

Discriminazione dei conviventi more uxorio dello stesso sesso

Brevi riflessioni a margine della sentenza 15 dicembre 2009 del Tribunale di Milano

di Elena Falletti

Ricercatore di diritto privato comparato dell'Università Carlo Cattaneo - LIUC di Castellanza (VA)

Sommario: 1. I fatti oggetto di causa. 2. La definizione di coppia convivente more uxorio. 3. Il genere della convivenza more uxorio e il principio di non discriminazione.

1. I fatti oggetto di causa.

La sentenza emanata il 15 dicembre 2009 dalla Sezione Lavoro del Tribunale di Milano concerne un caso di equiparazione delle coppie conviventi more uxorio omosessuali a quelle eterosessuali. I fatti di causa possono essere riassunti come segue: il Sig. Tizio è stato assunto presso la Banca Alfa dal 1 luglio 1999 con regolare contratto di lavoro. Tale contratto prevede che il dipendente fruisca, dietro un contributo trattenuto dalla busta paga, dell'assistenza della Cassa Mutua Nazionale per il personale della banca. Lo statuto della Cassa, all'art. 4, a sua volta prevede che abbiano diritto alle medesime prestazioni i *"Destinatari, i loro famigliari fiscalmente a carico e il convivente more uxorio, risultante dallo stato di famiglia, e con il reddito non superiore a quello previsto per essere considerato familiare fiscalmente a carico"*. Qualche tempo dopo, nel 2007, la Cassa Mutua emanò nuove istruzioni operative che disciplinavano le modalità di iscrizione. Queste prevedono che *"il neo assunto (possa) richiedere l'iscrizione del coniuge non fiscalmente a carico e di altri famigliari entro il primo grado, purchè conviventi non fiscalmente a carico e del convivente more uxorio con reddito lordo"*. Rispetto alla disciplina anteriore il riferimento alla convivenza more uxorio è generico e senza ulteriori requisiti. In data 27 novembre 2007 il Sig. Tizio richiese l'iscrizione quale beneficiario delle prestazioni della Cassa Mutua del proprio convivente, il Sig. Caio, e il 27 dicembre 2007 il Sig. Tizio versò la quota contributiva di 252,00 € con valuta a partire dal 1 gennaio 2008. Nonostante la tempestiva domanda e il corretto versamento del premio, la Cassa Mutua rifiutò iscrizione e pagamento motivando che il rigetto dell'istanza era ascrivibile al fatto per il quale la norma delle istruzioni operative faceva esplicito riferimento al matrimonio, istituto al momento non accessibile per le coppie formate da persone dello stesso sesso. Va infatti osservato come l'istituto previdenziale non avesse nemmeno preso in considerazione l'ipotesi di una convivenza tra persone del medesimo sesso. Il Sig. Tizio quindi agiva in giudizio per vedere riconosciute le sue richieste, accolte dal giudice di primo grado.

2. La definizione di coppia convivente more uxorio

Il giudice milanese ha deciso la causa applicando i canoni dell'ermeneutica negoziale oggettiva previsti dall'art. 1369 c.c., la quale si riferisce ad espressioni polisemiche, che devono "nel dubbio, essere intese nel senso più conveniente alla natura e all'oggetto del contratto". A questo punto occorre verificare cosa si debba intendere per "convivenza more uxorio". Secondo l'interpretazione del giudice milanese: *"l'espressione convivente more uxorio" (può) essere intesa come matrimonio non formalizzato, o come unione non formalizzata"*.

Rispetto al passato, anche remoto, le unioni omosessuali rivendicano una considerazione giuridica superiore nei confronti del concubinato, con l'aspirazione al trattamento eguale tanto nella situazione di convivenza quanto nel matrimonio. Tale consapevolezza si è accresciuta quando le dichiarazioni programmatiche relative al rispetto della riservatezza, al diritto di autodeterminazione e al principio di non discriminazione contenute nelle Dichiarazioni e nelle Carte dei diritti fondamentali sono state rivendicate, sia politicamente, sia giudizialmente dalle persone di

orientamento omosessuale nell'ambito del matrimonio e delle relazioni familiari. Si può osservare come il tenore delle dichiarazioni dei diritti spesso distingue il diritto al matrimonio da quello di formare una famiglia. Infatti, l'art. 16 della Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo, proclamata a New York il 10 dicembre 1948, afferma: *"Uomini e donne in età adatta hanno il diritto di sposarsi e di fondare una famiglia, senza alcuna limitazione di razza, cittadinanza o religione. Essi hanno eguali diritti riguardo al matrimonio, durante il matrimonio e all'atto del suo scioglimento"*; del pari l'art. 12 della Convenzione europea per la salvaguardia dell'uomo e delle libertà fondamentali stabilisce: *"Uomini e donne, in età matrimoniale, hanno il diritto di sposarsi e di fondare una famiglia secondo le leggi nazionali che regolano l'esercizio di tale diritto"*. Anche l'art. 9 della Carta europea dei diritti fondamentali statuisce che *"Il diritto di sposarsi e il diritto di costituire una famiglia sono garantiti secondo leggi nazionali che ne disciplinano l'esercizio"*.

Anche se entrambe le Carte europee dei diritti rinviano alla normativa nazionale la disciplina concreta dell'esercizio di tali diritti, tuttavia non si può prescindere dagli effetti sia del processo comunitario di armonizzazione del diritto di famiglia in corso¹, sia dagli effetti combinati della maggiore mobilità dei cittadini nell'Unione e dalla celebrazione di *same sex marriage* o *Lebenspartnerschaften* stipulate altrove². Istanze in questo senso sono già state presentate, anche se senza successo, invocando le regole di diritto internazionale privato.

Neppure è possibile prescindere dal riconoscimento di diritti minimi risultanti dalle tradizioni giuridiche e giurisprudenziali europee, come previsto nella Carta di Nizza. Tra queste va senz'altro ricordata la giurisprudenza della Corte dei diritti umani di Strasburgo, la quale ritiene stabilmente che il diritto di fondare una famiglia vada esteso anche alle famiglie di fatto, come la tutela della vita familiare, in quanto risulterebbe "difficile immaginare"³ che il diritto di fondare una famiglia non possa comprendere il diritto di vivere insieme⁴. Proprio la Carta di Nizza⁵ in materia di protezione delle persone di orientamento omosessuale garantisce un significativo intervento con l'applicazione del principio di non discriminazione previsto dall'art. 21 in combinazione con il principio della tutela della riservatezza della vita personale previsto dall'art. 7 del medesimo documento.

Sotto il profilo interno costituzionale l'art. 3 fa riferimento sia alla pari dignità sociale di ciascun cittadino senza distinzione alcuna, sia al compito della Repubblica alla rimozione degli ostacoli di ordine economico e sociale, compresa la pretesa differenziazione tra coppie conviventi eterosessuali e coppie conviventi omosessuali.

Il caso in esame sembrerebbe dimostrare pienamente che l'evoluzione del costume sociale ha svelato una nuova sensibilità in materia di riconoscimento del diritto a manifestare liberamente il proprio orientamento sessuale in ogni evento della quotidianità dei singoli, quindi anche in relazione alla richiesta di riconoscimento di parità di trattamento tra le coppie conviventi eterosessuali ed omosessuali. Sul punto non sembrano esserci dubbi, come riconosciuto anche da recente giurisprudenza di merito che, seppure ostativa nel riconoscimento del matrimonio come diritto fondamentale, argomenta che: "la legislazione ordinaria non impone una limitazione o una

1 Sul punto si ricorda la Risoluzione del Parlamento europeo del 14 gennaio 2009 sulla situazione dei diritti fondamentali nell'Unione europea 2004-2008 (2007/2145(INI)) che al punto "75. invita gli Stati membri che si sono dotati di una legislazione relativa alle coppie dello stesso sesso a riconoscere le norme adottate da altri Stati membri e aventi effetti analoghi; invita quest'ultimi Stati membri a proporre delle linee guida per il reciproco riconoscimento della legislazione vigente tra diversi Stati membri, onde garantire che il diritto alla libera circolazione nell'Unione europea delle coppie dello stesso sesso si applichi alle medesime condizioni delle coppie eterosessuali".

2 F. Patruno, L. Iapichino, *Esperienze europee concernenti unioni stabili riconducibili alla tematica della famiglia di fatto*, in *Giur. merito*, 2006, p. 2068.

3 Corte Europea dei diritti umani, Johnston v. Irlanda, 18 dicembre 1986, in www.echr.coe.int.

4 Corte europea dei diritti umani, Abdulaziz, Cabales e Balkandali v. Regno Unito di Gran Bretagna, 28 maggio 1985, in www.echr.coe.int

5 Sull'entrata in vigore del Trattato di Lisbona e sulla vincolatività della Carta di Nizza: G. Bronzini, F. Guariello, V. Piccone, *Le scommesse dell'Europa. Diritti. Istituzioni. Politiche*, Roma, 2009; P. Bilancia, M. D'Amico, *La nuova Europa dopo il Trattato di Lisbona*, Milano, 2009.

compressione al diritto dell'individuo di effettuare scelte relative alla vita sessuale e affettiva corrispondenti alla sua natura omosessuale, non vieta di intrattenere relazioni omosessuali, non vieta di intraprendere convivenze omosessuali, né determina una restrizione della libertà personale"⁶. Sulla base di tale assunto, applicando le regole interpretative in materia negoziale e contrattuale, in combinato il divieto di discriminazione riconosciuto sia dall'art. 3 Cost. sia dall'art. 21 della Carta di Nizza, è possibile riconoscere il diritto del convivente omosessuale estendere a questi i diritti previsti al convivente eterosessuale, nello specifico il diritto di natura previdenziale di iscrizione alla cassa mutua.

3. Il genere della convivenza more uxorio e il principio di non discriminazione.

La situazione di fatto e di diritto dei conviventi, tanto eterosessuali quanto omosessuali coincide sotto il profilo legislativo positivo, considerato che entrambi i tipi di convivenza non conoscono una regolamentazione di diritto positivo, né dopo il naufragio del disegno di legge S 1339 della XV Legislatura sui "Diritti e doveri delle persone stabilmente conviventi"⁷, né successivamente⁸. Nell'ordinamento italiano raramente si segnalano istanze di coppie composte di persone dello stesso sesso che rivendicano parità di trattamento nei confronti delle coppie eterosessuali, siano queste sposate o conviventi. L'esempio più recente che ha suscitato clamore e l'interesse dell'opinione pubblica concerne la richiesta delle coppie composte di persone dello stesso sesso che intendano celebrare matrimonio e che quindi si rivolgano prima all'ufficiale di stato civile e poi al giudice al fine di ottenere il passaggio obbligato della pubblicazione di nozze. Da questo contenzioso sono scaturite quattro ordinanze di rimessione alla Corte costituzionale⁹ nonché alcune decisioni di rigetto dei giudici di merito¹⁰.

Istanze di non discriminazione fondate su previsioni contrattuali potrebbero sorgere da successione nei contratti di locazione di immobile abitativo urbano, come stabilito dalla nota sentenza additiva della Corte costituzionale 7 aprile 1988, n. 404¹¹ che, secondo certa dottrina, allargherebbe il concetto di convivenza a "un aggregato esteso fino a comprendervi estranei"¹² Tale affermazione, in effetti, è in linea con le argomentazioni della Corte, la quale, rifacendosi al dovere di solidarietà sociale, ravvisa la volontà legislativa di estendere il diritto di abitazione affinché il regime di successione nel contratto di locazione sia esteso pure dopo la morte del conduttore e "non privi del tetto (...) il più esteso numero di figure soggettive, anche al di fuori della cerchia della famiglia

⁶ Trib. Torino, 18 maggio 2009, in *Banca Dati De Jure*.

⁷In dottrina, G. Galuppi, *Brevi note sulla proposta di legge relativa ai diritti e doveri delle persone stabilmente conviventi*, in *Dir. famiglia*, 2007, 1930; E. Rossi, *La Costituzione e i DICO, ovvero della difficoltà di una disciplina legislativa per le convivenze*, in *Politica del diritto*, 2008, p. 107.

⁸ A. Cazzullo, *E Brunetta lanciò i "DiDoRe": coppie di fatto, diritti ma senza costi*, *Corriere della Sera*, 17 settembre 2008, consultabile online al website:

http://www.corriere.it/politica/08_settembre_17/brunetta_didore_coppie_fatto_70f2b496-847a-11dd-be21-00144f02aabc.shtml

⁹In merito all'impossibilità per le coppie omosessuali di accedere all'istituto del matrimonio sono state depositate presso la Corte costituzionale quattro ordinanze di rimessione degli atti alla Corte costituzionale per non manifesta infondatezza della questione di incostituzionalità: Trib. Venezia, ord. 3 aprile 2009, in *Banca dati De Jure*, Corte App. Trento 29 luglio 2009, Corte App. Firenze, 16 dicembre 2009. Trib. Ferrara, 18 dicembre 2009 consultate su www.retelenford.it. In dottrina, E. Crivelli, *Il matrimonio omosessuale all'esame della Corte costituzionale*, in *G. Cost.*, 2009, p. 1238; G. Ferrando, *Il matrimonio gay: Il testimone passa alla Consulta*, in *Resp. civ. e prev.* 2009, p. 1905;).

¹⁰Trib. Torino, 18 maggio 2009, cit., C. App. Firenze, 1 luglio 2008, in *Banca dati De Jure*; Trib. Roma, 28 giugno 1980, in *Giur. it.*, 1980, I, 2, 169; In dottrina si vedano T. Galletto, *Identità di sesso e rifiuto delle pubblicazioni per la celebrazione del matrimonio*, *Giur. it.*, 1980, I, 2, 169; G. Ferrando, *Il matrimonio gay, il giudice, il legislatore*, *Resp. civ. e prev.* 2008, p. 2344; C. Manassero, *Una lettura degli istituti "famiglia" e "matrimonio" sganciata dalle garanzie costituzionali*, *Giur. merito* 2009, p. 1227).

¹¹Consultabile su www.cortecostituzionale.it. In dottrina G. Musolino, *La successione mortis causa nel contratto di locazione di immobili ad uso abitativo*, *Riv. notariato* 2002, p. 769; M. De Tilla, *Sulla successione nella locazione*, *Riv. giur. edilizia* 2001, p. 340

¹² M. Bernardini, *La convivenza fuori del matrimonio: tra contratto e relazione sentimentale*, Padova, 1992, p. 123 ss.

legittima, purchè con quello abitualmente conviventi"¹³.

In materia sanitaria vi potrebbe essere un riconoscimento di diritti di natura privatistica non solo come nel caso esaminato dalla sentenza relativamente all'estensione dei benefici della cassa mutua, ma pure per ciò che concerne la stesura di una *living will* che consenta al convivente more uxorio, anche omosessuale, di venire incaricato di manifestare il consenso in merito alle decisioni sul rifiuto di terapie medico chirurgiche del convivente incapace. A questo proposito i conviventi more uxorio omosessuali potrebbero avvalersi dell'istituto dell'amministrazione di sostegno¹⁴, ai sensi dell'art. 417 c.c. (novellato dall'art. 5 legge 9 gennaio 2004, n. 6), poichè l'istanza di apertura di amministrazione di sostegno può essere promossa anche "dalla persona stabilmente convivente", senza alcuna distinzione di sesso. Infatti, secondo la dottrina, si tratterebbe "del convivente more uxorio, del convivente legato da relazione affettiva, del convivente che condivide le spese dell'abitazione comune, purchè si possa individuare una stabilità nel rapporto di convivenza"¹⁵.

In materia previdenziale la giurisprudenza tanto costituzionale quanto di legittimità¹⁶ e di merito¹⁷ ha escluso che il diritto alla rendita pensionistica sia qualificabile come diritto fondamentale e quindi estensibile anche alle coppie conviventi more uxorio eterosessuali, in "ragione dei caratteri di stabilità, certezza, reciprocità e corrispettività dei diritti e doveri che nascono soltanto da tale vincolo (il matrimonio), individuando le ragioni costituzionali che giustificano un differente trattamento normativo tra i due casi nella circostanza che il rapporto coniugale trova tutela diretta nell'art. 29 cost"¹⁸. Al momento, quindi, sembrerebbe che lo spazio per le coppie dello stesso sesso conviventi more uxorio in materia previdenziale sia alquanto esiguo se non nullo, tuttavia il diritto comparato suggerisce una interessante soluzione giunta fino alla Corte di giustizia delle comunità europee. Ci si riferisce al noto caso Maruko, che ha visto "dialogare" Corte di Giustizia¹⁹ e le due Corti Supreme tedesche, il Bundesgerichtshof²⁰ e il Bundesverfassungsgericht²¹, in materia di equiparazione tra coppie coniugate e coppie omosessuali registrate ai sensi della legge 16 febbraio 2001 sulla *Gesetz über die Eingetragene Lebenspartnerschaft* abbreviata in *Lebenspartnerschaftsgesetz* (LPartG).

13 Corte cost., 7 aprile 1988, n. 404, cit.

14 Come già affermato in giurisprudenza: Trib. Modena, 13 maggio 2008, consultata su www.ricercagiuridica.it; Id. 5 novembre 2008, consultata su www.personaedanno.it

15E. Serrao, Il procedimento per la nomina dell'amministratore di sostegno, *Giur. merito* 2006, p. 1315; M. Proto, *Sulle attribuzioni patrimoniali nella convivenza extraconiugale*, *Giust. civ.* 2005, p. 343; G. Marcoz, *La nuova disciplina in tema di amministrazione di sostegno*, *Riv. notariato* 2005, p. 523.

16 Cass. 30 gennaio 2009, in *Giust. civ. Mass.* 2009, 1, 145;

17Trib. Camerino, 9 febbraio 2007, su *Dir. e lav. Marche* 2007, p. 389,

18 Corte cost. 27 marzo 2009, cit.

19 Corte giust., Grande sezione, 1 aprile 2008, C-267/2006, Tadao Maruko c. Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen, in *Corr. giur.*, 2008, p. 866. La dottrina osserva che il diritto comunitario, in materia di lavoro, con la direttiva europea 2000/78/CE "intende stabilire un quadro generale di lotta alle discriminazioni basate, tra l'altro, sulle "tendenze sessuali" (art. 1) (G. Ferrando, *Il matrimonio gay, il giudice, il legislatore*, cit.).

20 BGH, IV ZR 267/04, 14 febbraio 2007, in www.bundesgerichtshof.de

21 BVerfG, 1 BvR 1164/07, 7 luglio 2009, in www.bundesverfassungsgericht.de, la quale estende la disciplina della materia previdenziale prevista per le coppie coniugate anche alle Lebenspartnerschaften, cioè alle coppie formate da persone dello stesso sesso.