoratore in un'unione registrata secondo il diritto di un altro Stato (Francia, Germania, ecc.)

Alla luce delle sentenze CGUE *Maruko* e *Römer*, dovrebbe essere affermata una comparabilità di situazioni e quindi determinare una estensione dei diritti.

C. Lavoratore convivente e parificazione con convivente eterosessuali

Vi è già giurisprudenza che afferma l'obbligo di una interpretazione delle clausole contrattuali tale da parificare conviventi di fatto a prescindere dal loro genere.

D. Diritti riservati al lavoratore coniugato, non concessi al lavoratore convivente e come tali negati anche alle coppie omosessuali

Vi sono argomenti validi per ritenere che ciò costituisca una discriminazione diretta, non essendo tali lavoratori mai nelle condizioni di poter contrarre matrimonio. Tale lettura è oggi ulteriormente rafforzata dalla sentenza CGUE *Hay*.

E. Diritti concessi al lavoratore a tutela della propria famiglia

Si tratta di un punto che necessita di approfondimento. Tuttavia, si possono identificare in quei diritti che l'ordinamento lavoristico accorda al lavoratore ogniqualvolta si renda necessario un permesso per aiutare un familiare di fatto, anche privo di legami giuridici (es. figlio del coniuge convivente). Elemento di attenzione in quest'ambito non possono non essere i contratti collettivi nazionali del lavoro, i quali sono frequentemente la sede di riconoscimento dei diritti di fatto. Occorre rafforzare una giurisprudenza che affermi da una parte un'interpretazione non discriminatoria, dall'altra che contrasti l'esplicita esclusione di coppie omosessuali (per quanto previsioni espresse in tal senso, ad oggi, non sono note).

CASO 2: COINVOLGIMENTI DEI CUG – COMITATI UNICI DI GARANZIA

Su tutte le questioni che costituiscono un esempio di una discriminazione per orientamento sessuale sul luogo di lavoro nel settore pubblico pare opportuno cercare un coinvolgimento dei CUG. Questi organi hanno sin dalla loro recente costituzione il mandato a contrastare ogni forma di discriminazione e non conoscono più i limiti dei comitati per le pari opportunità che hanno soppiantato. Una sollecitazione dal basso a prendere posizione potrà indurre i CUG ad assumere compiutamente il loro ruolo e occuparsi di discriminazioni per orientamento sessuale. Si tratta di una strategia pregiudiziale sulla quale pare utile investire.

CASO 3: ACCESSO NON DISCRIMINATORIO A BENI E SERVIZI

Poiché la disciplina unionale non estende le tutele antidiscriminatorie al di là dell'ambito lavorativo (a differenza di fattori come genere o etnia), la soluzione a discriminazioni nella fruizione di beni e servizi (es.: ingresso a club, locazioni) deve essere ricercata nel diritto italiano. Può essere interessante "incrociare" la disciplina dell'offerta al pubblico di beni e servizi con i principi costituzionali e sovranazionali in tema di non discriminazione e ottenere sentenze che sanciscano l'esistenza di principi di tutela anche con riferimento a questi settori.

Con riguardo all'identità di genere, si deve osservare che gli strumenti di tutela sul lavoro, essendo riconducibili alle misure di contrasto alla discriminazione motivata dal genere, sono più forti rispetto a quelli per orientamento sessuale e non pare il settore del lavoro quello in cui si rendono prioritarie iniziative pilota. Il problema appare più sociale e culturale che giuridico.

Diritto di famiglia

La richiesta di ottenere una svolta giurisprudenziale per quanto riguarda un obbligo di aprire il matrimonio deve considerarsi priva di chance di successo dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 138/2010, quantomeno per i prossimi anni, non essendo un *revirement* ipotizzabile a breve. Per contro, alla luce dell'ordinanza della Cassazione n. 14329/2013, nella quale si afferma incidentalmente che i matrimoni fra persone dello stesso genere non contrastano né con l'ordine pubblico interno, né con quello internazionale, si determinano prospettive nuove per la trascrizione del matrimonio celebrato all'estero. Una precedente iniziativa collettiva di trascrizione negli anni 2012 e 2013 non ha sortito alcun effetto davanti ai giudici nazionali, ma oggi qualche tentativo ulteriore potrebbe dare un risultato diverso. Meno chance di successo e un più debole apparato argomentativo a loro favore offrono le

campagne di trascrizione di unioni registrate, essendo questo un istituto non esistente in Italia, e sul quale, quindi, non pare opportuno concentrare le proprie forze. Si registra in ogni caso la pendenza a Strasburgo di ricorsi che riguardano proprio le domande di trascrizione rigettate in Italia.

Lo status coniugale è poi rilevante per una serie di aspetti del rapporto lavoristico, per i quali si rinvia a quanto detto sopra.

Infine, oggi non si può non porre al centro di una campagna di affermazione civile la tutela dei figli delle famiglie omogenitoriali. Costano assai pochi precedenti in quest'ambito e se alcuni anni fa si poteva ritenere che l'indicazione di due padri o due madri, pur riconosciuti come tali all'estero, cozzasse contro l'ordine pubblico italiano, oggi tale quadro non regge più. Questa resistenza, riassunta nel sempre ostico e generico concetto di ordine pubblico, appare debole per una serie di motivi. Dapprima l'incidenza negativa che ha sulla tutela del minore, principio cardine dell'ordinamento internazionale e non da ultimo costituzionale. Si pone però anche un profilo esplicitamente non discriminatorio e di tutela della vita familiare alla luce della più recente giurisprudenza convenzionale, come E.B. c. Francia e più recentemente X c. Austria. Da queste pronunce si possono trarre ampi argomenti per sostenere che non vi è più alcuna giustificazione per non includere nella tutela dell'ordinamento repubblicano anche la omogenitorialità.

CASO 4: TRASCRIZIONE MATRIMONI CELEBRATI ALL'ESTERO

Poiché l'ordine pubblico internazionale è un nucleo di principi "invalicabili" più ristretto rispetto al nucleo dell'ordine pubblico interno, il primo passo per scardinare una certa impostazione del sistema è quello di tentare una trascrizione dell'atto di matrimonio celebrato all'estero, sulla scorta di quanto affermato nelle più recenti pronunce dalla Corte suprema. A tal proposito si registra una iniziativa diffusa nell'anno 2012 volta ad impugnare vari provvedimenti di rigetto dei Comuni. Le cause non hanno condotto in nessun caso ad un esito positivo, né ad un rinvio interpretativo ad altra corte. Tuttavia, il 3 dicembre 2013 è stata comunicata al Governo italiano una serie di ricorsi, riuniti al ricorso principale n. 26431/12, *Orlandi*, con i quali si contesta il diniego alla trascrizione di matrimoni e altre unioni.

Alla luce degli sviluppi giurisprudenziali più recenti (Cassazione n. 14329/2013, citata sopra), può comunque apparire utile nelle more del giudizio di Strasburgo provvedere a nuovi tentativi poggiati sulle recentissime aperture della Corte di cassazione, così come su rafforzate argomentazioni fondate sul diritto dell'UE e istanze di rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia.

CASO 5: TRASCRIZIONE CERTIFICATI DI NASCITA CON DUE GENITORI DELLO STESSO GENERE

Poiché, soprattutto dopo la recente riforma della filiazione in Italia, non vi è più alcuna distinzione fra figli già detti legittimi e figli già detti naturali, ne discende che il matrimonio non può essere addotto a giustificazione per escludere le coppie omosessuali dallo status di genitore. Infatti, la CEDU consente discriminazioni solo nel caso esse siano associate al matrimonio, tutelato dall'art. 12 CEDU (da ultimo, si veda la sentenza *Vallianatos c. Grecia*), ma le proscrive quando sussistono in rapporto a convivenze. Ne discende che in Italia, là dove l'accesso alla genitorialità è consentito alla coppia di fatto, lo deve essere altresì a quella omosessuale.

Si colloca qui allora una possibile strategia centrata sulla trascrizione, che è opportuno avvenga a tappe, antepoendo per questioni tattiche la trascrizione di due madri e solo in un momento successivo quello di due padri. Ciò per un sentire comune – ancorato ovviamente a stereotipi di genere – per cui

due madri sono più “accettabili” di due padri, i quali, spesso, sono tali grazie alla gestazione per altri, questione etica che rischia di indebolire gli argomenti a favore della trascrizione e incrementare le remore di un giudice potenzialmente favorevole.

CASO 6: RICONOSCIMENTO GENITORIALITÀ INTENZIONALE E ADOZIONE

Entro limiti più angusti, ma pur sempre rilevanti, si può poi pensare alla procreazione medicalmente assistita. Anche se accessibile alle coppie conviventi, il fatto che la legge n. 40/2004 non apra alla fecondazione eterologa di fatto pone un ostacolo pressoché insormontabile per le coppie omosessuali, pur valendo anche per quelle eterosessuali. Certo, vi è un impatto con effetti assolutamente sproporzionati, ma la giurisprudenza della Corte di Strasburgo, riconosciuta anche la natura “delicata” della PMA di tipo eterologo in sentenze come *S.H. c. Austria*, appare poco propensa a riaprire la questione. Nel 2014 avremo verosimilmente la sentenza della Consulta sulla costituzionalità della PMA eterologa, che conviene attendere prima di avviare iniziative specifiche sull’accesso alla PMA anche per le coppie omosessuali. Per contro, si profilano margini di maggiore apertura per quanto riguarda il riconoscimento della genitorialità post PMA, facendo leva sul progetto comune della stessa e il diritto di essere riconosciuti entrambi per l’intenzionalità manifestata a monte della nascita dei figli. Infine, soluzioni innovative si prospettano se si riuscisse ad ottenere una interpretazione inclusiva dell’omogenitorialità per le ipotesi di adozione in casi particolari (legge n. 184/83, art. 44), con riguardo da una parte all’adozione da parte del coniuge del genitore biologico (caso di cui alla lett. b), dall’altra dell’adozione mite di cui alla lett. d (ad esempio, nel caso di affidamento non ulteriormente prorogabile e a fronte di un legame stabile e di notevole rilevanza per il minore). Si può ritenere strategicamente che questi casi di adozione mite abbiano più chance di successo una volta consolidatasi una giurisprudenza che partendo da casi di genitorialità già formalizzata (es. trascrizione) abbia affermato la piena compatibilità con il sistema italiano della genitorialità ascrivibile a due persone dello stesso genere.

Violenze o espressioni discriminatorie

Gli ostacoli e la lentezza che sta conoscendo la proposta di legge contro l’omofobia suggerirebbe di porre pressione sul Parlamento tramite alcune azioni pilota. Tuttavia, l’esigenza di sanzioni penali aggravate non pare possa trovare valido ancoraggio in testi normativi internazionali, sì che iniziative giudiziali offrono poche prospettive di successo.

Riattribuzione del genere anagrafico

CASO 7: REQUISITI PER OTTENERE LA RIATTRIBUZIONE DEL GENERE ANAGRAFICO

Alla luce del d.lgs. 150/2011 e di ciò che è tuttora in vigore della legge n. 164/1982 è opportuno puntare al consolidamento di alcuni orientamenti giurisprudenziali ancora minoritari o all’emergere di nuovi. Si evidenziano:

- A. Non necessità di una condizione di sterilità e/o di un intervento chirurgico demolitivo e/o ricostruttivo;
- B. Soppressione de facto dell’autorizzazione all’intervento, avendo questo carattere terapeutico (sul modello delle terapie ormonali);
- C. Concessione della riattribuzione indipendentemente dalla eventuale autorizzazione, non più vista come stadio preliminare;

D. Riconduzione dell'accertamento medico tramite CTU o altra perizia al generale principio di valutazione dei fatti da parte del giudice e connessi poteri istruttori d'ufficio.

CASO 7.1: DIVORZIO PERSONE TRANS

Il caso è interessante e va segnalato, anche se attualmente pende un ricorso presso la Corte di Cassazione, la quale ha sollevato questione di legittimità costituzionale, con l'udienza avanti la Consulta fissata per il 10 giugno 2014. Allo stato non rimane che attendere l'esito del giudizio, il quale sarà molto verosimilmente preceduto dalla sentenza della Corte di Strasburgo *Hämäläinen c. Finlandia*.

Ingresso e soggiorno in Italia del partner dello stesso genere di cittadino italiano, UE o di cittadino di Paese terzo

La giurisprudenza di merito (Trib. Reggio Emilia 13.2.2012; Trib. Pescara 15.1.2013) ha già riconosciuto il diritto del coniuge dello stesso sesso di cittadino italiano o comunitario al soggiorno in Italia, in forza del vincolo di coniugio. Alla luce di questa decisione, oggi le Questure, con l'avallo del Ministero dell'Interno che ha emanato una circolare in proposito, riconoscono il diritto al soggiorno al coniuge del cittadino italiano o comunitario. Nei casi in cui non vi sia un matrimonio, ma un'unione registrata, alcune Questure hanno comunque riconosciuto il diritto al soggiorno, ma altre hanno escluso l'equiparabilità della situazione del coniuge a quella del partner con unione registrata. Si segnala che è stato comunicato al Governo nel 2012 il caso Taddeucci c. Italia, ric. n. 51362/09, avente ad oggetto il rifiuto di riconoscere un diritto di soggiorno al partner stabile di un cittadino italiano.

Infine, nel caso di partner di cittadini di Paesi terzi, non trova applicazione la Direttiva CE/2004/38 e il diritto al ricongiungimento familiare in caso di coppie omosessuali attende ancora di essere riconosciuto. Anche questo appare un settore a cui dedicare attenzione, anche se forse appare prioritario stabilire un precedente favorevole con riguardo al partner di cittadino italiano o UE.

CASO 8: DIRITTO AL SOGGIORNO DEL PARTNER REGISTRATO O STABILMENTE CONVIVENTE

La condizione dei semplici conviventi rimane, quindi, da definire con chiarezza: in particolare, merita di essere chiarito a livello giurisprudenziale il caso delle coppie che non possano accedere né al matrimonio, né ad un'unione registrata ad esempio perché non possono permettersi di recarsi in un Paese straniero a formalizzare la loro unione. A tal fine, la giurisprudenza dovrebbe approfondire il ruolo della direttiva 2004/38 sulla libera circolazione dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari e il significato del principio di parità di trattamento (in particolari ipotesi) indicata dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 138/2010.

Libertà di manifestazione, associazione ed espressione

Si può pensare all'incoraggiamento di azioni volte a porre limiti al potere sanzionatorio di organizzazioni a matrice etica (ad esempio della Chiesa cattolica) nei confronti di dipendenti o collaboratori che manifestino un orientamento omosessuale o una identità trans e che per la loro condotta o la loro libertà di espressione sono licenziati. Il problema, evidentemente, è trovare un lavoratore che si trovi in questa situazione e sia disposto a condurre una tale causa.

Intersessualità / variazioni nello sviluppo sessuale

Si deve prendere atto di un pressoché totale silenzio della giurisprudenza italiana, ma anche straniera sullo status di intersessualità (al massimo si ravvisa qualche sentenza in tema di rettificazione di persone che erano state diagnosticate secondo le desuete categorie dell'ermafroditismo e dello pseudoermafroditismo). Si può però evidenziare in alcuni Stati la tendenza a considerare la questione nell'alveo della tutela dei diritti umani e del diritto all'autodeterminazione della persona, con particolare riguardo all'autonomia decisionale del minore. Questa tendenza emerge anche da ben tre raccomandazioni o atti di portata generale di organismi internazionali o sovranazionali emanate nel corso del 2013 (le Nazioni unite, il Consiglio per gli affari esteri dell'Unione europea e l'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa).

Si può pensare a cause pilota da parte di giovani e adulti che hanno subito una medicalizzazione (chirurgica o farmacologica) con effetti psico-fisici di medio-lungo periodo negativi, o, comunque, oggetto di interventi lesivi del diritto a prestare un consenso informato agli interventi (nel caso di minore in tenera età, un diritto che spetta agli esercenti la responsabilità genitoriale). Ancora, si può pensare ad un caso pilota che consenta alla persona di non registrarsi all'anagrafe necessariamente con un genere o l'altro o di attribuire un prenome neutro. Gli esempi di cronaca recente che hanno legittimato la scelta del nome Andrea per una bambina non sono collegati a situazioni intersex/dsd, ma certo dimostrano la permeabilità del sistema italiano a queste ipotesi.

CASO 9: INDETERMINATEZZA DEL SESSO BIOLOGICO E STATO INDETERMINATO DEL GENERE ANAGRAFICO

La fattispecie ideale è quella di un neonato in cui si registrano differenze nello sviluppo sessuale (dsd) o intersessualità tali per cui può apparire fondata la domanda dei genitori di attribuire un prenome neutro o, pur in presenza di una attribuzione di nome, non si chieda l'attribuzione di un genere anagrafico determinato. Il modello potrebbe essere in questo caso la nuova legge tedesca del 2012, che ha tolto l'obbligo di attribuire tale dato anagrafico.

VERSO UNA GOVERNANCE CONDIVISA

Una possibile governance di una possibile Litigation Strategy italiana

Premessa

L'uso dell'articolo indeterminativo "una" nel titolo di questa sezione è premessa necessaria per stabilire fin da subito che nel nostro orizzonte non c'è, e non può esserci, un solo metodo utile per la costruzione di una governance efficace per "una" strategia italiana. Innanzitutto perché esistono diverse forme di governance e diverse strategie possibili per il raggiungimento degli stessi obiettivi. In secondo luogo perché se si vuole imparare dall'esperienza, anche recente, si devono assumere gli elementi di criticità e di successo del passato come dati di fatto su cui costruire le possibili alternative e non solo come ragioni che giustificano il fallimento dei tentativi stessi.

La domanda pregiudiziale che dobbiamo porci, quindi, è se sia possibile costruire una governance per una strategia italiana delle cause pilota per i diritti delle persone lgbt in Italia. Non come domanda retorica ma perché è necessario approfondire questo tema anche per valorizzare al meglio le possibili risposte per un futuro di sviluppo e di successo della strategia in Italia. E sono da considerarsi introduzione pregiudiziale per definire la necessità di una governance, le modalità di costruzione e di sviluppo di forme di coordinamento, monitoraggio e implementazione di una strategia italiana.

Il pericolo, infatti, è quello di usare questi argomenti come scusa per i fallimenti che si accumulano non soltanto nei tentativi di coordinamento delle iniziative ma anche nel non raggiungimento degli obiettivi di riforma per le vie classiche dell'advocacy e del lobbismo. E' necessario, quindi, puntualizzare almeno sinteticamente la realtà italiana, assumendo le difficoltà endogene al fronte delle forze politiche e sociali che si professano a favore delle riforme necessarie come limite ulteriore che si somma alle difficoltà endogene al movimento stesso.

La realtà italiana

La storia italiana è colma di esempi per i quali il ricorso alle corti è stato determinante per il riconoscimento di diritti civili e umani, soprattutto negli anni 70-80: si pensi all'obiezione di coscienza, al divorzio, alla legalizzazione dell'aborto, alla legge per la riassegnazione anagrafica per le persone transessuali, al nuovo diritto di famiglia. Tutte riforme che hanno visto, prima del loro affermarsi, anni di campagne di advocacy accompagnate da numerose cause pilota non tutte, e non subito, di successo. Nessuna di queste azioni ha conosciuto vere e proprie strategie partecipate e condivise, ma sono state nella maggior parte dei casi espressione della libera scelta dell'individuo o delle coppie che hanno compiuto, con l'ausilio dell'avvocatura disponibile, scelte di questa natura. E quando sono state frutto di strategie lo sono state per pochi soggetti che, anche se vittoriosi nei loro intenti, rappresentavano una minoranza del panorama associativo e politico favorevole alle riforme richieste.

Le due caratteristiche peculiari della realtà italiana, che devono essere prese in considerazione nella costruzione di una strategia nazionale, sono:

1. la difficoltà strutturale delle varie realtà lgbt di creare forme di coordinamento politico efficaci;

2. la pervasività di forme di rapporto tra l'associazionismo e la politica (ma anche con i rappresentanti delle istituzioni) che si basano sostanzialmente su rapporti di favore o di interesse per entrambi i soggetti coinvolti.

Il primo dato di fatto perviene dall'osservazione della realtà del movimento LGBT italiano: frammentato in molte realtà, anche interne alle associazioni più diffuse sul territorio, ha prodotto molti tentativi per cercare forme di coordinamento nazionale, tutti fallimentari. Sia quelle che si basavano su cause comuni sia quelle che si basavano su identità comuni. Sulle battaglie o le iniziative che in comune sono state svolte, come la celebrazione dei Pride, oggi diffusi e molto partecipati su tutto il territorio nazionale, vi sono state importanti convergenze del mondo associativo, ma tutte solo funzionali all'evento specifico e non derivanti da una strategia complessiva, che condividesse finalità, obiettivi e metodi per il raggiungimento degli stessi.

Sono tutt'ora in corso tentativi di coordinamento nazionale di associazioni LGBT, che possono essere considerati come occasione per sviluppare rapporti continuativi necessari per lo sviluppo di una strategia nazionale di uso delle cause pilota per i diritti delle persone LGBT.

Il secondo dato di fatto (per il quale gli esempi nella storia del movimento LGBT italiano potrebbero essere molti) non influenza direttamente la costruzione di una strategia nazionale, e quindi anche della governance della stessa. Infatti la strategia si costruisce a prescindere dagli orientamenti della classe politica e istituzionale, anzi a partire proprio dalla incapacità, o difficoltà, della stessa di modificare il proprio orientamento ed operare nel parlamento nella direzione delle riforme auspiccate.

I risultati che possono essere ottenuti attraverso questa strategia hanno la funzione di costringere, infatti, la classe politica nazionale ad operare nella direzione auspicata, supportati da sentenze che ne indicano la direzione ed i contenuti. Una tale strategia, infatti non può sostituire la funzione legislativa necessaria per la regolamentazione e il riconoscimento di specifici diritti anche quando riconosciuti ai più alti livelli giurisdizionali.

Rimane il fatto che questa "interdipendenza" tra alcune realtà associative LGBT italiane e sistema politico istituzionale può avere indirettamente influenza sulla strategia da assumere, soprattutto dal punto di vista delle motivazioni e della determinazione con le quali le stesse strategie, e le azioni di cui esse si compongono, sono condotte.

Questo secondo dato di fatto appare agli scriventi, comunque, meno pericoloso del precedente, soprattutto per il fatto che sempre di più si espande la consapevolezza che attraverso le vie classiche di advocacy sembra impossibile ottenere riforme utili.

Appunti per la costruzione di una governance

Acquisiti questi dati di fatto sulla situazione italiana, la strada per una possibile governance di una strategia nazionale potrebbe prevedere questi passaggi:

1. SOGGETTI COINVOLTI

- a. Sono quattro le tipologie di soggetti che devono essere coinvolte in una strategia nazionale:
 - i. le coppie e gli individui che sono titolari dell'azione giudiziaria

- ii. le associazioni Igbti di riferimento, scelte tra quelle che più di altre sostengono cause pilota
- iii. l'avvocatura
- iv. giuristi ed esperti della materia (con coinvolgimento diretto di Università e centri di ricerca giuridica).

b. Ciascuna di questa tipologie di soggetti, le prime due delle quali possono essere considerate veri e propri stakeholder, può essere coinvolta nella governance in forma diverse. Importante è stabilire il livello di responsabilità e coinvolgimento, a partire dalla necessità di garantire per le coppie e gli individui direttamente coinvolti la completa informazione sui diversi passaggi processuali e le conseguenze, private e pubbliche, che le stesse possono avere, stabilendo fin da subito che ogni decisione non può che essere assunta con il loro esplicito e convinto assenso. Le associazioni invece intervengono soprattutto nella fase di confronto e scelta degli obiettivi strategici, nelle modalità di ricerca delle coppie e degli individui, nel loro sostegno, nella organizzazione di iniziative di sostegno e promozione delle singole cause pilota e della strategia.

c. La partecipazione dei rappresentanti di queste quattro tipologie di soggetti non può che essere libera, basata su una Carta di intenti (eventualmente figlia di questo lavoro già avviato con le stesse tipologie) e prendendo in considerazione come modello organizzativo quello della rete informale e semi-strutturata tra soggetti interessati.

2. CONTENUTI DELLA STRATEGIA

a. Molto importante al fine di definire una governance efficace della strategia, è definire, almeno in linea preliminare con modalità condivise, gli obiettivi principali della strategia stessa. Tenendo conto del primo dei due dati di fatto prima esplicitati, crediamo sia prudente, ed utile, individuare gli obiettivi della strategia facendo leva soprattutto su quelle funzioni generali che la strategia deve assicurare, ovvero:

- i. la condivisione dell'analisi della situazione dei diritti delle persone Igbti in Italia e lo stato delle iniziative in atto;
- ii. la massima circolazione di informazioni, sia del livello nazionale che del livello europeo;
- iii. il monitoraggio delle cause pilota attivate;
- iv. l'organizzazione di incontri di divulgazione, confronto, di approfondimento ma anche di formazione sulle questioni giuridiche, politiche, istituzionali e sociali che le cause pilota provocano o ne sono influenzate. Da valutare la fattibilità di percorsi di formazione a ricaduta sul territorio;
- v. la promozione della strategia per aumentare il coinvolgimento a livello di ciascuna delle tipologie di soggetti precedentemente individuati, e l'impatto istituzionale e politico che essa può avere.

Non crediamo infatti che sia necessario (e prudente) darsi come obiettivo né quello di coinvolgere tutti i possibili stakeholder e soggetti interessati né di stabilire obiettivi relativi alla scelta sulle priorità delle cause, sulle scelte processuali e sulle scelte strategiche che ciascun stakeholder elabora

autonomamente. Questo perché, data la realtà italiana, questi obiettivi sarebbero troppo ambizioni, che rischierebbero di bloccare ogni tentativo magari di più semplice raggiungimento .

Si deve quindi dare, come detto in precedenza, enfasi agli obiettivi più generali e relativi alla circolazione delle informazioni ed alla organizzazione del confronto, non necessariamente (e comunque non in prima battuta) con l'obiettivo di condividere "singoli" obiettivi o regole comuni di sviluppo delle singole cause pilota.

3. LA GOVERNANCE

Una governance efficace in grado di sostenere questa strategia deve innanzitutto avere questi obiettivi:

- i. garantire la migliore e più veloce circolazione delle informazioni sulle cause pilota a livello nazionale ed europeo, compreso il loro monitoraggio;
- ii. assicurare il supporto organizzativo per la migliore organizzazione delle iniziative di promozione e confronto;
- iii. garantire il contatto continuo tra le diverse tipologie di soggetti coinvolti.

A tal fine è necessario che:

- i. si costituisca un gruppo di lavoro ristretto, entro il quale siano rappresentate tutte e quattro le tipologie coinvolte;
- ii. si costruiscano strumenti leggeri di rete (mailing list, eventualmente un blog/sito web usato essenzialmente come deposito della documentazione utile e di lancio);
- iii. si definiscano obiettivi e strumenti di comunicazione condivisi sulla strategia e sulle singole cause pilota.

4. PRIMI PASSI AVANTI

A partire dal presente documento e dai soggetti che lo sottoscriveranno può essere utile:

- i. produrre una Carta d'intenti (snella e sintetica) da usare come strumento di primo coinvolgimento delle quattro tipologie di soggetti indicate, con particolare riferimento alle coppie e ai singoli, ed agli avvocati che si renderanno disponibili per nuove cause pilota;
- ii. produrre un primo evento pubblico di studio e confronto scegliendo in forma condivisa tema e struttura dell'evento.