
Riunione 1081, 31 marzo 2010

4 Diritti umani

4.7 Comitato Direttivo per i Diritti Umani (CDDH) –

Raccomandazione CM/Rec(2010)5 del Comitato dei Ministri agli Stati membri sulle misure volte a combattere la discriminazione fondata sull'orientamento sessuale o sull'identità di genere –
Motivazioni

Punto preparato dal GR-H nel corso della sua riunione del 23 marzo 2010

Raccomandazione CM/Rec(2010)5 del Comitato dei Ministri agli Stati membri sulle misure volte a combattere la discriminazione fondata sull'orientamento sessuale o l'identità di genere

PROMEMORIA ESPLICATIVO

Le presenti motivazioni sono state preparate dalla Segreteria in collaborazione con il Presidente del Comitato di Esperti sulla discriminazione fondata sull'orientamento sessuale e l'identità di genere (DH-LGBT).

I. Introduzione

Nel corso di quasi trent'anni, numerosi testi sono stati adottati da vari organi del Consiglio d'Europa in merito a tale questione. Dal 1981, l'Assemblea Parlamentare (APCE) ha adottato varie raccomandazioni del Consiglio dei Ministri; ed attualmente il Comitato per gli Affari Giuridici ed i Diritti dell'Uomo sta preparando un rapporto sulla "Discriminazione fondata sull'orientamento sessuale e l'identità di genere". Nel marzo 2007, il Congresso dei Poteri Locali e Regionali del Consiglio d'Europa ha adottato la Raccomandazione 211 (2007) sulla libertà di riunione ed espressione da parte di persone lesbiche, gay, bisessuali e *transgender*. Il Comitato dei Ministri stesso ha adottato le risposte alle suddette raccomandazioni dell'Assemblea Parlamentare e del Congresso e, più recentemente, varie risposte alle questioni scritte formulate dai membri dell'APCE che affrontano principalmente i temi della libertà di espressione, di riunione e di associazione nonché di discorso, in cui ribadisce il principio di pari godimento dei diritti dell'uomo, per tutti, indipendentemente dalle caratteristiche personali come l'orientamento sessuale e l'identità di genere. Il Segretario Generale ed il Commissario per i Diritti dell'Uomo hanno reso varie dichiarazioni pubbliche condannando l'omofobia e la discriminazione basata sull'orientamento sessuale o l'identità di genere negli Stati membri del Consiglio d'Europa. Il Commissario per i Diritti dell'Uomo ha dedicato anche parte dei suoi rapporti sull'attività annuale, in particolare per il 2006 e 2008, al problema della discriminazione nei confronti delle persone lesbiche, gay, bisessuali e transgender ed ha preparato alcuni documenti sul tema.

Nel sistema della Convenzione Europea per i Diritti dell'Uomo, benché la lista dei motivi di discriminazione proibiti dall'Articolo 14 della Convenzione e dal suo Protocollo N°12 (divieto generale di discriminazione) non citi espressamente l'orientamento sessuale o l'identità di genere, questa lista è aperta e non vi è nulla che ne impedisca l'inclusione, in pratica, tra le caratteristiche protette. La Corte Europea dei Diritti dell'Uomo (di seguito "la Corte") ha già riconosciuto che l'Articolo 14 copre l'orientamento sessuale¹ ed il rapporto esplicativo del Protocollo N°12 indica che questo strumento fornisce tutela contro la discriminazione basata sull'orientamento sessuale. Mentre ciò non è espressamente affermato in merito all'identità di genere, si potrebbe ragionevolmente considerare che essa sia coperta dall'Articolo 14 e dal Protocollo N°12.

La Corte ha stabilito che, ai fini dell'Articolo 14, qualsiasi differenza di trattamento è discriminatoria se non poggia su una giustificazione obiettiva e ragionevole, ovvero se non persegue uno scopo legittimo e se non

¹ Vedi, *inter alia*, *Salgueiro da Silva Mouta v. Portogallo*, sentenza del 21 dicembre 2001, e *Karner v. Austria*, sentenza del 24 luglio 2003.
Internet : <http://www.coe.int/cm>

vi è un ragionevole rapporto di proporzionalità tra i mezzi impiegati ed il fine da realizzare². La Corte ha inoltre ritenuto che il margine di valutazione lasciato agli Stati in tali casi, che riguardano uno dei più intimi aspetti della vita privata, è stretto e devono sussistere ragioni particolarmente serie per giustificare l'ingerenza da parte delle Autorità pubbliche³. Il principio di proporzionalità non richiede semplicemente che tale ingerenza sia, in principio, perseguita per realizzare il fine ricercato, ma si deve anche dimostrare che era necessaria al raggiungimento di tale fine⁴.

Anche altre organizzazioni internazionali hanno elaborato vari testi.

All'interno dell'Unione Europea, l'Articolo 13 del Trattato istitutivo della Comunità Europea include espressamente l'orientamento sessuale nella lista dei motivi di discriminazione e l'Articolo 21(1) della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea contiene una disposizione generale anti-discriminazione, che cita espressamente "l'orientamento sessuale" nella lista dei motivi proibiti. Il Consiglio dell'Unione Europea ha adottato una Direttiva, che stabilisce un quadro generale per il trattamento equo in ambito lavorativo e professionale⁵, che copre esplicitamente l'orientamento sessuale ed è attualmente in esame una proposta di Direttiva sull'attuazione del principio della parità di trattamento tra le persone, a prescindere da religione o credo, disabilità, età o orientamento sessuale in aree diverse dall'occupazione. Anche la Corte di Giustizia delle Comunità Europee (CGCE) ha avuto occasione di statuire su alcuni aspetti del problema della discriminazione contro le persone lesbiche, gay, bisessuali e transgender⁶, in particolare sulla situazione di persone transgender relativamente all'accesso all'occupazione e alla previdenza sociale. Secondo la giurisprudenza della Corte, licenziare una persona che intende sottoporsi o si è sottoposta ad una ri-assegnazione del sesso viene considerato come una discriminazione basata sul sesso secondo il diritto comunitario europeo⁷. Infine, l'Agenzia dell'Unione Europea per i Diritti Fondamentali (FRA) ha pubblicato due rapporti intitolati "Omofobia e Discriminazione basate sull'Orientamento Sessuale e l'Identità di Genere"⁸.

L'Organizzazione per la Sicurezza e la Cooperazione in Europa (OSCE/ODIHR) ha recentemente pubblicato vari rapporti e documenti che analizzano alcuni aspetti delle problematiche della discriminazione basata sull'orientamento sessuale o sull'identità di genere negli Stati membri dell'OSCE: i Rapporti Annuali 2006 e 2007 dell'OSCE/ODIHR su "Reati dell'odio nelle regioni OSCE: incidenti e reazioni", che contengono parti relative all'intolleranza nei confronti di persone lesbiche, gay, bisessuali e transgender; il rapporto OSCE del 9 marzo 2009 su "Le leggi sui reati dell'odio: una guida pratica"; il Manuale sui Diritti dell'Uomo e sulle Libertà Fondamentali del Personale delle Forze Armate dell'OSCE/ODIHR⁹; il rapporto sui "Difensori dei diritti dell'uomo nei Paesi dell'OSCE: sfide e buone prassi" Aprile 2007-Aprile 2008.¹⁰

In seno alle Nazioni Unite, presso l'Assemblea Generale delle Nazioni Unite, il 17 Dicembre 2008, è stata pronunciata una Dichiarazione sostenuta da 66 Stati¹¹, al fine di condannare le violazioni dei diritti fondate sull'orientamento sessuale e l'identità di genere, quali omicidi, tortura, arresti arbitrari, privazione dei diritti economici, sociali e culturali, compreso il diritto alla salute. Questa è stata la prima dichiarazione sul tema nell'ambito dell'Assemblea Generale. I meccanismi delle Nazioni Unite per i diritti dell'uomo – gli organi dei trattati (*Treaty Bodies*) ed il Consiglio dei Diritti Umani - sono sempre più frequentemente chiamati ad affrontare questioni di discriminazione, basata sull'orientamento sessuale.¹²

² Vedi *Karner*, par. 37.

³ Vedi *Karner*, par. 41 e *Schlumpf*, par. 115.

⁴ Vedi *Karner*, par. 41.

⁵ Direttiva 2000/78/EC del Consiglio del 27 novembre 2000.

⁶ Vedi per esempio il caso di *P. v. S. e Cornwall County Council*, causa No. C-13/94, sentenza del 30 aprile 1996 (disponibile solo in inglese), la causa di *Sarah Margaret Richards v. Secretary of State for Work and Pension*, causa No. C-423/04, sentenza del 27 aprile 2007 e la causa di *K. B. c. National Health Service Pensions Agency and Secretary of State for Health*, causa No. C-117/01, sentenza del 7 gennaio 2004.

⁷ Vedi *P v. S and Cornwall County Council*, par. 21 della sentenza.

⁸ Omofobia e Discriminazione basate sull'orientamento sessuale e sull'identità di genere (Parte I – Analisi giuridica e Parte II – La situazione sociale), disponibile in inglese su: <http://www.fra.europa.eu>

⁹ Disponibile solo in inglese su <http://www.osce.org/item/30553.html>

¹⁰ Disponibile solo in inglese su <http://www.osce.org/item/35711.html>

¹¹ Albania, Andorra, Argentina, Armenia, Australia, Austria, Belgio, Bolivia, Bosnia ed Erzegovina, Brasile, Bulgaria, Canada, Capo Verde, Cile, Cipro, Colombia, Croazia, Cuba, Danimarca, Ecuador, Estonia, Finlandia, Francia, Gabon, Georgia, Germania, Grecia, Guinea-Bissau, Irlanda, Islanda, Israele, Italia, Giappone, Lettonia, Liechtenstein, Lituania, Lussemburgo, Malta, Mauritius, Mexico, Montenegro, Nepal, Olanda, Nuova Zelanda, Nicaragua, Norvegia, Paraguay, Polonia, Portogallo, Repubblica Ceca, Repubblica Centro Africana, Romania, San Marino, Sao Tome e Principe, Serbia, Slovacchia, Slovenia, Spagna, Svezia, Svizzera, "l'ex Repubblica Jugoslava di Macedonia", Timor Est, Regno Unito, Ungheria, Uruguay e Venezuela. Anche gli Stati Uniti d'America nel marzo 2009 si sono allineati con questa dichiarazione.

¹² Nella causa *Toonen v. Australia* (Comunicazione No 488/1992, U.N. Doc CCPR/C/50/D/488/1992(1994)), il Comitato per i Diritti dell'Uomo ha espressamente riconosciuto che i diritti delle persone gay e lesbiche sono protetti dal sistema dei Diritti dell'Uomo delle Nazioni Unite, sottolineando che l'Articolo 26 del Patto Internazionale sui Diritti civili e politici (ICCPR) copre "l'orientamento sessuale" nella nozione di "sesso" citata in tale disposizione. Nella causa *Young v. Australia* (Comunicazione No 941/2000, U.N. Doc. CCPR/C/78/D/941/2000(2003)) e *X v. Colombia* (Comunicazione No. 1361/2005, U.N. Doc. CCPR/C/89/D/1361/2005 (2007)) questa posizione è stata ancora una volta confermata relativamente alla discriminazione contro il diritto alla pensione di reversibilità del partner dello stesso sesso che sopravvive all'altro.

Più in generale, vengono sempre più prese in considerazione preoccupazioni (*concerns*) relative alla discriminazione basata sull'orientamento sessuale. Ne è un esempio la guida sulle domande dei rifugiati circa l'orientamento sessuale e l'identità di genere¹³, pubblicata dall'Alto Commissariato per i Rifugiati delle Nazioni Unite (UNHCR), nel novembre 2008, mentre il Comitato per i Diritti Economici, Sociali e Culturali del Consiglio Economico e Sociale delle Nazioni Unite ha pubblicato alcuni Commenti Generali sulla non-discriminazione nell'esercizio dei diritti economici, sociali e culturali, contenuti nell'Articolo 2, comma 2, del Patto Internazionale sui Diritti Economici, Sociali e Culturali, ribadendo che l'orientamento sessuale e l'identità di genere sono alcune delle ragioni di discriminazione vietate dal Patto, nella categoria "altre situazioni"¹⁴. Anche il Comitato delle Nazioni Unite sui Diritti dell'Infanzia ha chiarito che la Convenzione sui Diritti dell'Infanzia esige che gli Stati contraenti adottino misure idonee, ivi comprese di natura legislativa, che forniscano protezione contro la discriminazione nei confronti dei fanciulli, basata sull'orientamento sessuale¹⁵. Il Comitato ha espresso anche preoccupazione circa il fatto che i giovani omosessuali e transessuali non hanno accesso alle informazioni, al supporto e alla necessaria tutela, che gli consente di vivere il proprio orientamento sessuale.¹⁶

Il presente testo è il primo strumento redatto dal Comitato dei Ministri, che tratta specificatamente della questione della discriminazione fondata sull'orientamento sessuale o l'identità di genere.

Nella 1031° riunione dei Delegati dei Ministri, del 2 luglio 2008, con una dichiarazione, il Comitato dei Ministri ha sottolineato il suo attaccamento al principio di pari diritti e dignità per tutti gli esseri umani, comprese le persone lesbiche, gay, bisessuali e transgender. Notando che le situazioni di discriminazione fondate sull'orientamento sessuale o sull'identità di genere nonché l'omofobia e l'intolleranza nei confronti delle persone transgender sono ancora purtroppo diffuse in Europa, il Comitato dei Ministri ha ribadito che il messaggio di tolleranza e di non-discriminazione del Consiglio di Europa si applica a tutte le società europee e la discriminazione fondata sull'orientamento sessuale o sull'identità di genere non è compatibile con questo messaggio.

In questo contesto, il Comitato dei Ministri ha conferito al Comitato Direttivo per i Diritti dell'Uomo (CDDH) il mandato, per redigere una raccomandazione sulle misure volte a combattere la discriminazione basata sull'orientamento sessuale o l'identità di genere, a garantire il rispetto dei diritti umani delle persone lesbiche, gay, bisessuali e transgender e a promuovere la tolleranza nei loro confronti. È stato specificato che la raccomandazione debba indicare le misure da adottare a tal fine, il che implica quindi che lo strumento da redigere debba essere fermamente basato sulle norme ed i principi dei diritti umani, pur perseguendo un obiettivo pratico.

Ha anche deciso di invitare tutti i comitati direttivi e gli altri comitati coinvolti nella cooperazione intergovernativa presso il Consiglio d'Europa ad accordare, nell'ambito dei loro rispettivi mandati, adeguata attenzione, nelle loro attività attuali e future, al bisogno degli Stati membri di evitare e porre rimedio a qualsiasi discriminazione fondata sull'orientamento sessuale o sull'identità di genere ed avanzare proposte per attività intergovernative specifiche e di altra natura, volte a rafforzare, in diritto e in pratica, pari diritti e dignità delle persone lesbiche, gay, bisessuali e *transgender* e a combattere atteggiamenti discriminatori contro di esse nella società.

Nella sua 1048° riunione, il 16 febbraio 2009, il Comitato dei Ministri ha approvato il mandato, pertanto affidato al Comitato di Esperti sulla discriminazione basata sull'orientamento sessuale e l'identità di genere (DH-LGBT), sotto l'autorità del CDDH. Il Comitato di Esperti si è riunito due volte per preparare un progetto di raccomandazione. Ha deciso che un'appendice alla Raccomandazione debba fissare i principi derivanti dagli strumenti europei ed internazionali esistenti, con particolare enfasi sulla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, alla luce della giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo. Il CDDH ha approvato il testo proposto della presente raccomandazione, durante la sua 69° riunione (24/27 novembre 2009) e l'ha trasmesso al Comitato dei Ministri che l'ha adottato il

II. Commenti

Considerazioni generali

La presente raccomandazione invita gli Stati membri a garantire che i principi e le misure stabiliti nella sua appendice siano applicati nelle legislazioni, nelle politiche e nelle prassi nazionali relative alla tutela dei diritti

¹³ Disponibile solo in inglese, Guidance Note on Refugee Claims Relating to Sexual Orientation and Gender Identity, novembre 2008, <http://www.unhcr.org/refworld/topic,4565c22547,,48abd5660,0.html>

¹⁴ Vedi il documento del Comitato sui Diritti economici, sociali e culturali, par. 32: http://www2.ohchr.org/english/bodies/cescr/docs/E.C.12.GC.20_fr.doc

¹⁵ Osservazioni conclusive del Comitato sui Diritti dell'Infanzia: Regno Unito (Isola di Man), 16 Ottobre 2000, documento CRC/C/15/Add. 134.

¹⁶ Osservazioni conclusive del comitato sui Diritti dell'Infanzia: Regno Unito, 9 Ottobre 2002, documento CRC/C/15/Add. 188.

umani di persone lesbiche, gay, bisessuali e transgender e alla promozione della tolleranza nei loro confronti.

Il punto di partenza per i principi e le misure stabiliti nell'Appendice alla Raccomandazione è il bisogno di lottare contro un alto livello di discriminazione, basata sull'orientamento sessuale o l'identità di genere. Le persone lesbiche, gay, bisessuali e transgender per secoli sono state e continuano ad essere, davvero, soggette ad omofobia, transfobia e ad altre forme di diffusa e resistente intolleranza – che conduce ad atti ostili che spaziano dall'esclusione sociale alla discriminazione – in tutta Europa ed in tutti i settori della vita, per via del loro orientamento sessuale o identità di genere. Di conseguenza, numerosissime persone hanno nascosto o negato la loro identità e vivono nella paura e nell'invisibilità, anche all'interno delle loro famiglie.

Questi principi sono fondati essenzialmente sulla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo e la Carta Sociale Europea (compresa la Carta revisionata) ma contengono anche riferimenti, tra gli altri, alla Carta dei Diritti fondamentali dell'Unione Europea, ai Patti Internazionali sui Diritti Civili e Politici ed i Diritti Economici, Sociali e Culturali, la Convenzione sui Diritti dell'Infanzia e la Convenzione relativa allo Status dei Rifugiati, e alla giurisprudenza delle corti e degli organi dei Trattati (Treaty Bodies). Solo gli Stati membri che hanno ratificato questi testi, fondamenta dei principi della raccomandazione, sono vincolati dagli obblighi e dalla giurisprudenza che ne deriva. Tuttavia, questi importanti strumenti giuridici internazionali in materia di diritti dell'uomo possono essere fonte di ispirazione e tutti gli Stati membri sono incoraggiati a rispettarne i principi ed applicare le idonee misure per combattere la discriminazione, basata sull'orientamento sessuale o l'identità di genere e promuovere la tolleranza. Figurano nel testo importanti riferimenti ad altri strumenti, compreso il Libro Bianco sul Dialogo Interculturale, la Carta Europea dello Sport, le Risoluzioni dell'Assemblea Parlamentare 1608 (2008) - *Il suicidio dei bambini e adolescenti in Europa: un problema serio di salute pubblica* e 1660 (2009) – *Situazione dei difensori dei diritti dell'uomo negli stati membri del Consiglio d'Europa*, e le Raccomandazioni del Comitato dei Ministri agli Stati membri n°R(97)20 sui "Discorsi dell'Odio", Rec(2001)10 sul Codice Europeo di Etica della Polizia, Rec(2007)17 sulle norme e meccanismi di parità di genere, e alla Raccomandazione n°10 di Politica Generale dell'ECRI sulla lotta contro il razzismo e la discriminazione razziale nella cornice ed attraverso l'istruzione scolastica.

L'azione volta a combattere la discriminazione basata sull'orientamento sessuale o l'identità di genere dovrebbe iniziare con una revisione delle misure legislative e di altra natura esistenti, che potrebbe incidere direttamente o indirettamente, sulla discriminazione di una persona o di un gruppo di persone, per tali motivi. Dovrebbe pertanto includere la conduzione di ricerche pertinenti, la raccolta e l'analisi di dati pertinenti per monitorare regolarmente ed efficacemente l'impatto delle misure legislative e di altra natura sul diritto a non essere discriminati sulla base dell'orientamento sessuale o dell'identità di genere, e riparare qualsiasi discriminazione diretta o indiretta, per tali motivi. Ci vorrà chiaramente del tempo perché questa azione sia pienamente applicata e si potrebbero considerare varie tempistiche per i vari problemi citati. È evidente anche che solo le restrizioni discriminatorie avranno bisogno di essere eliminate.

A tal proposito, la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, nelle sue sentenze relative alle cause *Dudgeon v. il Regno Unito*¹⁷ e *Norris v. Irlanda*¹⁸, ha sostenuto che mantenere in vigore una legislazione che proibisce atti omosessuali in privato costituiva una continua interferenza con i diritti del richiedente nei riguardi della sua vita privata (che comprende la sua vita sessuale) anche laddove la legge in questione non conduca più all'azione legale. L'ex Commissione Europea dei Diritti dell'Uomo nel suo rapporto sul caso *Sutherland v. Il Regno Unito*¹⁹ ha dichiarato che anche se il richiedente non fosse stato per questo perseguito o minacciato di azione legale, l'esistenza stessa della legislazione colpiva direttamente la sua vita privata. Nella sua risposta alla Raccomandazione 211(2007) del Congresso dei Poteri Locali e Regionali, il Comitato dei Ministri ha ulteriormente sottolineato che "in una serie di sentenze"²⁰, la Corte ha puntualizzato che qualsiasi discriminazione basata sull'orientamento sessuale è contraria alla Convenzione. Tutti gli Stati membri devono osservare la Convenzione nell'applicazione della loro legislazione nazionale, in particolare alla luce della giurisprudenza della Corte"²¹.

Per quanto concerne le misure di controllo, un'opzione potrebbe essere l'adozione e l'applicazione effettiva da parte degli Stati membri di piani d'azione periodici a livello nazionale, regionale e locale e di indicatori volti a misurare i risultati ed i progressi realizzati nella loro attuazione.

¹⁷ *Dudgeon v. il Regno Unito*, sentenza del 22 Ottobre 1981, Serie A No. 45, p. 21, par. 41. È stata la prima causa in cui la Commissione e la Corte hanno preso posizione contro l'esistenza di leggi che rendono illegale l'omosessualità.

¹⁸ *Norris v. Irlanda*, sentenza del 26 Ottobre 1988, Serie A No. 142, p. 18, par. 38.

¹⁹ *Sutherland v. il Regno Unito*, No. 25186/94, rapporto della Commissione del 1° Luglio 1997, non pubblicato, che critica l'esistenza di una legislazione che stabilisce una maggiore età sessuale diversa per atti maschili omosessuali ed eterosessuali.

²⁰ In particolare, *Salgueiro da Silva Mouta v. Portogallo*, sentenza del 21 dicembre 2000; *L. and V. v. Austria*, sentenza del 9 gennaio 2003; *Karner v. Austria*, sentenza del 24 luglio 2003; *B.B. v. il Regno Unito*, sentenza del 10 febbraio 2004.

²¹ Risposta adottata dal Comitato dei Ministri il 16 gennaio 2008 alla 1015° riunione dei Delegati dei Ministri - CM/Cong(2008)Rec211 final.

Inoltre, dovrebbero essere adottate ed effettivamente applicate misure volte a combattere la discriminazione fondata sull'orientamento sessuale o sull'identità di genere, per garantire il rispetto dei diritti umani delle persone lesbiche, gay, bisessuali e *transgender* e promuovere la tolleranza nei loro confronti. Gli Stati membri dovrebbero garantire che le loro misure legislative o di altra natura siano idonee a combattere la discriminazione dovuta a tali motivi e dovrebbero adottare ed effettivamente attuare una strategia completa, compresi programmi educativi e di sensibilizzazione a lungo termine, volti ad affrontare atteggiamenti discriminatori o nocivi e comportamenti del pubblico in generale, nonché correggere pregiudizi e stereotipi (per esempio con chiari messaggi politici diretti all'opinione pubblica, compresi i media professionali).

Gli Stati membri dovrebbero garantire che le vittime abbiano effettivamente accesso a meccanismi di ricorso legali di fronte ad un'Autorità nazionale, anche se la violazione è commessa da persone che operano nell'ambito della loro funzione ufficiale. Tali ricorsi dovrebbero essere efficaci, proporzionati e dissuasivi, e, quando necessario, offrire idoneo risarcimento alle vittime della discriminazione. Dovrebbero anche adottare misure per garantire che le vittime siano rese consapevoli dell'esistenza di tali meccanismi di ricorso.

Gli Stati membri sono ugualmente invitati, tramite mezzi ed iniziative appropriati (ivi compreso tramite internet) a garantire che il contenuto di questa Raccomandazione, compresa la sua Appendice, sia divulgato quanto più possibile, per informare le persone lesbiche, gay, bisessuali e *transgender* del loro diritto al pari trattamento, sensibilizzando al contempo l'amministrazione pubblica, le strutture incaricate di applicare la legge, compreso il sistema giudiziario e penitenziario, le strutture nazionali di protezione dei diritti umani, i sistemi educativi e sanitari, nonché i rappresentanti di dipendenti e datori di lavoro del settore pubblico e privato, i media e le Organizzazioni Non-Governative interessate.

Relativamente ad il follow-up della Raccomandazione, i governi degli Stati membri sono invitati a rivederne l'applicazione, attraverso il Comitato dei Ministri, tre anni dopo la sua adozione.

I. Diritto alla vita, alla sicurezza e alla protezione contro la violenza

A. I "reati dell'odio" ed altri "incidenti motivati dall'odio"

1 - 2. I reati dell'odio sono reati motivati dall'appartenenza reale o ipotizzata della vittima ad un certo gruppo, più comunemente definito, per razza, religione, orientamento sessuale, identità di genere, nazionalità, etnia, disabilità, ecc.²² Ai fini di questa raccomandazione, il termine "*incidente motivato dall'odio*" viene utilizzato per indicare qualsiasi incidente o atto – che sia punito penalmente o meno dalla legislazione nazionale – contro persone o beni, che coinvolga un bersaglio specifico per il suo reale o ipotizzato collegamento o appartenenza ad un gruppo. Il termine è ampio abbastanza, da coprire una serie di manifestazioni di intolleranza, da incidenti meno gravi motivati da pregiudizi ad atti criminali.²³ I "reati dell'odio" e gli altri "incidenti motivati dall'odio" hanno un impatto notevole sulle vittime e sulla comunità a cui appartengono e ciò colpisce tanto più che, dal punto di vista della vittima, la cosa più importante è essere stata oggetto di tale crimine per via di un aspetto fondamentale immutabile della sua identità²⁴. Ma minacciano anche la base stessa delle società democratiche e lo stato di diritto in quanto costituiscono un attacco al principio fondamentale di uguaglianza per dignità e diritti di tutti gli esseri umani, come dichiarato nell'Articolo 1 della Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo delle Nazioni Unite. Le persone lesbiche, gay, bisessuali e *transgender* sono il bersaglio di molti reati o incidenti di questo tipo. Secondo il rapporto OSCE/ODIHR "*Reati dell'odio nella Regione OSCE: incidenti e reazioni*"²⁵, i reati o gli incidenti omofobici sono spesso caratterizzati da un alto grado di crudeltà e brutalità, che spesso include gravi aggressioni fisiche, tortura, mutilazione, castrazione o addirittura aggressioni sessuali e possono sfociare nella morte. Possono anche assumere la forma di danno alla proprietà, insulti o attacchi verbali, minacce o intimidazioni.

È evidente che le misure e le procedure più appropriate in materia di reati dell'odio o di incidenti motivati dall'odio dipenderanno dal diritto nazionale applicabile e dalle circostanze del caso, per es. se questo riguarda una violazione del diritto nazionale penale, civile o amministrativo o di altre normative (procedure disciplinarie, ecc). Termini come "indagini" e "sanzioni" dovrebbero, quindi, essere interpretati, in questo contesto, in un senso più lato, considerando le circostanze del caso.

²² Nell'introduzione del rapporto OSCE: *Hate Crime Laws – A Practical Guide*, (p. 7) in cui i reati dell'odio sono descritti come "Reati motivati dall'intolleranza nei confronti di alcuni gruppi della società". L'OSCE/ODIHR fornisce anche una "definizione di lavoro" nel suo rapporto annuale per il 2006, in cui un reato dell'odio è "Qualsiasi reato penale, compresi i reati contro persone o beni, in cui la vittima, il bene o lo scopo dell'atto sono selezionati per il loro reale o presupposto collegamento, relazione, affiliazione, supporto o appartenenza ad un gruppo". Vedi anche la definizione data dall'Home Office: <http://www.homeoffice.gov.uk/crime-victims/reducing-crime/hate-crime/> o dal Department of Justice statunitense – Bureau of Justice Assistance : *A Policymaker's Guide to Hate Crimes* : <http://www.ncjrs.gov/pdffiles1/bja/162304.pdf>.

²³ Vedi il rapporto annuale OSCE per il 2006, p. 9, http://www.osce.org/publications/odihr/2007/09/26296_931_en.pdf

²⁴ Vedi il rapporto OSCE: *Hate Crime Laws – A Practical Guide*, p. 42:

http://www.osce.org/publications/odihr/2009/03/36671_1263_en.pdf

²⁵ Vedi il rapporto annuale OSCE per il 2006, pp. 53-54.

Le misure legislative per combattere questi reati sono essenziali. Nel condannare i moventi discriminatori, si invia ai rei il segnale che una società giusta ed umana non tollera tale comportamento. Riconoscendo il danno causato alle vittime, offrono a tali persone e alla loro comunità la garanzia di essere protette dal sistema penale giudiziario. Inoltre, l'esistenza di tali leggi rende più visibili i reati dell'odio o gli incidenti motivati dall'odio ed agevola la raccolta di dati statistici, che sono a loro volta importanti per l'elaborazione di misure intese ad evitarli o contrastarli.

Nella legislazione, i reati dell'odio saranno generalmente puniti con una pena più severa in quanto l'infrazione è commessa per motivi discriminatori. Il fatto di non tener conto, per un'infrazione, di un motivo basato su un pregiudizio, potrebbe costituire una discriminazione indiretta secondo l'ECHR²⁶. Gli Stati membri dovrebbero garantire che, nel fissare le sanzioni, un motivo basato su un pregiudizio relativo all'orientamento sessuale o all'identità di genere possa essere considerato come una circostanza aggravante. Dovrebbero quindi ulteriormente garantire che tali motivi siano verbalizzati, quando un tribunale decide di fissare una pena più dura²⁷. Almeno 14 Stati membri del Consiglio d'Europa hanno incluso nella loro legislazione l'orientamento sessuale come circostanza aggravante, che ha motivato un'infrazione²⁸.

Infatti, da molti rapporti emerge che pochi di questi reati o incidenti vengono denunciati alla polizia o ad altre autorità pubbliche. Il fatto che possa sussistere un atteggiamento ostile contro le persone lesbiche, gay, bisessuali e transgender da parte degli stessi agenti di polizia, quando una vittima si reca in un commissariato o su iniziativa stessa dell'agente, rende ancora più improbabile il fatto che tali persone sporgano denuncia²⁹.

Il diritto alla protezione statale contro tutte le forme di violenza o lesioni garantite dagli Articoli 2 e 3 della Convenzione implica l'introduzione di meccanismi investigativi efficaci in caso di uso della forza letale o di trattamento disumano o degradante, siano essi perpetrati da rappresentanti dello Stato o da singoli privati.

La Corte ha già riconosciuto che, in caso di accuse per atti violenti di natura discriminatoria, debba essere adottata una procedura speciale per raccogliere le prove. In un caso precedente a questo, la Corte ha statuito che non è escluso che una misura possa essere considerata discriminatoria sulle basi della prova del suo impatto (effetti pregiudizievoli sproporzionati su un particolare gruppo) anche se non specificatamente mirata a tale gruppo³⁰. Laddove l'uso della violenza sia motivato da discriminazione omofobica o transfobica, gli Articoli 2 e 3 insieme all'Articolo 14 (divieto di discriminazione nel godimento di diritti e libertà stabiliti nella Convenzione) dovrebbero spingere gli Stati ad adottare misure ragionevoli per stabilire il ruolo svolto dai presupposti pregiudizi e, di conseguenza, garantire che sia fatta una distinzione nel sistema giuridico e nella pratica tra casi in cui vi è stato un uso eccessivo della forza e casi che riguardano i reati dell'odio. Gli Stati dovrebbero compiere sforzi ad hoc per indagare su qualsiasi connotazione omofobica o transfobica in un atto di violenza, tanto più che in pratica potrebbe essere difficile dimostrare un movente omofobico o transfobico.

Dal momento che è difficile dimostrare i motivi discriminatori, la qualità delle indagini è della massima importanza. Analogamente, l'obbligo di indagare su casi con connotazioni razziste deve essere rispettato senza discriminazione, come prevede l'Articolo 14 della Convenzione³¹. Tali obblighi sono chiaramente applicabili quando un reato è motivato dall'orientamento sessuale o dall'identità di genere di una persona.

²⁶ *Angelova and Iliev v. Bulgaria*, No. 55523/00, sentenza del 26 luglio 2007, par. 115.: "[Q]uando indagano su incidenti violenti, le autorità dello stato hanno l'ulteriore dovere di adottare tutti i provvedimenti necessari per smascherare qualsiasi movente razzista e stabilire se l'odio o il pregiudizio etnico hanno svolto un ruolo negli eventi. Non riuscirvi e trattare la violenza e la brutalità per motivi razziali su un piano paritario rispetto a casi senza connotazioni razziste sarebbe chiudere un occhio sulla natura specifica di atti particolarmente distruttivi per i diritti fondamentali. Non operare distinzioni nel modo di gestire situazioni essenzialmente diverse potrebbe costituire un trattamento ingiustificato inconciliabile con l'Articolo 14 della Convenzione."

²⁷ La guida pratica dell'OSCE (op. cit.) sottolinea che (p. 36) in alcuni stati le ragioni per un rafforzamento della pena non possono essere pubblicate, il che toglie alla legge molto del suo valore simbolico e statistico.

²⁸ Ad esempio, l'Articolo 132-77 del Codice Penale francese stipola che "*Nei casi previsti dalla legge, le pene incorse per un reato o un illecito devono essere più severe quando una violazione viene commessa a causa dell'orientamento sessuale della vittima.*" L'Agenzia dell'Unione Europea per i Diritti Fondamentali nota che 10 stati membri dell'Unione Europea hanno inserito l'orientamento sessuale come circostanza aggravante che ha motivato un reato. Questi paesi sono Belgio, Danimarca, Finlandia, Francia, Olanda, Portogallo, Romania, Spagna, Svezia e Regno Unito. Vedi Omofobia e Discriminazione fondata sull'orientamento sessuale negli stati membri dell'UE (Parte I – Analisi giuridica), p. 122, disponibile su

http://www.fra.europa.eu/fraWebsite/products/publications_reports/pub_cr_homophobia_0608_en.htm

Per quanto riguarda gli stati membri del Consiglio d'Europa, lo hanno integrato Andorra, Croazia, Islanda, Norvegia.

²⁹ Vedi il rapporto FRA – Parte II, p. 46-47.

³⁰ *Hugh Jordan v. il Regno Unito* No. 24746/94, § 154, 4 maggio 2001.

³¹ Vedi l'argomentazione della Corte nella causa *Nachova e altri v. Bulgaria*, sentenza del 26 febbraio 2004, par. 155-162, per quanto riguarda omicidi con connotazioni razziste: "Il diritto alla vita secondo l'Articolo 2 della Convenzione ed il divieto di discriminazione in generale, e di discriminazione razziale ed etnica in particolare, secondo l'Articolo 14, riflettono i valori di base delle società democratiche che formano il Consiglio d'Europa. Gli atti motivati dall'odio etnico che portano alla privazione della vita sabotano le fondamenta di queste società e richiedono una particolare vigilanza ed una risposta efficace da parte delle autorità". Inoltre, non operare distinzioni sul modo in cui vengono gestite le situazioni essenzialmente diverse può costituire un trattamento ingiustificato inconciliabile con l'Articolo 14 della Convenzione (vedi, *mutatis mutandis*, *Thlimmenos v. Grecia* [GC], No. 34369/97, par. 44, ECHR 2000-IV).

3. Gli Stati membri dovrebbero introdurre misure adeguate per incoraggiare le vittime ed i testimoni dei reati dell'odio o degli incidenti motivati dall'odio basati sull'orientamento sessuale o l'identità di genere a denunciare tali atti. Tali misure potrebbero comprendere:

- a. la formulazione e la divulgazione di una definizione semplice e comprensibile dei "reati dell'odio", che includano i motivi di orientamento sessuale o di identità di genere, diretti al pubblico, in modo che tali reati siano denunciati più frequentemente, ed ai servizi di polizia che registrano le denunce;
- b. l'istituzione di programmi di formazione per garantire che varie strutture delle Autorità di ordine pubblico, compreso il sistema giudiziario, posseggano le conoscenze e le capacità necessarie per fornire alle vittime e ai testimoni l'assistenza ed il supporto adeguati;
- c. la creazione di unità speciali incaricate tra l'altro di indagare sui reati e gli incidenti legati all'orientamento sessuale o all'identità di genere e di ufficiali di collegamento speciali per mantenere i contatti con le comunità locali in modo da alimentare un rapporto di fiducia;
- d. un'attenzione particolare alla creazione di un meccanismo indipendente ed efficace per ricevere ed istruire le denunce di reati dell'odio o incidenti motivati dall'odio, che si presuppone, siano commessi da agenti delle forze dell'ordine, in particolare laddove l'orientamento sessuale o l'identità di genere costituiscono uno dei motivi;
- e. l'introduzione di sistemi di denuncia anonima o on-line o l'utilizzo di altri mezzi di facile accesso e l'autorizzazione alla segnalazione da parte di terzi per raccogliere informazioni sulla frequenza e la natura particolare di tali incidenti.

Inoltre, gli Stati membri dovrebbero adottare misure per garantire che le persone lesbiche, gay, bisessuali e *transgender* siano trattate senza discriminazione nell'ambito delle strutture di pubblica sicurezza e altre strutture istituite per incoraggiare le denunce da parte delle vittime e dei testimoni di reati dell'odio o di incidenti motivati dall'odio, fornendo codici di buona condotta e formazione. Dovrebbero anche adottare misure per garantire che gli atti omofobici o transfobici, compresi gli atti di tortura o trattamento disumano o degradante, come abuso sessuale, perquisizioni corporali indebitamente intrusive e linguaggio denigrante vengano evitati in queste strutture e – laddove applicabile – utilizzare meccanismi disciplinari o sanzioni penali.

4. L'uso della tortura o altro trattamento disumano o degradante è severamente proibito dalla Convenzione Europea per i Diritti dell'Uomo (Articolo 3). Le persone private della loro libertà, anche in ospedali psichiatrici, sotto la custodia e la responsabilità delle autorità di Stato, sono particolarmente vulnerabili e le Autorità hanno il dovere di proteggerle, sia da atti commessi dai funzionari di Stato sia da atti commessi da altri detenuti. Questo vale ancora di più per le persone lesbiche, gay, bisessuali e *transgender*, che sono ancora più vulnerabili a certi abusi e soggetti a molestie, violenza, umiliazioni, aggressione sessuale, stupro e altre forme di maltrattamento. Gli Stati dovrebbero essere particolarmente attenti a tali situazioni, garantire che gli obblighi derivanti dalla giurisprudenza della Corte siano rispettati nonché introdurre idonee ed efficaci procedure per determinare la responsabilità disciplinare o penale dei responsabili di tali azioni o per la mancata supervisione da parte degli istituti di detenzione.

Quando si tratta di persone transgender, le autorità dovrebbero essere particolarmente attente alla scelta del carcere (maschile o femminile), in modo da tutelare e rispettare adeguatamente l'identità di genere dell'individuo da incarcerare. L'importanza di una scelta soggettiva di un individuo è indissociabilmente legata a criteri obiettivi pertinenti all'identità di quella persona. Quindi, il rispetto dell'identità di genere non implica, in questo contesto, il diritto perché un individuo scelga arbitrariamente la sua identità di genere. Nei casi in cui i documenti ufficiali non siano sufficienti a determinare la scelta del carcere, le Autorità dovrebbero condurre una valutazione obiettiva del caso, prendendo in considerazione non soltanto la scelta soggettiva dell'individuo ed i documenti ufficiali, ma anche, ad esempio, lo stato di avanzamento del processo di ri-attribuzione del sesso.

5. Per poter combattere la discriminazione è fondamentale condurre ricerche pertinenti e raccogliere dati sulle misure e prassi discriminatorie, in particolare laddove siano interessati i "reati dell'odio" e gli "incidenti motivati dall'odio" in relazione all'orientamento sessuale o all'identità di genere, tenendo in debito conto il diritto al rispetto della vita privata. Il Commissario per i Diritti dell'Uomo ha notato la mancanza di dati sulla situazione delle persone *transgender* in Europa, in particolare negli Stati membri del Consiglio d'Europa, che non appartengono all'UE.³²

³² Diritti dell'Uomo e Identità di genere, Documento tematico, Commissario per i Diritti dell'Uomo, 29 luglio 2009, p. 9: <https://wcd.coe.int/com.instranet.InstraServlet?Index=no&command=com.instranet.CmdBlobGet&InstranetImage=1331143&SecMode=1&DocId=1433126&Usage=2>

Strumenti di questo tipo dovrebbero andare oltre la semplice verbalizzazione di incidenti ed essere utili per future iniziative, volte ad evitare tali incidenti, sensibilizzare il pubblico su cosa implica un'aggressione omofobica e transfobica e per sviluppare misure idonee a combatterli. Gli Stati membri dovrebbero quindi dotarsi di strumenti efficaci di analisi di dati e di informazioni, per riuscire a conoscere meglio, a livello quantitativo e qualitativo, la discriminazione nei confronti delle persone lesbiche, gay, bisessuali e transgender, in particolare quando si tratta di reati dell'odio. Dovrebbero anche incoraggiare attivamente la ricerca sulla natura e sulle cause di comportamenti ostili o negativi nei confronti delle persone lesbiche, gay, bisessuali e *transgender*, al fine di formulare politiche efficaci per combattere questi fenomeni.

B. Il “Discorso dell'odio”

6-8. Nella sua raccomandazione N° R(97)20 del 30 ottobre 1997 sul “Discorso dell'odio”, il Comitato dei Ministri ha affermato che il termine “discorso dell'odio” deve essere inteso come tutte le forme di espressione che diffondono, incitano, promuovono o giustificano l'odio razziale, la xenophobia, l'antisemitismo o altre forme di odio basate sull'intolleranza, compresa la discriminazione e l'ostilità contro le minoranze. Ai fini della presente Raccomandazione, il termine “discorso dell'odio” intende coprire forme di espressione motivate dall'odio qualunque ne sia il mezzo di espressione utilizzato, ivi compresi Internet ed altri nuovi media.

Come sottolineato anche dal Libro Bianco sul Dialogo Interculturale, il dibattito pubblico deve rispettare la diversità culturale³³. Le espressioni pubbliche di razzismo, xenofobia o qualsiasi altra forma di intolleranza, che siano rese da individui che rivestono cariche pubbliche o membri della società civile, dovrebbero essere respinte e condannate, in linea con le disposizioni di riferimento della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, incluso l'Articolo 17. Le dichiarazioni omofobiche pubbliche da parte di personalità pubbliche sono particolarmente preoccupanti in quanto influenzano negativamente l'opinione pubblica e alimentano l'intolleranza.

Nella stessa raccomandazione, il Comitato dei Ministri afferma che “le autorità e le istituzioni pubbliche (...) hanno una responsabilità speciale di evitare dichiarazioni, in particolare sui media, che potrebbero essere ragionevolmente percepite come discorsi dell'odio (...) o altre forme di discriminazione o di odio fondate sull'intolleranza. Tali dichiarazioni dovrebbero essere proibite e pubblicamente condannate in qualsiasi occasione”. (Principio 1). Al contempo, è importante che le interferenze con la libertà di espressione siano “strettamente circoscritte ed applicate in modo lecito e non arbitrario sulla base di criteri obiettivi [e] soggette a controllo giudiziario indipendente” (Principio 3).

La Corte ha dichiarato che “chiunque eserciti la sua libertà di espressione assume “doveri e responsabilità” la cui portata dipende dalla situazione e dai mezzi tecnici utilizzati”³⁴; e l'esercizio di queste libertà può essere soggetto a restrizioni, in particolare per tutelare i diritti altrui³⁵. La Corte ha anche sostenuto che, mentre l'Articolo 10 lascia poco margine alle restrizioni sui discorsi o dibattiti politici, l'esercizio della libertà di espressione da parte di politici eletti che allo stesso tempo svolgono cariche pubbliche nel ramo esecutivo del governo, comporta particolari responsabilità³⁶. Costoro devono esercitare tale libertà con riserbo, quindi sapendo che le loro opinioni possono essere considerate come istruzioni dai funzionari civili, il cui impiego e carriera dipendono dalla loro approvazione.

Di conseguenza, gli Stati membri dovrebbero attirare l'attenzione delle Autorità e degli organismi pubblici – a livello nazionale, regionale e locale – sulla loro responsabilità di astenersi da dichiarazioni, in particolare ai media, che potrebbero essere ragionevolmente percepite come atte a produrre l'effetto di incitare, diffondere o promuovere odio o altre forme di discriminazione contro le persone lesbiche, gay, bisessuali e *transgender*. Nel dialogo con i rappresentanti di vari settori della società civile, comprese le società private, i sindacati e le organizzazioni datoriali, le organizzazioni politiche o altre ONG, e le comunità filosofiche o religiose, i funzionari pubblici e gli altri rappresentanti dello Stato dovrebbero, inoltre, sforzarsi di promuovere la tolleranza ed il rispetto per le persone lesbiche, gay, bisessuali e *transgender*, tra le altre, e l'uso di discorsi responsabili e non violenti.

Dovrebbe essere chiaro che combattere i discorsi dell'odio non implica la criminalizzazione di ogni espressione motivata dall'intolleranza e che le misure e le procedure più idonee dipenderanno dalle normative nazionali applicabili e dalle circostanze di ogni caso.

³³ Nella sezione 5.1 del Libro Bianco si dichiara, *inter alia*, che “gli stati dovrebbero avere una legislazione severa che proibisca i “discorsi dell'odio” ed espressioni razziste, xenofobiche, omofobiche, anti-semita, islamofobiche e di intolleranza nei confronti dei Rom o altre, quando esse incitano all'odio o alla violenza.”

³⁴ *Handyside v. il Regno Unito* del 7 dicembre 1976, Serie A No. 24, p. 25, par. 49.

³⁵ Articolo 10 § 2 della Convenzione.

³⁶ *Baczowski e altri v. Polonia*, No. 1543/06, sentenza del 3 maggio 2007, par. 98-99.

La Raccomandazione N°R(97)21 del Comitato dei Ministri sui media e la promozione di una cultura di tolleranza sottolinea l'importanza delle prassi professionali dei media e la loro responsabilità di proteggere vari gruppi e individui da stereotipi negativi o di pubblicizzare i loro contributi positivi alla società. Le organizzazioni dei media, comprese quelle che operano su Internet, dovrebbero essere incoraggiate a promuovere nelle loro stesse prassi, una cultura di rispetto, tolleranza e diversità, al fine di evitare rappresentazioni negative e stereotipate delle persone lesbiche, gay, bisessuali e *transgender* e l'uso di materiale degradante o di un linguaggio sessista. Le prassi sviluppate in alcuni Paesi implicano la stesura di codici di condotta per trattare in modo non discriminatorio di questioni relative a persone lesbiche, gay, bisessuali e *transgender*. Un'altra buona prassi da incoraggiare è l'organizzazione di campagne che sensibilizzano i media a promuovere rappresentazioni positive delle persone lesbiche, gay, bisessuali e *transgender*.

Data la crescente importanza di Internet e le difficoltà ad individuare e punire coloro che perpetrano "discorsi dell'odio" su internet, gli Stati membri dovrebbero stabilire o mantenere un solido e idoneo quadro legale applicabile ai nuovi media e servizi o reti di comunicazione, ivi compreso nell'area dei "discorsi dell'odio" basati sull'orientamento sessuale o l'identità di genere³⁷. Misure di questo tipo dovrebbero essere adottate in conformità con i requisiti stabiliti dall'Articolo 10, comma 2, della Convenzione, in modo che l'interferenza con la libertà di espressione sia quanto più limitata possibile, prevista dalla legge e proporzionata al fine ricercato. Gli Stati dovrebbero tra l'altro³⁸:

- Garantire che l'orientamento sessuale e l'identità di genere siano coperti nei testi pertinenti relativamente alla criminalizzazione di violazioni commesse su internet e perseguirne i responsabili;
- Incoraggiare misure specifiche per evitare la diffusione di materiale omofobico, minacce o insulti su Internet, sotto il controllo dei siti web da parte dei providers;
- Migliorare la cooperazione internazionale e la reciproca assistenza tra Autorità giudiziarie per combattere la diffusione di materiale motivato dall'odio, compreso materiale basato sull'orientamento sessuale o l'identità di genere, via Internet.

II. Libertà di associazione

9. La Corte ha sostenuto che l'obbligo positivo degli Stati di garantire un reale ed effettivo rispetto della libertà di associazione e di assemblea sia "di particolare importanza per le persone che sostengono opinioni impopolari o che appartengono alle minoranze, perché sono più vulnerabili alla vittimizzazione"³⁹.

Un rapporto della Commissione sulle Questioni Giuridiche ed i Diritti dell'Uomo dell'APCE, del 24 febbraio 2009, su "La situazione dei difensori dei diritti dell'uomo negli Stati membri del Consiglio d'Europa" rivela che, mentre le attività dei difensori dei diritti dell'uomo, che operano per i diritti delle persone lesbiche, gay, bisessuali e *transgender*, si sono nettamente intensificate negli ultimi anni negli Stati membri del Consiglio d'Europa, questa tendenza ha riscontrato una fortissima opposizione e tali difensori corrono un rischio particolarmente elevato⁴⁰. Il rapporto dell'OSCE, intitolato "*Difensori dei Diritti dell'uomo nei paesi dell'OSCE: sfide e buone prassi*"⁴¹, mostra che gli ostacoli alla libertà di associazione possono assumere la forma del rifiuto di registrazione, scioglimento, espulsione o minacce di espulsione dai locali, danno o attacco ai locali, campagne di diffamazione e abusi fiscali. Il rapporto elenca ulteriormente l'eventualità di misure repressive: sanzioni penali per attività non registrate, procedimenti legali abusivi, domande di quote esorbitanti di registrazione e ri-registrazione, controlli, audit o indagini da parte di funzionari di Stato, tassazioni abusive o addirittura illegali.

Tutti dovrebbero poter formare e far riconoscere, senza discriminazione, associazioni che trasmettono informazioni a o su persone lesbiche, gay, bisessuali e *transgender*, facilitano la comunicazione tra di loro o difendono i loro diritti. Gli Stati dovrebbero garantire che le nozioni di ordine pubblico, morale pubblica, salute o sicurezza pubblica non siano utilizzate abusivamente per restringere l'esercizio del diritto alla libertà di associazione in tal rispetto. Il rifiuto di registrare un'associazione dovrebbe avvenire in base ad una decisione oggettivamente giustificata e propriamente motivata, aperta al ricorso. Gli Stati in cui le leggi o prassi vietano la creazione di organizzazioni di difesa dei diritti umani delle persone lesbiche, gay, bisessuali e *transgender* dovrebbero revocare tali leggi o prassi e consentire anche la possibilità di ri-registrazione, laddove ne sia stato ordinato lo scioglimento⁴². Gli Stati non dovrebbero soltanto astenersi dall'interferire con

³⁷ Vedi anche, a tal proposito, *Protocollo aggiuntivo alla Convenzione sulla Cybercriminalità relativo alla criminalizzazione di atti di natura razzista e xenofoba commessi tramite sistemi informatici*, Trattato del Consiglio d'Europa Serie, No. 189.

³⁸ Il Protocollo Aggiuntivo alla Convenzione sulla Cybercriminalità del 30 gennaio 2003 stabilisce già il principio che atti di natura razzista e xenofoba diffusi tramite i sistemi informatici devono essere criminalizzati.

³⁹ Vedi per esempio *Baczowski e altri v. Polonia*, op. cit., par. 64.

⁴⁰ §§ 31-32 del rapporto.

⁴¹ http://www.osce.org/publications/odihr/2008/12/35711_1217_en.pdf, pp. 19 et seq.

⁴² Vedi *Partito Presidenziale di Mordovia v. Russia* (sentenza del 5 Ottobre 2004); *Partito Comunista unificato di Turchia e altri* (sentenza del 30 gennaio 1998); *Chiesa Metropolitana di Bessarabia e altri v. Moldova* (sentenza del 13 dicembre 2001) o *Organizzazione*

le attività di tali associazioni restringendo discriminatoriamente l'esercizio del loro diritto alla libertà di associazione, ma dovrebbero anche adottare misure idonee a garantire che tali organizzazioni operino liberamente, difendere i loro interessi, quando necessario, e facilitare ed incoraggiare il loro lavoro. Gli Stati dovrebbero anche coinvolgerle in partnership, nell'inquadrare ed attuare politiche pubbliche, in modo tale che la loro voce sia ascoltata.

10. L'accesso ai fondi pubblici riservati alle Organizzazioni Non-Governative dovrebbe essere garantito senza discriminazioni fondate sull'orientamento sessuale o sull'identità di genere. Le ONG dovrebbero essere libere di sollecitare e ricevere contributi – donazioni in liquidi o natura – non solo dalle Autorità pubbliche nel loro stesso Stato ma anche da donatori istituzionali o individuali, da un altro Stato o da agenzie multilaterali, soggetti solo alle leggi generalmente applicabili alle dogane, al cambio e al riciclaggio di danaro ed a quelle sul finanziamento delle elezioni e dei partiti politici.⁴³

11. Coloro che difendono i diritti umani delle persone lesbiche, gay, bisessuali e *transgender* sono, come ricordato dall'Assemblea Parlamentare⁴⁴, i più esposti tra i difensori dei diritti dell'uomo ad attacchi ed abusi per via della loro identità o dei temi su cui lavorano. Secondo la Dichiarazione del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa sull'azione per migliorare la tutela dei difensori dei diritti umani e promuovere le loro attività, del 6 febbraio 2008⁴⁵, gli Stati membri dovrebbero adottare misure efficaci per tutelare, promuovere e rispettare i difensori dei diritti dell'uomo e garantire il rispetto per le loro attività e dovrebbero creare un ambiente favorevole al loro lavoro, consentendo a singoli individui, gruppi e associazioni di portare liberamente avanti le loro attività, legalmente e conformemente alle norme internazionali, per promuovere e proteggere i diritti dell'uomo e le libertà fondamentali, senza restrizioni se non quelle autorizzate dalla Convenzione Europea per i Diritti dell'Uomo.

Ciò può ad esempio consistere nel consentire ai difensori dei diritti umani di stabilire delle reti tra di loro e con istituzioni e mediatori indipendenti nazionali, che si occupano di diritti dell'uomo, con i media, i difensori dei diritti dell'uomo in altri Paesi e con organizzazioni internazionali e nell'incoraggiare la partecipazione dei difensori dei diritti dell'uomo a sessioni di formazione, conferenze internazionali o altre attività volte a sostenere i diritti dell'uomo.

È importante anche, a tale riguardo, che gli Stati membri forniscano rapida assistenza e misure di protezione ai difensori dei diritti dell'uomo in pericolo in Paesi terzi, per esempio partecipando ed osservando processi dove appropriato e/o, se fattibile, rilasciando visti di emergenza.

12. Gli Stati membri sono fortemente incoraggiati a sviluppare accordi di cooperazione con organizzazioni in difesa dei diritti umani di persone lesbiche, gay, bisessuali e *transgender*, scambiando informazioni e buone prassi, in modo da evitare discriminazioni basate su orientamento sessuale o identità di genere e promuovendo il rispetto e la tolleranza. Gli Stati sono anche invitati ad impegnarsi in attività di sensibilizzazione, in modo da promuovere un clima di fiducia e rispetto reciproco tra i membri delle comunità e la pubblica amministrazione. Gli Stati membri dovrebbero idoneamente consultare organizzazioni in difesa dei diritti dell'uomo di persone lesbiche, gay, bisessuali e *transgender* circa l'adozione e l'attuazione di misure che potrebbero avere un impatto sui loro diritti umani.

III. Libertà di espressione e di riunione pacifica

13. Il diritto alla libertà di espressione, in particolare per condividere ed esprimere la propria identità, è fondamentale per promuovere la diversità e la tolleranza nella società⁴⁶. La Corte ha ripetutamente statuito che la libertà di espressione e di riunione pacifica è applicabile non solo alle informazioni o idee accolte con favore o considerate inoffensive o indifferenti, ma anche a quelle che offendono, scioccano o disturbano. "Così vogliono il pluralismo, la tolleranza e la mentalità aperta senza le quali non vi è società democratica"⁴⁷.

Tutti devono avere il diritto alla libertà di espressione e di riunione pacifica senza discriminazione, in particolare quella fondata sull'orientamento sessuale o l'identità di genere. Questo diritto comprende il diritto di esprimere l'identità o la personalità attraverso discorsi, condotta, abbigliamento, caratteristiche corporee, scelta di nome, o qualsiasi altro mezzo, e la libertà di cercare, ricevere e trasmettere informazioni ed idee di

Macedone Unita Ilinden – PIRIN e altri v. Bulgaria – sentenza del 20 Ottobre 2005 ed il follow-up dell'esecuzione di queste sentenze da parte del Comitato dei Ministri (vedi per esempio il documento CM/Inf/DH(2007)8 del 7 febbraio 2007).

⁴³ Vedi in merito la Raccomandazione CM/Rec(2007)14 del Comitato dei Ministri agli stati membri sullo statuto giuridico delle organizzazioni non governative in Europa.

⁴⁴ Vedi la Risoluzione 1660 (2009) dell'Assemblea Parlamentare del Consiglio d'Europa – Situazione dei difensori dei diritti dell'uomo negli stati membri del Consiglio d'Europa, par. 5.

⁴⁵ Dichiarazione del Comitato dei Ministri sull'azione del Consiglio d'Europa per migliorare la protezione dei difensori dei diritti dell'uomo e promuovere le loro attività (*adottata il 6 febbraio 2008 alla 1017° riunione dei Delegati dei Ministri*).

⁴⁶ Risposta del Comitato dei Ministri del 16 gennaio 2008 alla Raccomandazione 211 (2007) del Congresso dei Poteri Locali e Regionali del Consiglio d'Europa.

⁴⁷ *Handyside v. il Regno Unito*, 7 dicembre 1976, No. 5493/72, 1 EHRR 737, par. 49.

ogni tipo, anche relativamente ai diritti dell'uomo, l'orientamento sessuale e l'identità di genere, con ogni mezzo⁴⁸.

Gli Stati dovrebbero adottare misure idonee per incoraggiare la ricezione e la trasmissione di informazioni ed idee relative all'orientamento sessuale e l'identità di genere, comprese le attività a sostegno dei diritti dell'uomo delle persone lesbiche, gay, bisessuali e *transgender*, la pubblicazione di materiale, la diffusione mediatica, l'organizzazione e/o la partecipazione a conferenze e la divulgazione di, e l'accesso a, informazioni su pratiche sessuali sicure. Dovrebbero anche incoraggiare il pluralismo e la non-discriminazione sui media, in merito a questioni di orientamento sessuale e identità di genere.

14. All'interno degli Stati membri del Consiglio d'Europa, è stato osservato che l'esercizio della libertà di espressione e di riunione pacifica da parte di persone lesbiche, gay, bisessuali e *transgender* e le organizzazioni che le rappresentano, solleva talvolta ostilità, che possono sfociare nella messa al bando delle marce di "gay pride" o attacchi violenti contro i dimostranti, corroborate dal fatto che la polizia non riesce a proteggere tali dimostranti. In molti casi è stato osservato che le autorità, malgrado l'obbligo positivo di proteggere i loro cittadini contro la discriminazione, in realtà autorizzano, sostengono attivamente o perpetrano queste ingiustizie, incoraggiando quindi atteggiamenti ed atti omofobici o transfobici⁴⁹.

15. Ciò significa che le Autorità hanno un obbligo positivo di adottare misure efficaci per proteggere e garantire il rispetto delle persone lesbiche, gay, bisessuali e *transgender*, che desiderano riunirsi ed esprimersi anche se le loro opinioni sono impopolari o non condivise dalla maggioranza della popolazione. Le Autorità locali, i tribunali, la polizia e le strutture nazionali dei diritti umani, compresi i mediatori hanno, quindi, il dovere di tutelare il diritto alla libertà di espressione e di riunione pacifica anche delle persone lesbiche, gay, bisessuali e *transgender* e delle organizzazioni che difendono i diritti di tali persone.

Per quanto concerne in particolare i servizi di repressione, è bene notare che il Comitato dei Ministri nella sua Raccomandazione del 19 settembre 2001 sul Codice Europeo di Etica della Polizia⁵⁰ ha affermato che la polizia, nell'esercizio delle sue funzioni, "dovrebbe sempre tenere presente i diritti fondamentali di ognuno, come la libertà di pensiero, coscienza, religione, espressione, riunione pacifica, circolazione e pacifico godimento dei beni" e che il "personale di polizia deve agire con integrità e rispetto nei confronti del pubblico e con particolare considerazione per la situazione di individui appartenenti a gruppi particolarmente vulnerabili".

16. Sebbene la Convenzione consenta restrizioni all'esercizio della libertà di espressione e di riunione, tali restrizioni devono essere indicate per legge e necessarie in una società democratica, nell'interesse della sicurezza nazionale, della sicurezza pubblica, della prevenzione di disordini o crimini, della protezione della salute e della morale, e della tutela dei diritti e della libertà altrui⁵¹. Gli Stati membri dovrebbero garantire che queste nozioni non siano utilizzate abusivamente, per interferire con l'esercizio della libertà di opinione ed espressione, a sostegno delle persone lesbiche, gay, bisessuali e *transgender*. Inoltre, secondo la giurisprudenza stabilita della Corte Europea per i Diritti dell'Uomo, le dimostrazioni pacifiche, che siano in favore delle persone lesbiche, gay, bisessuali e *transgender* o altre, non possono essere bandite semplicemente, perché esistono atteggiamenti ostili nei confronti dei dimostranti o delle cause da essi sostenute. Al contrario, lo Stato ha il dovere di adottare misure ragionevoli ed idonee per consentire il pacifico svolgimento di manifestazioni lecite⁵².

Nella sua giurisprudenza, la Corte ha dichiarato che una manifestazione può "disturbare o offendere persone ostili alle idee o rivendicazioni che cerca di promuovere. I partecipanti devono però essere in grado di svolgere la manifestazione, senza dover temere di essere soggetti a violenza fisica, da parte dei loro oppositori; [...] in una democrazia, il diritto di contro-manifestare non può essere esteso all'inibizione dell'esercizio del diritto di manifestare".⁵³

In ogni caso, qualsiasi interferenza con l'esercizio della libertà di espressione dovrebbe essere "strettamente circoscritta e applicata in modo legale e non arbitrario sulla base di criteri oggettivi" e dovrebbe essere "soggetta a controllo giudiziario indipendente".⁵⁴

⁴⁸ Articolo 19 del Patto Internazionale delle Nazioni Unite sui Diritti Civili e Politici del 16 dicembre 1966; Articolo 19 della Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo.

⁴⁹ Rapporto FRA, op. cit., "Omofobia e Discriminazione fondata sull'orientamento sessuale e l'identità di genere negli stati membri dell'UE: Parte II", pagg. 54-58.

⁵⁰ Raccomandazione Rec(2001)10 del Comitato dei Ministri sul Codice Europeo di Etica della Polizia adottato dal Comitato dei Ministri il 19 settembre 2001, alla 765° riunione dei Delegati dei Ministri, par. 43 e 44.

⁵¹ Vedi anche OSCE/ODIHR – Commissione di Venezia "Guidelines on Freedom of Peaceful Assembly", in particolare paragrafo 69.

⁵² Risposta del Comitato dei Ministri del 16 gennaio 2008 alla Raccomandazione 211 (2007) del Congresso dei Poteri Locali e Regionali del Consiglio d'Europa, paragrafo 3.

⁵³ *Plattform "Ärzte für das Leben" v. Austria*, sentenza del 21 giugno 1988, Serie A No. 139, p. 12, par. 32.

⁵⁴ Raccomandazione No. R (97) 20 del Comitato dei Ministri sul "discorso dell'odio".

17. Le Autorità pubbliche, ad ogni livello, dovrebbero essere incoraggiate a condannare pubblicamente – in particolare sui media – qualsiasi interferenza illegale con il diritto di un individuo o gruppo di individui ad esercitare la loro libertà di espressione e di riunione pacifica, anche quando le parti interessate desiderano difendere la causa delle persone lesbiche, gay, bisessuali e *transgender* e sostenere l'esercizio di questo diritto, ivi compreso manifestando accanto a loro, se necessario.

IV. Diritto al rispetto per la vita privata e familiare

18. Il diritto alla libertà di espressione sessuale, come elemento di vita privata, è tutelato dall'Articolo 8 della Convenzione. La Corte condanna con forza non solo l'esistenza di leggi che criminalizzano i rapporti sessuali dello stesso sesso tra adulti consenzienti, in privato⁵⁵, ma anche le legislazioni che vietano un'età di consenso per tali rapporti e un'altra per i rapporti eterosessuali.⁵⁶ Ha anche statuito che essendo questo uno dei più intimi aspetti della vita privata di una persona, il margine di apprezzamento concesso agli Stati in quest'area è stretto.

Gli Stati dovrebbero di conseguenza abrogare ogni legislazione, che criminalizzi i rapporti dello stesso sesso tra adulti consenzienti e garantire che la loro legislazione indichi la stessa età minima di consenso per tali rapporti e per i rapporti eterosessuali. Dovrebbero anche abrogare qualsiasi disposizione di legge penale che, per la sua formulazione, possa essere applicata, in modo discriminatorio, o la cui portata potrebbe indurre a fermare o perquisire persone, per motivi di orientamento sessuale o identità di genere.

19. Gli Stati membri dovrebbero garantire che i dati personali relativi all'orientamento sessuale di una persona o alla sua identità di genere non siano raccolti, conservati o altrimenti utilizzati da istituzioni pubbliche, in particolare nell'ambito delle strutture di pubblica sicurezza⁵⁷, eccetto quando questo sia necessario a fini specifici, legali e legittimi.

Ciò vale in particolare per qualsiasi registro, scheda o file o qualsiasi altro documento relativo a indagini penali (per esempio, file che contengano informazioni sull'orientamento sessuale o l'identità di genere di persone ascoltate come vittime, testimoni o perpetratori nelle procedure giudiziarie) e schede speciali esistenti su persone lesbiche, gay, bisessuali e *transgender*. I registri esistenti che contengono tali informazioni dovrebbero essere riesaminati per garantirne l'immediata distruzione nel caso non rispettino tali principi⁵⁸.

Naturalmente, il vantaggio di raccogliere statistiche su comportamenti discriminatori e altre infrazioni contro persone lesbiche, gay, bisessuali e transgender, per motivi di orientamento sessuale o identità di genere non è incompatibile con il bisogno di tutelare i dati personali relativi all'orientamento sessuale o l'identità di genere – che è uno scopo legittimo –, a patto che queste statistiche siano raccolte in modo anonimo o rese anonime una volta che non siano più necessarie in forma identificabile. Dovrebbero in ogni caso, servire solo tali fini e non essere in nessun caso utilizzate per prendere decisioni o misure in merito ai soggetti interessati o per completare o correggere schede esistenti che non abbiano fini statistici.⁵⁹

20-21. I due fattori problematici per le persone *transgender* sono i requisiti di ammissibilità per le procedure di ri-attribuzione del genere ed il problema del riconoscimento legale.

Come affermato nella Raccomandazione Rec(2007)17 del Comitato dei Ministri sulle norme ed i meccanismi di uguaglianza dei generi, "sia uomini sia donne devono avere il diritto non negoziabile di prendere decisioni sul loro corpo, ivi compreso in materia sessuale e di riproduzione. Tale riconoscimento deve riflettersi nell'elaborazione, nell'attuazione, nell'accesso, nel monitoraggio e nella valutazione dei servizi di assistenza sanitaria e nelle priorità di ricerca⁶⁰".

In alcuni Paesi, l'accesso ai servizi di ri-attribuzione del genere dipende da procedure come la sterilizzazione irreversibile, il trattamento ormonale, le procedure chirurgiche preliminari e talvolta anche la prova della capacità della persona di vivere per un lungo periodo di tempo nel nuovo genere (la cosiddetta

⁵⁵ *Dudgeon v. Regno Unito*, No. 7525/76, sentenza del 22 Ottobre 1981; *Norris v. Irlanda*, sentenza del 26 Ottobre 1986 e *Modinos v. Cipro*, sentenza del 23 aprile 1993. Vedi anche *A.D.T. v. Regno Unito*, No. 35765/97, 30 luglio 2000, in cui la Corte ha ritenuto che la legge del Regno Unito che proibiva atti omosessuali maschili in privato che coinvolgessero più di due partner violasse la Convenzione.

⁵⁶ Vedi anche le sentenze *L. and V. v. Austria* e *S. L. v. Austria*, del 9 gennaio 2003.

⁵⁷ La Raccomandazione Rec (2001) 10 del Comitato dei Ministri sul Codice Europeo di Etica della Polizia stabilisce che la polizia dovrebbe interferire con il diritto di ciascuno al rispetto della sua vita privata solo quando strettamente necessario e solo per ottenere un obiettivo legittimo. La raccolta, la conservazione e l'uso di dati personali da parte della polizia devono essere conformi ai principi internazionali di tutela dei dati e, in particolare, limitarsi a quanto necessario per il raggiungimento di fini leciti, legittimi e specifici. Lo schedario della polizia contenente le informazioni sulla vita privata deve soddisfare i requisiti dell'Articolo 8 della Convenzione.

⁵⁸ Come già stabilito nel 1981 dalla Raccomandazione 924 (1981) dell'Assemblea Parlamentare.

⁵⁹ Raccomandazione No. R(97)18 del Comitato dei Ministri del 30 settembre 1997, "riguardante la tutela dei dati personali raccolti ed elaborati a fini statistici", principi 3.3 e 4.1. Vedi anche in merito il rapporto dell'Agenzia per i Diritti Fondamentali, Parte I, pagg. 145-148.

⁶⁰ Raccomandazione Rec(2007) 17 del Comitato dei Ministri del 21 novembre 2007, Principio 44.

“esperienza di vita reale”). In questa cornice, i requisiti esistenti e le procedure dovrebbero essere rivisti per eliminare quei requisiti sproporzionati. È bene notare, in particolare, che per alcune persone potrebbe non essere possibile, per ragioni di salute, completare le fasi ormonali e/o chirurgiche richieste. Considerazioni simili valgono per il riconoscimento legale della ri-attribuzione del genere, che può dipendere da varie procedure e precedenti riconoscimenti, compresi i cambiamenti di natura fisica.

La Corte tratta del tema del riconoscimento legale della nuova identità di genere di transessuali post-operazione da vari anni. Nel caso di *B. v. Francia* del 25 marzo 1992 e in particolare *Christine Goodwin v. il Regno Unito*, la Corte ha ritenuto che il rifiuto da parte di uno Stato di riconoscere legalmente una ri-attribuzione sessuale completa costituiva una violazione dell'Articolo 8.

Gli Stati hanno quindi l'obbligo positivo di riconoscere legalmente la nuova identità di una persona transessuale⁶¹, che si è sottoposta ad una ri-attribuzione completa del genere. Ciò include il rilascio di documenti ufficiali come certificati di nascita, documenti di identità, patenti di guida, passaporti, carte e numeri di previdenza sociale, registri elettorali, territoriali e fiscali. La Corte ha sottolineato che è di « cruciale importanza » che la Convenzione venga interpretata ed applicata, in modo da rendere i suoi diritti pratici ed effettivi, e non teoretici ed illusori⁶².

Gli Stati hanno l'obbligo di rilasciare, ad esempio, nuovi certificati di nascita; ed anche documenti non ufficiali rilasciati da agenzie non governative come diplomi, certificati di lavoro, documenti assicurativi o bancari dovrebbero, laddove idoneo e su richiesta, essere modificati per uniformarsi alla nuova identità di genere di tali persone.

Gli Stati dovrebbero, inoltre, garantire che le procedure per cambiare legalmente il genere ed il nome di una persona siano veloci, trasparenti, accessibili e rispettino l'integrità fisica della persona e la sua vita privata (in modo tale che nessun terzo possa venire a conoscenza della ri-attribuzione del genere).

22. Le persone *transgender* hanno il diritto di sposare una persona del sesso opposto rispetto al loro nuovo sesso, a condizione che la ri-attribuzione del genere sia stata riconosciuta, ai sensi della legge applicabile e dei paragrafi 20 e 21. La Corte ha riconosciuto che le persone che si sono sottoposte ad un cambiamento di sesso completo hanno il diritto di sposarsi ed ha stabilito che il fatto che mantengano nel diritto nazionale, ai fini del matrimonio, il sesso registrato alla nascita è un limite che nuoce all'essenza stessa del diritto al matrimonio⁶³. Ha inoltre, considerato che sebbene il testo dell'Articolo 12 si riferisca in termini espliciti al diritto di un uomo e di una donna di sposarsi, non è convinta di poter ora ritenere che tali termini implicino che il sesso debba essere determinato da criteri puramente biologici⁶⁴. Analogamente, il rifiuto di conferire una pensione al partner transessuale non sposato di una donna (la coppia non ha potuto sposarsi a causa della legislazione sulla ri-attribuzione di genere) affiliata ad uno schema pensionistico secondo cui deve essere versata solo al coniuge che gli sopravvive, equivale a discriminazione per motivi di sesso secondo il diritto della Comunità Europea, come interpretato dalla CEG⁶⁵.

23. Dove la legislazione nazionale conferisce diritti e obblighi a coppie non sposate, gli Stati membri dovrebbero garantire che ciò si applichi indiscriminatamente alle coppie dello stesso sesso e alle coppie di sesso diverso. La Corte, ad esempio, ha già considerato vari problemi, osservando che le differenze basate sull'orientamento sessuale, devono essere giustificate da ragioni particolarmente serie e che il margine di apprezzamento concesso agli Stati membri in quest'area è stretto. In questioni riguardanti i diritti all'affitto, per esempio, ha statuito che il rifiuto di concedere al partner dello stesso sesso non coniugato, di subentrare al partner nell'affitto, quando partner eterosessuali non sposati ne hanno il diritto, equivaleva a discriminazione per motivi di orientamento sessuale nell'esercizio del diritto di rispetto per il domicilio, in violazione degli Articoli 8 e 14 della Convenzione⁶⁶.

Nella causa *Young v. Australia*, il Comitato delle Nazioni Unite per i Diritti dell'Uomo ha considerato che il rifiuto da parte di uno Stato di concedere la pensione ad una persona che ha una relazione con una persona

⁶¹ Sentenze *B. v. Francia* del 25 marzo 1992, Serie A No. 232-C, pagg. 52-54; *Sheffield and Horsham v. il Regno Unito*, sentenza del 30 luglio 1998, *Raccolta delle Sentenze e Decisioni*, 1998-V, p. 2021; *Christine Goodwin v. il Regno Unito* [GC], No. 28957/95, 11 luglio 2002, §§ 89 e 124, ECHR 2002-VI e *Grant v. il Regno Unito*, No. 32570/03, ECHR 2006.

⁶² *Christine Goodwin v. il Regno Unito*, op. cit., par. 74.

⁶³ *Christine Goodwin v. il Regno Unito*, op. cit. e *I v. il Regno Unito*, 11 luglio 2002, par. 101 e 81.

⁶⁴ *Ibid.* §§ 100 e 80. Da notare che questa giurisprudenza non spiana la via ai matrimoni tra persone dello stesso sesso, in quanto la Corte accetta semplicemente la nozione di “genere sociale” come fattore decisivo nel determinare il sesso. Tuttavia vi è un caso pendente alla Corte che riguarda l'annullamento di un matrimonio civile tra due persone dello stesso sesso, in particolare con il motivo che secondo la legislazione in questione, “il matrimonio è un'unione tra un uomo e una donna”. Causa di *Chapin e Charpentier v. Francia*, No. 40183/07, vedi la Raccolta delle Cause Comunicate: Dichiarazione di fatti e Domande alle parti: <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=40183/07&sessionId=30302497&skin=hudoc-cc-fr>.

⁶⁵ *K. B. v. National Health Service Pensions Agency and Secretary of State for Health*, ECJ, causa C-117/01, sentenza del 7 gennaio 2004.

⁶⁶ *Karner v. Austria*, No. 40016, 24 luglio 2003, par. 37-42.

dello stesso sesso, adducendo a motivo che non rientra nella definizione di “persona a carico” costituiva una violazione dell’articolo 26 del Patto Internazionale sui Diritti Civili e Politici (ICCPR), fondata sull’orientamento sessuale. Nel raggiungere questa conclusione, il Comitato ha ricordato la sua costante giurisprudenza, secondo cui non tutte le distinzioni equivalgono ad una discriminazione proibita dall’ICCPR, se basate su criteri ragionevoli ed obiettivi, ed ha notato che lo Stato non forniva argomentazioni sul perché la distinzione tra partner dello stesso sesso, che erano esclusi dalla pensione per legge, e partner eterosessuali non coniugati, a cui erano concesse queste prestazioni, fosse ragionevole ed obiettiva e non erano state avanzate prove che mostrassero l’esistenza di fattori a giustificazione di tale distinzione⁶⁷.

24. Se per la legislazione nazionale, le relazioni registrate tra persone dello stesso sesso sono riconosciute, il loro status giuridico ed i loro diritti ed obblighi dovrebbero essere equivalenti a quelli delle coppie eterosessuali in una situazione comparabile⁶⁸. La valutazione per considerare se secondo la legislazione nazionale una coppia dello stesso sesso è in una “situazione comparabile” rispetto ad una coppia di sesso opposto, viene comunque lasciato a discrezione delle Autorità nazionali in base alle specifiche circostanze di ogni caso⁶⁹. Ciò significa che in talune circostanze le coppie dello stesso sesso potrebbero non essere considerate in una situazione comparabile alle coppie formate da persone di sesso opposto.

25. Ricordiamo che il diritto al matrimonio, come stabilito dall’articolo 12 della Convenzione Europea per i Diritti dell’Uomo e le Libertà Fondamentali si riferisce al matrimonio tradizionale tra persone di sesso opposto. Ciò è stato confermato dalla Corte Europea per i Diritti dell’Uomo in vari casi. Lo Studio preparato per il Comitato Europeo sulla Cooperazione Giuridica (CDCJ) del Consiglio d’Europa da parte dell’Istituto Danese per i Diritti dell’Uomo su varie forme di partnership maritali e non maritali e convivenza per identificare possibili misure, onde evitare la discriminazione fondata sull’orientamento sessuale e l’identità di genere, ha parimenti concluso che il non accesso al matrimonio o ad uno status di partnership simile per le coppie dello stesso sesso ha un impatto negativo sulla tutela effettiva dei diritti dell’uomo delle persone lesbiche, gay, bisessuali e *transgender*⁷⁰.

Laddove il diritto nazionale non riconosce né le partnership registrate di persone dello stesso sesso né le coppie non sposate, gli Stati membri dovrebbero almeno considerare la possibilità di fornire alle coppie dello stesso sesso mezzi giuridici o di altra natura, per risolvere problemi pratici che derivano da questo mancato riconoscimento giuridico, senza discriminazione di nessun tipo. È evidente, in particolare, che ciò non dovrebbe dar luogo ad un trattamento discriminatorio nei confronti delle coppie dello stesso sesso, laddove abbiano bisogni simili. A tal riguardo, è bene anche notare che già nel 2000, l’Assemblea Parlamentare del Consiglio d’Europa, nella sua Raccomandazione 1474(2000), aveva invitato gli Stati membri, ad adottare una legislazione che prevedesse una disposizione per le partnership registrate di coppie formate da persone dello stesso sesso⁷¹.

26. Nella vita familiare e quando i genitori si separano o divorziano, la considerazione primaria in tutte le decisioni sulla responsabilità parentale o sulla custodia, per es. assistenza e protezione, educazione, mantenimento di rapporti personali, il luogo di residenza del bambino, l’amministrazione dei beni del bambino, la rappresentanza legale, ecc., dovrebbe rispondere all’interesse superiore del fanciullo, ai sensi dell’articolo 3, comma 1, della Convenzione Internazionale sui Diritti dell’Infanzia. Prendendo ciò in considerazione, gli Stati membri dovrebbero garantire che tali decisioni vengano prese, senza discriminazioni basate sull’orientamento sessuale o l’identità di genere⁷². Nella causa *Salgueiro Da Silva Mouta v Portogallo*⁷³ riguardante la concessione della custodia di un bambino all’ex moglie del richiedente, la Corte ha ritenuto che il tribunale nazionale abbia fatto una distinzione in questo contesto, basata sull’orientamento sessuale del richiedente, che non era accettabile secondo tale Convenzione. La Corte ha quindi, riscontrato una violazione del diritto del richiedente al rispetto per la sua vita familiare (articolo 8), unitamente alla discriminazione proibita per motivi di orientamento sessuale (articolo 14).

⁶⁷ Vedi *Young v. Australia* (Comunicazione No 941/2000, U.N. Doc. CCPR/C/78/D/941/2000(2003)), paragrafo 10.2. Condizioni simili sono state applicate anche nel caso *X v. Colombia* (Comunicazione No. 1361/2005, U.N. Doc. CCPR/C/89/D/1361/2005 (2007), par. 7.2).

⁶⁸ Per una piena visione delle normative nazionali sulle coppie dello stesso sesso negli stati membri del Consiglio d’Europa, vedi lo studio preparato per il CDCJ dall’Istituto danese per i Diritti dell’Uomo su varie forme di partnership maritali e non maritali e convivenza per identificare le misure possibili onde evitare la discriminazione basata sull’orientamento sessuale e l’identità di genere, documento CDCJ(2009)9, pagg. 18-22.

⁶⁹ *Tadao Maruko v. Versorgungsanstalt der Deutschen Bühnen*, causa C-267/06, par 65 to 73.

⁷⁰ Studio per il CDCJ, op. cit., p. 23.

⁷¹ Più recentemente, il 14 gennaio 2009, il Parlamento Europeo ha invitato gli stati membri che non l’hanno ancora fatto, in applicazione del principio di uguaglianza, ad adottare misure legislative per superare la discriminazione vissuta da alcune coppie per via del loro orientamento sessuale.

⁷² Per quanto riguarda il rispetto dell’identità di genere, ciò può implicare per esempio che un cambiamento di sesso dei genitori, non dovrebbe influire sul loro statuto iniziale di genitori, né essere una considerazione essenziale quando si statuisce su un diritto parentale.

⁷³ *Salgueiro Da Silva Mouta v Portogallo*, sentenza del 21 dicembre 1999, par. 34-36.

27. Nessuno Stato è obbligato per legge a consentire a persone non coniugate, di adottare bambini individualmente. Se scelgono di consentire tali adozioni nel loro diritto nazionale, dovrebbero comunque applicare tali disposizioni giuridiche senza discriminazioni⁷⁴. Le persone lesbiche, gay, bisessuali e *transgender* dovrebbero quindi, poter adottare individualmente, allo stesso modo degli eterosessuali, in una situazione simile purchè la considerazione primaria in tutte le decisioni che riguardano il bambino sia l'interesse superiore del fanciullo⁷⁵.

La Corte ha già avuto occasione di pronunciarsi sul tema della discriminazione fondata sull'orientamento sessuale, in materia di adozioni di bambini da parte di singoli non sposati. Nella causa *Fretté v. Francia*, dopo aver ritenuto che "la decisione [di liquidare la sua richiesta all'autorizzazione di adottare] contestata dal richiedente era decisamente basata sull'omosessualità dichiarata di quest'ultimo"⁷⁶, la Corte ha ritenuto che la giustificazione fornita dal Governo appariva obiettiva e ragionevole e che la differenza di trattamento lamentata non era discriminatoria, ai sensi dell'Articolo 14 della Convenzione⁷⁷ e non vi erano dubbi che le decisioni di rifiutare la richiesta del richiedente all'autorizzazione perseguisse un fine legittimo, soprattutto quello di proteggere la salute ed i diritti dei bambini, che potevano essere coinvolti in una procedura di adozione⁷⁸. Più tardi, nel caso presso la Grande Camera relativo alla causa *E.B. v. Francia*, la Corte ha ritenuto che l'orientamento sessuale della richiedente fosse un fattore decisivo nella decisione delle Autorità di rifiutarle l'autorizzazione, necessaria per adottare un bambino. La Corte, citando la sua sentenza nella causa *Salgueiro da Silva Mouta* ha quindi concluso che le Autorità avevano "fatto una distinzione basata su considerazioni legate al suo orientamento sessuale, una distinzione non accettabile ai sensi della Convenzione". La Corte ha riscontrato una violazione degli Articoli 8 e 14 della Convenzione.

28. Laddove la legge nazionale consente il trattamento per la fecondazione assistita per una donna single, gli Stati membri dovrebbero cercare di garantire che l'accesso a tale trattamento possa avvenire senza discriminazioni fondate sull'orientamento sessuale.

V. Occupazione

29. Secondo la giurisprudenza della Corte, le questioni legate all'occupazione potrebbero ricadere nel campo di applicazione dell'Articolo 8 riguardante la tutela della privacy. Nella causa *Niemietz v. Germania*⁷⁹, la Corte ha affermato che "risulta, inoltre, non esservi ragione di principio di considerare che questo modo di intendere la nozione di "privacy" debba escludere attività di natura professionale o commerciale dal momento che, dopotutto, nel corso della loro vita lavorativa la maggioranza delle persone hanno opportunità significative, se non le maggiori, di sviluppare relazioni con il mondo circostante. Questa opinione è sostenuta dal fatto che [...] non è sempre possibile distinguere chiaramente quali attività di un singolo individuo formino parte della sua vita professionale e quali no". È parimenti in questa prospettiva che gli Stati dovrebbero garantire la fissazione e l'applicazione di idonee misure legislative o di altra natura, che forniscano effettiva tutela contro le discriminazioni fondate sull'orientamento sessuale o l'identità di genere nel mondo del lavoro.

Nel settore pubblico e privato, dovrebbero essere adottate misure per garantire pari condizioni occupazionali (ivi comprese l'assunzione e la promozione) a tutti e per prevenire e combattere discriminazioni e molestie fondate sull'orientamento sessuale o l'identità di genere e qualsiasi forma di vittimizzazione, compreso ad esempio:

- L'adozione di codici di condotta, che si applichino sia ai datori di lavoro sia ai dipendenti;
- Programmi di formazione e sensibilizzazione diretti a datori di lavoro e dipendenti su temi come discriminazione sul posto di lavoro e sulle conseguenze giuridiche di prassi discriminatorie, mettendo l'accento sulle procedure di assunzione e di promozione;
- La distribuzione ai dipendenti di materiale informativo, che spieghi i loro diritti, i meccanismi di denuncia ed i ricorsi effettivi;
- Sforzi di assunzione diretti a persone lesbiche, gay, bisessuali e *transgender*.

Occorrerebbe promuovere lo sviluppo di tali misure in cooperazione con gruppi o associazioni esistenti di dipendenti, riconosciute come rappresentative di persone lesbiche, gay, bisessuali e *transgender*.

In particolare, gli Stati dovrebbero adottare misure idonee per abolire leggi, normative e prassi discriminatorie fondate sull'orientamento sessuale o l'identità di genere, per quanto concerne l'accesso e l'avanzamento di carriera all'interno di alcune professioni, come le Forze armate. Per quanto riguarda

⁷⁴ Vedi Art. 3 della Convenzione Internazionale sui Diritti dell'Infanzia.

⁷⁵ Vedi Art. 3 della Convenzione Internazionale sui Diritti dell'Infanzia.

⁷⁶ *Fretté v. France*, sentenza del 26 maggio 2002, par. 37.

⁷⁷ *Ibid*, par. 43.

⁷⁸ *Ibid*, par. 38.

⁷⁹ Vedi *Niemietz v. Germania*, No. 13710/88, sentenza del 16 dicembre 1992, par. 29.

particolarmente queste ultime, dovrebbero essere ideate e attuate misure per fornire tutela contro le interferenze basate sull'orientamento sessuale o l'identità di genere nella vita quotidiana dei membri delle Forze armate (per es. indagini, avvertimenti, molestie, bullismo, riti crudeli di iniziazione, umiliazioni ed altre forme di maltrattamento), secondo la giurisprudenza della Corte⁸⁰. Dovrebbero essere adottati codici di condotta e programmi di formazione, volti a combattere la discriminazione fondata sull'orientamento sessuale o l'identità di genere nelle Forze armate, per promuovere tolleranza e rispetto della dignità umana di ogni individuo.

⁸⁰ Vedi *Smith and Grady v. il Regno Unito* e *Lustig-Prean and Beckett v Regno Unito*, sentenze del 27 dicembre 1999. La questione della discriminazione contro le persone lesbiche, gay, bisessuali e transgender nelle forze armate viene evocata anche in un progetto di raccomandazione del Comitato dei Ministri sui diritti dell'uomo dei membri delle forze armate.

Quanto indicato sopra deve essere inteso, fatta salva la possibilità che una differenza di trattamento basata su una caratteristica legata al sesso non deve costituire discriminazione, laddove per la natura di particolari attività occupazionali interessate o del contesto in cui vengono svolte, tale caratteristica costituisce un requisito occupazionale genuino e determinante, a patto che il suo obiettivo sia legittimo ed il requisito proporzionato. Il principio di non discriminazione non sarà violato se la distinzione tra individui in situazioni analoghe ha un'obiettivo e ragionevole giustificazione perseguendo uno scopo legittimo ed impiegando mezzi ragionevolmente proporzionati allo scopo da realizzare⁸¹.

30. La discriminazione nel mondo del lavoro costituisce una preoccupazione particolare per le persone *transgender* che sono fortemente colpite da disoccupazione ed esclusione sociale. Il numero di persone *transgender* licenziate, in particolare durante una procedura di ri-attribuzione del genere, che lasciano il lavoro per evitare qualsiasi forma di molestia o che decidono di non cambiare sesso per le stesse ragioni, è parimenti molto alto.⁸²

Gli Stati membri dovrebbero, pertanto, garantire che le misure ideate per combattere la discriminazione nel mondo del lavoro si applichino anche alle questioni legate all'identità di genere, cercare di evitare una divulgazione inutile di informazioni sul genere o sul nome precedente di una persona *transgender* sia nelle procedure di assunzione, sia nel corso della vita professionale⁸³, e sviluppare programmi riguardanti specificatamente le opportunità di impiego per persone *transgender*.

VI. Istruzione

31. Il diritto all'istruzione è enunciato nell'Articolo 2 del Protocollo della Convenzione. La salute e lo sviluppo dei giovani sono fortemente influenzati dall'ambiente in cui vivono e la scuola svolge un ruolo cruciale in questo, tanto più che la discriminazione fondata sull'orientamento sessuale o l'identità di genere tra i giovani è un fattore che contribuisce all'isolamento, all'insuccesso scolastico ed al disagio e può persino portare a tentativi di suicidio. Il diritto dei bambini a non essere discriminati nel godimento dei loro diritti è espresso ugualmente nell'Articolo 2 della Convenzione sui Diritti dell'Infanzia; e l'Articolo 29, comma 1, della stessa Convenzione stabilisce che l'educazione dovrebbe essere diretta allo "sviluppo della personalità, delle doti e delle capacità mentali e fisiche del bambino al loro pieno potenziale". Il Comitato delle Nazioni Unite sui Diritti dell'Infanzia nota a tal proposito che l'orientamento sessuale è un motivo proibito di discriminazione e che molti giovani lesbiche, gay, bisessuali e *transgender* non hanno accesso all'informazione, al sostegno e alla necessaria tutela idonei per consentir loro di vivere il loro orientamento sessuale e che la promozione dei loro diritti umani deve consentire agli adolescenti di godere dei più alti livelli di salute, di svilupparsi in modo equilibrato e di essere adeguatamente preparati ad entrare nell'età adulta e ad assumere un ruolo costruttivo nelle loro comunità e nella società in senso lato.⁸⁴

Gli Stati dovrebbero pertanto salvaguardare il diritto dei fanciulli e dei giovani all'istruzione in un ambiente sicuro, libero dalla violenza, dal bullismo, dall'esclusione sociale o da altre forme di trattamenti discriminatori e degradanti, legati all'orientamento sessuale o all'identità di genere. Dovrebbero anche adottare delle misure appropriate per garantire che presidi e personale docente siano in grado di individuare, analizzare, rispondere e combattere efficacemente ogni forma di discriminazione, fondata sull'orientamento sessuale o l'identità di genere a scuola e che la disciplina sia applicata negli Istituti in modo compatibile con la dignità umana, senza tali discriminazioni. Gli allievi lesbiche, gay, bisessuali e *transgender*, vittime di esclusione o violenze non dovrebbero essere emarginati o isolati per ragioni di protezione: occorre determinare e rispettare il loro miglior interesse partecipativo mentre le misure per rimediare a tali situazioni dovrebbero essere dirette contro coloro che le perpetrano.

32. La mancata soluzione del problema dell'orientamento sessuale o dell'identità di genere potrebbe avere conseguenze dannose per l'auto-stima di persone lesbiche, gay, bisessuali e *transgender*. Gli Stati dovrebbero quindi risolvere il problema dell'orientamento sessuale e dell'identità di genere in modo rispettoso ed obiettivo nei programmi scolastici o nelle lezioni di educazione sessuale e sanitaria, per esempio, e stabilire programmi di formazione iniziale e interna o sostenere e guidare gli insegnanti e altro personale educativo, a risolvere tali problemi, in particolare nella prospettiva della lotta contro la

⁸¹ Vedi anche la Raccomandazione CM/Rec(2010)4 del Comitato dei Ministri sui diritti dell'uomo di membri delle forze armate (adottato il 24 febbraio 2010 alla 1077° riunione dei Delegati dei Ministri).

⁸² L'occupazione è cruciale anche per accedere ad alcuni trattamenti di ri-attribuzione del genere in quanto può fornire una copertura di assicurazione sanitaria.

⁸³ Secondo il rapporto della FRA (Parte I, p 155), anche dopo che una ri-attribuzione del genere sia stata ufficialmente riconosciuta, possono essere ancora raccolte informazioni sul passato delle persone interessate, in particolare nel contesto delle candidature ad un posto di lavoro tramite accesso ad alcuni schedari. La CEG, nella causa *P. v S. and Cornwall City Council* (C-13/94), ha condannato il licenziamento di una persona per una ragione legata ad una ri-attribuzione del genere in quanto costituiva una discriminazione fondata sul sesso.

⁸⁴ Il Comitato sui Diritti dell'Infanzia, Commento Generale No 4 (2003) : "La salute e lo sviluppo dell'adolescente nel contesto della Convenzione sui Diritti dell'Infanzia", 1 luglio 2003.

discriminazione. Il Comitato Europeo dei Diritti Sociali ha recentemente affermato che nell'approvare ufficialmente o consentire l'uso di testi contenenti dichiarazioni anti-omosessuali uno Stato viene meno all'obbligo positivo di garantire l'esercizio effettivo del diritto alla tutela della salute, tramite un'educazione sessuale e della riproduzione non discriminatoria che "si estende per garantire che il materiale educativo non rafforzi stereotipi avvilenti e non perpetui forme di pregiudizi che contribuiscono all'esclusione sociale, ad una discriminazione radicata e ad una negazione della dignità umana spesso riscontrata da gruppi storicamente emarginati come persone di orientamento non-eterosessuale".⁸⁵

Gli Stati dovrebbero inoltre incoraggiare l'accesso degli studenti all'informazione sull'orientamento sessuale e l'identità di genere e l'adozione di codici di condotta contro atteggiamenti omofobici o transfobici o qualsiasi altro trattamento discriminatorio diretto o indiretto, produrre e distribuire manuali per il personale docente e incoraggiare campagne scolastiche ed eventi culturali contro l'omofobia e la transfobia, con la partecipazione dei protagonisti pertinenti di tali campi – compresi, laddove appropriato, rappresentanti di organizzazioni lesbiche, gay, bisessuali e *transgender* - allo scopo di sensibilizzare il personale docente, gli alunni, gli studenti ed i genitori sui temi della discriminazione fondata sull'orientamento sessuale o l'identità di genere.

I metodi educativi, i programmi e le risorse dovrebbero servire a migliorare la comprensione ed il rispetto, tra l'altro, dei vari individui, a prescindere dall'orientamento sessuale o l'identità di genere, compresi i bisogni particolari degli allievi e dei loro genitori e familiari. Per esempio, gli Stati dovrebbero adottare misure per soddisfare adeguatamente i bisogni speciali di allievi *transgender* nella loro vita scolastica (per es. facilitando la modifica del nome o del genere nei documenti scolastici).

Tutte le misure dovrebbero prendere in considerazione i diritti dei genitori all'educazione dei loro figli, come il diritto a garantire istruzione e insegnamento, in conformità con le loro convinzioni religiose e filosofiche, come indicato all'Articolo 2 del Protocollo 1 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà Fondamentali.

VII. Salute

33. Il diritto internazionale dei diritti dell'uomo afferma che ognuno ha il diritto ad un livello di vita adeguato per garantire la propria salute ed il proprio benessere e quelli della sua famiglia, ivi compresi l'assistenza medica ed i servizi sociali necessari, e che lo Stato riconosce il diritto di ognuno a godere del massimo livello di salute fisica e mentale⁸⁶. La Raccomandazione Rec(2006)18 del Comitato dei Ministri agli Stati membri sui servizi sanitari in una società multiculturale, adottata l'8 novembre 2006, raccomanda che gli Stati adattino i loro servizi sanitari ai bisogni delle società multiculturali, sviluppando tra l'altro una "competenza culturale" per i professionisti della salute, che potrebbe essere definita come la capacità di offrire servizi sanitari efficaci rispettando dovutamente, tra l'altro, l'orientamento sessuale del paziente.

Il rapporto della FRA indica che molte persone lesbiche, gay, bisessuali e *transgender* sono vittime di discriminazione nel settore sanitario: per esempio, di vedersi proporre di seguire un trattamento psichiatrico ed il fatto che l'omosessualità maschile sia ancora associata all'HIV ed addirittura alla pedofilia⁸⁷. Pertanto, molte persone lesbiche, gay, bisessuali e *transgender* non svelano il loro orientamento sessuale al loro medico generico e rinunciano a farsi curare, per paura di essere vittime di discriminazione o intolleranza, il che potrebbe portare non solo a problemi fisici ma anche mentali⁸⁸, come problemi alimentari, abuso di droghe o alcool, depressione, suicidio e tentativi di suicidio⁸⁹.

Gli Stati dovrebbero quindi adottare misure idonee a garantire che tutti abbiano accesso a Istituti, beni e servizi sanitari e che tutti abbiano accesso alle proprie cartelle cliniche, senza discriminazioni fondate sull'orientamento sessuale o l'identità di genere.

Gli Stati dovrebbero attuare politiche e programmi di istruzione e di formazione idonei per permettere a chi lavora nel settore sanitario di fornire il massimo livello di assistenza sanitaria a tutti, nel pieno rispetto dell'orientamento sessuale e dell'identità di genere di ogni persona. Ciò comprende, per esempio:

⁸⁵ Vedi: *International Centre for the Legal Protection of Human Rights (INTERIGHTS) v. Croazia* – Carta Sociale Europea, Richiesta No. 45/2007, decisione del 30 marzo 2009, par. 60-61.

⁸⁶ Articolo 25 della Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo e Articolo 12 del Patto Internazionale sui diritti economici, sociali e culturali.

⁸⁷ Rapporto FRA, Parte II, p. 78

⁸⁸ Rispetto al rifiuto di svelare ai medici generici l'orientamento sessuale per paura di discriminazione, si possono osservare marcate tendenze a problemi psicologici, suicidio e tentativi di suicidio tra le persone lesbiche, gay, bisessuali e transgender, e in particolare tra le persone più giovani lesbiche, gay, bisessuali e transgender.

⁸⁹ Vedi anche la Risoluzione 1608(2008) dell'Assemblea Parlamentare sui suicidi dei bambini e degli adolescenti in Europa: un problema serio di salute pubblica, in particolare par. 9 e 10.

- incoraggiare studi e ricerche sulla salute delle persone lesbiche, gay, bisessuali e *transgender*, per identificare e soddisfare i loro bisogni specifici;
- prendere in considerazione i bisogni speciali delle persone lesbiche, gay, bisessuali e *transgender* nell'ideare piani di salute nazionale, sondaggi sanitari, programmi di formazione medica nonché corsi e materiali di formazione e nel monitorare e valutare la qualità dei servizi di assistenza sanitaria;
- garantire che i programmi ed i servizi di educazione, prevenzione, assistenza e trattamento nella sfera della salute sessuale e riproduttiva rispettino i vari orientamenti sessuali e l'identità di genere e siano parimenti disponibili per tutti;
- incoraggiare i professionisti della salute e gli operatori sociali a creare un ambiente rassicurante e aperto alle persone lesbiche, gay, bisessuali e *transgender* giovani, per esempio conducendo campagne di informazione e di comunicazione.

Quando si pone il problema di chi ha accesso ad una persona ricoverata e alle informazioni che la riguardano, ed il problema delle decisioni mediche nei casi di emergenza, gli Stati dovrebbero riconoscere come "il parente più vicino" una persona identificata come tale dal/la paziente stesso/a. In ogni caso, le norme nazionali su problemi riguardanti il "parente più vicino" dovrebbero essere applicate senza discriminazioni fondate sull'orientamento sessuale o l'identità di genere.

34. L'Organizzazione Mondiale della Sanità (OMS) ha chiarito che l'omosessualità non deve essere considerata una malattia, abolendo il concetto dalla sua Classifica Statistica Internazionale delle Malattie e Relativi Problemi Sanitari del 1990 e declassandola dalla lista delle malattie nel suo Congresso del 1992, per tutti gli Stati firmatari della Carta OMS. Di conseguenza, gli Stati dovrebbero adottare le misure necessarie per eliminare esplicitamente l'omosessualità dalle loro classifiche nazionali delle malattie. Dovrebbero anche garantire che nessuno sia costretto a sottoporsi ad una qualsiasi forma di trattamento, protocollo o test medico o psicologico, o confinato in un Istituto medico, a causa del suo orientamento sessuale o identità di genere.

35-36. La giurisprudenza della Corte considera il diritto all'auto-determinazione sessuale come uno degli aspetti del diritto al rispetto della propria vita privata, garantito dall'Articolo 8 della Convenzione, e chiede agli Stati firmatari di fornire la possibilità di sottoporsi a chirurgia per la piena ri-attribuzione del genere, ma anche che i piani assicurativi coprano il trattamento "necessario dal punto di vista medico" in generale, di cui la ri-attribuzione del genere potrebbe far parte⁹⁰. Laddove la legislazione prevede che i sistemi assicurativi sociali pubblici o privati coprano i costi necessari di assistenza sanitaria, tale copertura dovrebbe essere garantita in modo ragionevole, non arbitrario e non discriminatorio⁹¹, prendendo in considerazione anche la disponibilità di risorse.

Per quanto riguarda le condizioni che governano le procedure di ri-attribuzione del genere, la legge internazionale sui diritti umani afferma che nessuno può essere soggetto a trattamento o esperimento medico senza il suo consenso⁹². I trattamenti ormonali o chirurgici come precondizioni per il riconoscimento giuridico di un cambiamento di genere (vedi §19 sopra) dovrebbero quindi limitarsi a quelli strettamente necessari e con il consenso del diretto interessato. Analogamente, dovrebbero essere abbandonate le terapie per costringere persone transgender ad accettare il loro genere natale e gli Stati dovrebbero adottare idonee misure per garantire che nessun bambino veda il proprio corpo cambiato irreversibilmente da prassi mediche volte ad imporre un'identità di genere senza il suo pieno, libero e informato consenso, in conformità con la sua età e maturità, a meno che tali interferenze mediche siano necessarie per altre ragioni di salute.

VIII. Alloggio

37. Gli Stati dovrebbero adottare misure idonee per garantire in modo non discriminatorio la sicurezza del godimento e l'accesso ad alloggi a buon prezzo, abitabili, accessibili, culturalmente appropriati e sicuri, compresi rifugi e altri alloggi di emergenza, a persone lesbiche, gay, bisessuali e *transgender*⁹³.

In conformità con questo principio, occorre adottare delle misure per evitare ad esempio, il rifiuto di vendere o affittare un alloggio ad una persona, o dare assistenza finanziaria ad una persona per l'acquisto di un'abitazione, o di riconoscere i diritti del partner di un inquilino, per via del suo orientamento sessuale o identità di genere. Nella causa *Karner v. Austria*⁹⁴, la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo ha sostenuto in

⁹⁰ *Van Kück v Germania*, no 35968/07, sentenza del 12 giugno 2003, par. 73 a 86.

⁹¹ Vedi *L v Lituania*, sentenza dell'11 settembre 2007, §59, e *Schlumpf v Svizzera*, no 29002/06, sentenza dell'8 gennaio 2009, §115.

⁹² Vedi in collegamento il Commento Generale No 14 del Comitato sui Diritti economici, sociali e culturali, §8, e la Convenzione di Oviedo sui Diritti dell'Uomo e la Biomedicina del 4 aprile 1997, CETS No 164, Capitolo II.

⁹³ Commento Generale No 4 del Comitato sui Diritti economici, sociali e culturali in riferimento all'Articolo 11 dell'ICESCR, documento E/1992/23. Vedi anche *Karner v. Austria*, op.cit., rispetto all'Articolo 8 della Convenzione Europea. La proposta di una Direttiva Europea che attui il principio del pari trattamento tra persone a prescindere dalla religione o credo, disabilità, età o orientamento sessuale prevede esplicitamente una tutela per le persone lesbiche, gay, bisessuali e transgender contro la discriminazione nell'accesso a beni e servizi, compreso l'alloggio.

⁹⁴ *Karner v. Austria*, op cit, par. 37-42.

merito che il rifiuto di consentire al partner dello stesso sesso non sposato che gli sopravvive di succedere al suo convivente, quando questa possibilità esiste per partner eterosessuali non sposati, costituisce un trattamento discriminatorio fondato sull'orientamento sessuale nell'esercizio del diritto al rispetto al domicilio, in violazione degli Articoli 8 e 14 della Convenzione. Potrebbe a tal riguardo essere messo a disposizione materiale informativo per i proprietari e gli inquilini al fine di identificare ed evitare discriminazioni nel campo degli alloggi.

Ricorsi giuridici efficaci o altri mezzi idonei dovrebbero essere messi a disposizione di coloro che rivendicano di essere vittime di discriminazioni fondate sull'orientamento sessuale o l'identità di genere per quanto concerne il loro diritto di accesso all'alloggio.

38. Molte persone lesbiche, gay, bisessuali e *transgender*, in particolare giovani, sono respinte dalle loro stesse famiglie e possono ritrovarsi senza fissa dimora. Gli Stati dovrebbero quindi stabilire programmi sociali, compresi programmi di sostegno, per affrontare fattori legati all'orientamento sessuale e all'identità di genere che aumentano la vulnerabilità a rimanere senza fissa dimora, specialmente per bambini e giovani⁹⁵ e promuovere piani di sostegno e sicurezza dei quartieri. Gli Stati dovrebbero anche fornire programmi di formazione e sensibilizzazione per garantire che le agenzie pertinenti siano consapevoli e sensibili ai bisogni di coloro che si trovano senza fissa dimora o socialmente svantaggiati per via del loro orientamento sessuale o identità di genere, in particolare persone lesbiche, gay, bisessuali e *transgender* giovani.

IX. Sports

39-41. Lo sport può svolgere un ruolo chiave nell'integrazione sociale e nella promozione della tolleranza e del rispetto per la diversità nella società. Le persone lesbiche, gay, bisessuali e *transgender* sono spesso svantaggiate quando si tratta di partecipare ad attività sportive sia in organizzazioni sportive ordinarie sia nell'ambito scolastico. L'omofobia, la transfobia e la discriminazione fondate sull'orientamento sessuale o l'identità di genere nello sport, sia tra i partecipanti, sia nel loro rapporto con gli spettatori, sono inaccettabili, come il razzismo e altre forme di discriminazione, e dovrebbero essere combattute.

Gli Stati membri dovrebbero quindi adottare misure adeguate per attuare le raccomandazioni ed i principi relativi allo sport adottati dagli organi del Consiglio d'Europa riguardo all'orientamento sessuale e l'identità di genere, che includono o meno tali riferimenti specifici. Gli stati dovrebbero considerare la Raccomandazione 1635(2003) del 25 Novembre 2003 della APCE su persone lesbiche e gay nello sport, che invita gli stati ad "includere omofobia e linguaggio abusivo diretto a lesbiche e gay tra i motivi di accusa di discriminazione e molestie a causa dell'orientamento sessuale; considerare reati penali gli slogan omofobici nel corso o in prossimità di eventi sportivi, come avviene attualmente con gli slogan razzisti in molti stati membri; coinvolgere le ONG della comunità gay e lesbica nelle loro campagne sportive e in tutte le fasi necessarie ad instaurare un clima di fiducia". Dovrebbero analogamente attuare le disposizioni pertinenti della Convenzione Europea sulla Violenza ed i Disordini degli Spettatori durante le manifestazioni sportive e in particolare le partite di calcio, la Carta Europea degli Sport e la Raccomandazione n° 12 di Politica Generale dell'ECRI⁹⁶ adattandole per coprire anche la discriminazione nei confronti di atleti o spettatori fondata sul loro orientamento sessuale o identità di genere.

Le attività e le infrastrutture sportive dovrebbero essere aperte a tutti, senza discriminazioni di nessun tipo, compreso l'orientamento sessuale e l'identità di genere. A tal riguardo, gli stati dovrebbero incoraggiare la stesura e la divulgazione di codici di condotta su questioni relative allo sport e l'orientamento sessuale o l'identità di genere rivolti alle organizzazioni e squadre sportive. Dovrebbero anche incoraggiare le partnership tra associazioni che rappresentano persone lesbiche, gay, bisessuali e *transgender* e le squadre sportive, le campagne anti discriminazione nel mondo dello sport, e sostenere le squadre sportive formate da persone lesbiche, gay, bisessuali e *transgender*. Per quanto riguarda in particolare le persone *transgender*, gli Stati dovrebbero adottare misure idonee per mettere fine alla loro esclusione da attività o gare sportive⁹⁷, eliminare gli ostacoli riscontrati da persone transgender nel praticare uno sport e riconoscere il loro genere preferito, particolarmente per quanto riguarda l'accesso agli spogliatoi, nell'interesse di una competizione equa.

X. Diritto a presentare una domanda di asilo

⁹⁵ Come esclusione sociale, violenza domestica o altre forme di violenza, discriminazione, mancanza di indipendenza finanziaria e rifiuto da parte delle famiglie o comunità culturali.

⁹⁶ La Convenzione Europea sulla Violenza ed i Disordini degli Spettatori durante le manifestazioni sportive e, in particolare, le partite di calcio, CETS No 120, del 19 agosto 1985. Carta Europea dello Sport, Raccomandazione No R(92)13 Rev. del Comitato dei Ministri, adottata il 24 settembre 1992. La Raccomandazione No 12 di Politica Generale dell'ECRI sulla lotta contro il razzismo e la discriminazione razziale nello sport (adottata dall'ECRI il 19 dicembre 2008).

⁹⁷ In linea con la Dichiarazione di Stoccolma, adottata dal Comitato Olimpico Internazionale nel maggio 2004, che specifica le condizioni secondo cui una persona può competere in un evento sportivo in un sesso diverso da quello di nascita.

42. Nella sua Raccomandazione 1470(2000)⁹⁸ l'Assemblea Parlamentare ha criticato il fatto che la maggioranza degli Stati membri del Consiglio d'Europa non abbia riconosciuto la persecuzione fondata sull'orientamento sessuale, quale valido motivo per concedere asilo. È stato notato anche che gli omosessuali che hanno fondate paure di persecuzione a causa della loro preferenza sessuale sono considerati rifugiati, secondo l'Articolo 1.A.2. della Convenzione sullo Status dei Rifugiati del 1951, in quanto membri di un "particolare gruppo sociale" e di conseguenza dovrebbero godere dello status di rifugiati. La Raccomandazione Rec(2004)9 del Comitato dei Ministri, del 30 giugno 2004, ha fornito una definizione del concetto di "particolare gruppo sociale" ed ha stabilito i principi per determinare se una persona è perseguitata a causa dell'appartenenza ad un particolare gruppo sociale⁹⁹. Nei casi in cui gli Stati membri abbiano obblighi internazionali a tal riguardo, dovrebbero riconoscere che una paura ben fondata di persecuzione basata sull'orientamento sessuale o l'identità di genere potrebbero essere un motivo valido per concedere lo status di rifugiato e quindi il diritto di asilo, secondo la legislazione nazionale. Tuttavia, l'interpretazione del concetto di appartenenza ad un particolare gruppo sociale secondo la Convenzione del 1951 non dovrebbe imporre agli Stati, obblighi a cui non hanno aderito.

Per quanto riguarda la procedura per esaminare una domanda di asilo, occorrerebbe fornire una formazione su problemi specifici riscontrati da rifugiati o richiedenti asilo lesbiche, gay, bisessuali e *transgender* al personale responsabile del trattamento di tali domande. Una domanda di asilo non dovrebbe essere rifiutata, adducendo a motivo che il richiedente può sfuggire alla persecuzione nel Paese di origine, tenendo segreto il suo orientamento sessuale o l'identità di genere.

43. La tutela del diritto alla vita e la proibizione della tortura includono per gli Stati membri l'obbligo di non espellere una persona verso uno Stato in cui può essere soggetta a trattamenti contrari agli Articoli 2 e 3 della Convenzione¹⁰⁰. Secondo l'Articolo 33 della Convenzione sullo Status dei Rifugiati, del 1951 "Nessuno Stato firmatario deve espellere o respingere in nessun modo un rifugiato alle frontiere dei territori in cui la sua vita o libertà fossero minacciate per la sua [...] appartenenza ad un particolare gruppo sociale". Se sussiste il rischio che una persona sia soggetta all'applicazione della pena di morte, alla tortura, a trattamento o punizione inumana o degradante, per motivi di orientamento sessuale o identità di genere nel suo Paese di origine, gli Stati membri devono evitare di respingere tale persona e al contrario concederle la tutela che reclama. Laddove i rapporti tra persone dello stesso sesso sono illegali in una società particolare, l'imposizione di severe sanzioni penali, che rappresentano il rischio sottolineato sopra potrebbe essere considerato parimenti come un valido motivo per non inviare una persona in quel Paese.

44. Conformemente al loro obbligo positivo di proteggere tutte le persone private della loro libertà (vedi §4 sopra) ed, in particolare, coloro che sono particolarmente vulnerabili, gli Stati dovrebbero adottare le misure necessarie per proteggere i rifugiati o i richiedenti asilo lesbiche, gay, bisessuali e *transgender* da tali abusi, quali brutalità, umiliazioni, aggressioni sessuali, stupro e altre forme di vessazioni, e fornire mezzi di ricorso efficaci nel caso tali eventi dovessero accadere.

Gli Stati dovrebbero fornire ai richiedenti asilo e rifugiati lesbiche, gay, bisessuali e *transgender*, aiuto e informazioni adeguati sui loro diritti, in particolare per quanto attiene al loro orientamento sessuale o identità di genere, in una lingua che capiscono. Il personale dei Centri amministrativi di detenzione, la polizia o il personale medico e le organizzazioni di volontariato, autorizzate ad accedervi, dovrebbero ricevere una formazione adeguata ed informazioni su temi riguardanti l'orientamento sessuale e l'identità di genere.

XI. Strutture nazionali per la protezione dei diritti umani

45. Le strutture nazionali per la protezione dei diritti umani, che possono includere, senza limitarsene, organizzazioni di promozione della parità e mediatori, dovrebbero avere un mandato quanto più ampio

⁹⁸ Raccomandazione 1470 (2000), adottata il 30 giugno 2000, sulla situazione di gay e lesbiche ed i loro partner rispetto all'asilo e l'immigrazione negli stati membri del Consiglio d'Europa.

⁹⁹ Raccomandazione Rec(2004)9, adottata il 30 giugno 2004, sul concetto di "appartenenza ad un particolare gruppo sociale" (APGS) nel contesto della Convenzione del 1951 relativa allo statuto dei rifugiati. Considera che "un particolare gruppo sociale" è un gruppo di persone che hanno, o a cui viene attribuita, una caratteristica comune diversa dal rischio di essere perseguitate e che vengono percepite come un gruppo dalla società o identificate come tale dallo stato o dai persecutori. L'azione persecutoria nei confronti di un gruppo può tuttavia essere un fattore pertinente per determinare la visibilità di un gruppo in una società particolare". Prevede inoltre che "il concetto di APGS deve essere interpretato in modo ampio e aperto alla luce dell'oggetto e dello scopo della Convenzione del 1951. Tuttavia, l'interpretazione del concetto di APGS non deve estendere la portata della Convenzione per imporre agli stati obblighi a cui non hanno aderito" e che "la semplice appartenenza ad un particolare gruppo sociale, come descritto sopra, non sarà sufficiente a stabilire la fondatezza di una domanda di riconoscimento dello statuto di rifugiato. Ogni domanda di asilo deve essere considerata singolarmente tenendo conto del nesso tra APGS ed il rischio esistente di persecuzione. Inoltre, devono essere prese in considerazione le circostanze fattive esistenti nel paese di origine. Tuttavia, possono sussistere circostanze speciali in singoli casi particolari in cui la semplice appartenenza può costituire un motivo sufficiente per temere una persecuzione".

¹⁰⁰ *Soering v. il Regno Unito*, sentenza del 7 giugno 1989. La Corte ha già applicato l'Art. 39 del Regolamento della Corte rispetto alla deportazione di persone supponendo un rischio di trattamento contrario agli Articoli 2 e/o 3 della Convenzione a causa del loro orientamento sessuale se sono rinvii nel loro paese di origine (nel caso di deportazioni in Afghanistan, Pakistan o Iran, ad esempio). Questi casi non sono stati ancora giudicati sul merito.

possibile, per affrontare i problemi della discriminazione fondata sull'orientamento sessuale o l'identità di genere, compresa la discriminazione multipla, prendendo in considerazione i "Principi di Parigi" relativi allo status giuridico ed al funzionamento delle Istituzioni nazionali per la tutela e la promozione dei diritti dell'uomo.¹⁰¹

XII. Discriminazione multipla

46. Gli esseri umani non sono definiti da un unico criterio come il loro genere, il colore della pelle, la lingua, l'origine nazionale, etnica o sociale, la religione, l'età o l'orientamento sessuale, ma sono esseri con varie identità, in cui i vari criteri interagiscono tra di loro. Si può dire che vi è discriminazione multipla, quando una persona soffre di discriminazione per il suo collegamento ad almeno due diversi motivi protetti di discriminazione o per la specifica combinazione di almeno due di tali motivi. Quest'ultima situazione viene spesso ad indicare una "discriminazione per intersezione". Un esempio ne è quando una donna lesbica è trattata in modo meno favorevole rispetto ad una donna eterosessuale, ma anche meno favorevolmente di un uomo gay.¹⁰²

L'orientamento sessuale e l'identità di genere sono fattori che, in combinazione con uno o più altri, come razza o sesso, aumenteranno la vulnerabilità della persona interessata. Gli Stati dovrebbero quindi essere consapevoli della realtà dei fenomeni di discriminazione multipla o per intersezione ed essere spinti ad adottare misure adeguate per fornire un'efficace protezione contro questo fenomeno.

Potrebbero ad esempio, cercare di sviluppare strumenti statistici per tener conto delle esperienze di discriminazione multipla o per intersezione, pur rispettando i principi fondamentali relativi al diritto alla privacy. Inoltre, le disposizioni giuridiche che proibiscono la discriminazione dovrebbero essere considerate in casi di discriminazione multipla o per intersezione; e le strutture nazionali dei diritti dell'uomo, compresi gli organi di promozione della parità e mediatori, dovrebbero avere un mandato quanto più ampio possibile, per affrontare i problemi di discriminazione fondata su vari motivi, compresi in particolare l'orientamento sessuale e l'identità di genere.

¹⁰¹ Principi relativi allo statuto e funzionamento delle istituzioni nazionali per la protezione e promozione dei diritti dell'uomo, noti come i "Principi di Parigi" stabiliti dalla risoluzione 48/134 dell'Assemblea Generale delle Nazioni Unite del 20 dicembre 1993 (A/RES/48/134).

¹⁰² Istituto danese per i Diritti dell'Uomo: "Tackling multiple discrimination – Practices, policies and laws", rapporto commissionato dalla Commissione Europea, settembre 2007. Alla Conferenza mondiale contro il razzismo, la discriminazione razziale, la xenophobia e le diverse forme di intolleranza, Durban, 2001, l'Assemblea Generale delle Nazioni Unite ha riconosciuto il fenomeno della discriminazione multipla (Rapporto, dichiarazione No. 2, documento A/CONF.189/12, p. 5).