

GENIUS

RIVISTA DI STUDI GIURIDICI
SULL'ORIENTAMENTO SESSUALE E L'IDENTITÀ DI GENERE

PUBBLICAZIONE TELEMATICA SEMESTRALE REGISTRATA TRIB. BOLOGNA · ISSN 2384-9495 · DICEMBRE 2014

2014/2

GENIUS

Rivista di studi giuridici sull'orientamento sessuale e l'identità di genere

Direzione scientifica

Daniel Borrillo, Gilda Ferrando, Stefano Rodotà, Robert Wintemute

Direzione editoriale

Marco Balboni, Marco Cattuso, Barbara Pezzini

Redazione

Diritto Internazionale: Giacomo Biagioni, Luca Paladini, Pietro Pustorino, Chiara Ragni, Livio Scaffidi, Roberto Virzo

Diritto dell'Unione Europea: Elisabetta Bergamini, Carmelo Danisi, Daniele Gallo, Alexander Schuster

Diritto Costituzionale: Anna Lorenzetti, Francesco Salitto, Argioletta Sperti, Paolo Veronesi, Giacomo Viggiani

Identità di genere: Roberta Dameno

Diritto Penale: Luciana Goisis, Luca Morassutto

Diritto Privato: Stefano Celentano, Ines Corti, Leonardo Lenti, Joelle Long, Giuseppina Palmeri,

Anna Maria Tonioni, Monica Velletri, Marika Venuti

Diritto Comparato: Denise Amram, Mía Caielli, Michele Di Bari, Francesca Brunetta d'Usseaux, Elena Falletti,

Mathias Moschel, Matteo Winkler

Diritto del Lavoro: Carla Ponterio, Laura Tomasi, Tiziana Vettor

Referees

Rosalba Alessi, Esther Arroyo Amayuelas, Marzia Barbera, Vittoria Barsotti, Maria Caterina Baruffi, Roberto Bin, Nerina Boschiero, Giuditta Brunelli, Ruggiero Cafari Panico, Carlo Casonato, Massimo Cavino, Paolo Cendon, Nicola Cipriani, Roberta Clerici, Giovanni Comandé, Marco Cuniberti, Marilisa D'Amico, Massimo Dogliotti, Emilio Dolcini, Ascensión Elvira, Carla Facchini, Carla Faralli, Vincenzo Ferrari, Alfredo Galasso, Orsetta Giolo, Maurizio Lupoi, Francesco Murari, Silvia Niccolai, Rosanna Pane, Baldassare Pastore, Tamar Pitch, Salvatore Patti, Alessandra Pieggia, Roberto Pucella, Andrea Pugiotto, Roberto Romboli, Giulia Rossolillo, Francesco Salerno, Amedeo Santosuosso, Roberto Toniatti, Alessandra Viviani

Registrazione presso il Tribunale di Bologna del 30/4/2014 n. Reg. 2023 n. 4089/14 con.

Codice ISSN 2384-9495

Direttore responsabile: Beppe Ramuna

Impaginazione: Samuele Caradini

GenIUS, Bologna 40123, via IV Novembre 7

genius@articolato29.it

Sommario

Focus: Matrimonio, unioni civili e diritti fondamentali

- 6 *Giuditta Brunelli*: Dimensione antidiscriminatoria del principio di eguaglianza e diritto fondamentale di contrarre matrimonio
- 12 *Barbara Pezzini*: Riconoscere, negare o giustificare la discriminazione matrimoniale delle persone omosessuali? A proposito dell'interpretazione sistematico-originalista del matrimonio nell'articolo 29 Cost.
- 26 *Gilda Ferrando*: Le coppie dello stesso sesso in Italia: matrimonio o *partnership*?
- 35 *Robert Wintemute*: Marriage, adoption, and donor insemination for same-sex couples: does European case law impose any obligations on Italy?
- 42 *Kees Waaldijk*: Great diversity and some equality: non-marital legal family formats for same-sex couples in Europe
- 57 *Maria Acerno*: Il ruolo delle Corti nella nozione di famiglia e matrimonio
- 63 *Massimo Dogliotti*: I diritti della coppia omosessuale tra matrimonio e famiglia di fatto
- 67 *Elena Sorda*: Le unioni civili del progetto Cirinnà in prospettiva comparata.
Note sulla proposta italiana a confronto con i *Pacs* francesi e la *civil partnership* inglese

Interventi

- 85 *Alessandra Pioggia*: La disciplina in materia di procreazione e la riconquistata legittimità della fecondazione eterologa: un altro passo avanti per una legge che resta indietro
- 96 *Anna Maria Lecis Cocco Ortu*: L'omogenitorialità davanti alla Corte di Strasburgo: il lento ma progressivo riconoscimento delle famiglie con due padri o due madri
- 109 *Federico Ferrari*: Omogenitorialità, eterosessismo e ricerca scientifica
- 120 *Chiara Saraceno*: Dalla coppia alla genitorialità delle persone dello stesso sesso
- 126 *Lucilla Conte*: "Anche nelle situazioni minoritarie e anomale". La sentenza n. 170/2014 della Corte costituzionale e l'istituto matrimoniale tra vecchie resistenze e nuove aperture
- 135 *Michele Di Bari*: La sentenza n.170/2014 della Corte costituzionale: un discorso tutto italiano
- 143 *Angioletta Sperti*: Il matrimonio *same-sex* negli Stati Uniti ad un anno dalla sentenza *Windsor*. Una riflessione sugli sviluppi giurisprudenziali a livello statale e federale
- 158 *Graziella Romeo*: A proposito delle strategie argomentative nelle controversie in tema di discriminazione: il caso del "danno da nascita" tra orientamento sessuale e appartenenza razziale
- 164 *Dimitri Dimoulis, Soraya Lumaradi*: Sacralità del testo costituzionale ed eresia interpretativa. La sentenza della Corte suprema brasiliana sulle unioni civili omosessuali
- 175 *Angelo Schillaci*: Dignità umana, comparazione e transizioni di genere. La lezione della Corte suprema dell'India

Commenti

- 188 *Francesco Rizzi*: Nuovi spazi di libertà ed eguaglianza nell'era dei *social network*. Note a margine della decisione del Consiglio di Stato del 21 febbraio 2014
- 195 *Giacomo Biaggioni*: La trascrizione dei matrimoni *same-sex* conclusi all'estero nel recente provvedimento del Tribunale di Grosseto
- 213 *Daniela Gallo*: Legge applicabile alle coppie dello stesso sesso e trattamento dei funzionari internazionali nel sistema delle Nazioni Unite: una rivoluzione è in atto?

Osservatorio documenti a cura di Carmelo Danisi

- 222 Bollettino del Segretario Generale delle Nazioni Unite, *Personal Status for purposes of United Nations entitlements*, 26 giugno 2014
- 223 Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze. Schema di testo unificato corretto proposto dalla relatrice per i disegni di legge nn. 14 e connessi, 2 luglio 2014
- 229 Circolare Ministero dell'Interno in materia di trascrizione dei matrimoni, 7 ottobre 2014

Osservatorio decisioni a cura di Carmelo Danisi

- 232 Corte costituzionale, sentenza dell'11 giugno 2014, n. 170
- 238 Corte costituzionale, sentenza del 9 aprile 2014, n. 162
- 253 Tribunale di Grosseto, ordinanza del 3 aprile 2014
- 255 Corte d'appello di Firenze, prima sezione civile, decreto del 23 settembre 2014
- 257 Tribunale di Pesaro, decreto del 14 ottobre 2014
- 259 Tribunale per i minorenni di Roma, sentenza del 30 luglio 2014
- 267 Indice per autori

Daniele Gallo *

Legge applicabile alle coppie dello stesso sesso e trattamento dei funzionari internazionali nel sistema delle Nazioni Unite: una rivoluzione è in atto?

Sommario

1. Lo stato civile dei funzionari dell'ONU secondo il suo Segretario Generale: dal Bollettino ST/SGB/2004/4, del 20 gennaio 2004, al Bollettino ST/SGB/2004/13, del 24 settembre 2004, fino al recente Bollettino ST/SGB/2014/13/Rev. 1 del 26 giugno 2014 – 2. Coppie dello stesso sesso e trattamento dei funzionari internazionali alla luce della giurisprudenza dei tribunali amministrativi internazionali: l'interpretazione evolutiva (e inclusiva) di “*spouse*” e “*marriage*” ... – 3. (Segue); e il rinvio alla *lex patriae* dello *staff* quale unico criterio per l'attribuzione dei diritti scaturenti dal rapporto di lavoro con l'organizzazione – 4. Il Bollettino ST/SGB/2014/13/Rev. 1 e la possibile affermazione di un principio generale di non discriminazione in materia di orientamento sessuale: il superamento del criterio del rinvio alla *lex patriae* e la contestuale affermazione del criterio della *lex loci celebrationis*

Abstract

Il Bollettino ST/SGB/2014/13/Rev. 1, adottato dal Segretario Generale dell'ONU nel giugno 2014, introduce un netto cambiamento in tema di riconoscimento dei diritti per i funzionari LGBTI. Per quel che concerne la determinazione dello stato civile del funzionario, il Bollettino, infatti, sostituisce, per lo *staff* del Segretariato e dei fondi e programmi dell'ONU, il criterio del rinvio alla *lex patriae* con quello del rinvio alla *lex loci celebrationis*. Ne consegue che cittadini LGBTI di paesi dove non vi è riconoscimento giuridico delle coppie *same-sex* o dove addirittura l'omosessualità costituisce un reato, una volta contratto il matrimonio o registrata un'unione con *partners* dello stesso sesso in un paese diverso da quello di origine, da questo momento in poi, possono esercitare gli stessi diritti di cui sono titolari i loro colleghi eterosessuali.

The Bulletin ST/SGB/2014/13/Rev. 1, adopted by the UN Secretary General in June 2014, represents a crucial changeover as far as the recognition of rights for LGBTI officials is concerned. The Bulletin, in fact, as to the determination of the personal status of the official, for the staff of the UN Secretariat as well as for the separately administered organs and programmes of the UN, replaces the criterion of the reference to the law of nationality with that of the reference to the competent authority under which such status has been established. As a consequence, LGBTI citizens with the nationality of States where there is no recognition of same-sex couples or even where homosexuality relationships are prohibited, once entered into a same-sex union (marriage or registered partnership) in a different country than that of origin, from now on, can exercise the same rights owned by their heterosexual colleagues.

* Ricercatore in Diritto dell'Unione europea (abilitato come professore associato), Dipartimento di Giurisprudenza, Luiss Guido Carli. L'autore ringrazia Roberto Virzo e M.C. Vitucci per i commenti forniti ad una prima versione del lavoro.

1. Lo stato civile dei funzionari dell'ONU secondo il suo Segretario Generale: dal Bollettino ST/SGB/2004/4, del 20 gennaio 2004, al Bollettino ST/SGB/2004/13, del 24 settembre 2004, fino al recente Bollettino ST/SGB/2014/13/Rev. 1 del 26 giugno 2014

Il 26 giugno 2014, Ban Ki Moon, Segretario Generale dell'ONU, ha adottato il Bollettino ST/SGB/2004/13/Rev. 1, intitolato "*Personal Status for purposes of United Nations entitlements*". Esso innova radicalmente la materia relativa al riconoscimento dei diritti associati allo stato civile dei funzionari¹ che lavorano nel Segretariato dell'ONU e nei suoi programmi e fondi², sostituendosi, dalla data "*of its issuance*"³, al Bollettino ST/SGB/2004/13, emanato il 24 settembre 2004 dall'allora Segretario Generale Kofi A. Annan. Va peraltro precisato che l'abrogato Bollettino ST/SGB/2004/13, a sua volta, aveva sostituito il Bollettino ST/SGB/2004/4, del 20 gennaio 2004.

Prima di porre in evidenza le differenze principali tra i tre bollettini e, in particolare, il mutamento di prospettiva realizzato dal Bollettino del giugno 2014, va chiarito che i bollettini sono fonti, emanate dal Segretario Generale quale organo competente in materia di gestione del personale, volte a regolare i rapporti di lavoro tra l'ONU e i suoi funzionari⁴. Quanto ai rapporti con le altre fonti disciplinanti i rapporti di lavoro tra *staff* e organizzazione, i bollettini sono collocati in posizione subordinata rispetto alle norme contenute nello Statuto dell'organizzazione, nell'accordo di sede concluso con lo Stato che ospita gli uffici dell'organizzazione, nello Statuto del tribunale amministrativo competente e nelle *Staff Regulations*⁵. In particolare, le *Staff Regulations* vengono adottate dall'organo plenario dell'organizzazione⁶ e affiancate e integrate dalle *Staff Rules*⁷, solitamente emanate, come i bollettini, dal Segretario Generale.

I bollettini generalmente disciplinano i diritti e i doveri inerenti alla condizione giuridica dei funzionari, anche dal punto di vista delle prerogative di cui essi sono titolari in ragione del loro stato civile e familiare, precisando quanto già riconosciuto nelle regole concernenti le condizioni d'impiego dello *staff* dell'organizzazione. Ora, considerato che benefici economici (buonuscita, assegno familiare, pensione, ecc.) possono essere attribuiti, ovviamente, solo in ragione dell'esistenza di un comprovato legame familiare, il problema centrale, per quanto riguarda le coppie gay di cui uno o entrambi i *partners* sono funzionari internazionali, ai fini dell'applicabilità delle *Staff Regulations* e delle *Staff Rules*, consiste nel

1 Sulla nozione di funzionario internazionale, anche nell'ambito dell'ONU, si vedano, recentemente, A. Aamin, *The International Civil Service: The Idea and the Reality*, in *International Administration. Law and Management Practice in International Organizations*, C. De Cooker (ed.), Leiden/Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2009, pp. 3-20; Y. Beigbeder, *Civil Service, International*, *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, R. Wolfrum (ed.), II, 2012, pp. 167 ss.; U. Drea, *Principi di diritto delle organizzazioni internazionali*, Milano, Giuffrè, 2010, pp. 121-122; D. Gallo, *Status, privilegi, immunità e tutela giurisdizionale dei funzionari delle organizzazioni internazionali*, in *Diritto delle organizzazioni internazionali*, A. Del Vecchio (a cura di), Napoli, ESI, 2012, pp. 273 ss., in specie 273-278; P.H. Sands, P. Klein, *Bowett's law of international institutions*, Leiden/Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2009, pp. 303-319 ss.; C. Zanghi (a cura di), *Diritto delle organizzazioni internazionali*, Torino, Giappichelli, 2013, pp. 344-347.

2 Sulla struttura dell'ONU, incluso il Segretariato, i programmi e i fondi, si vedano S. Chesterman, *The Secretariat. Article 97*, in *The Charter of the United Nations. A Commentary*, B. Simma, D.-E. Khan, G. Nolte, A. Paulus (eds.), Oxford, Oxford University Press, 2012, pp. 1991 ss.; B. Conforti, C. Focaralli, *Le Nazioni Unite*, Padova, Cedam, 2012, pp. 123-146; S. Marchisio, *L'ONU: il diritto delle Nazioni Unite*, Bologna, Il Mulino, 2012, pp. 277-290; W. Stöckl, *Article 101*, B. Simma, D.-E. Khan, G. Nolte, A. Paulus (eds.), *ivi*, pp. 2053 ss.; H.G., Schermers, N. Blokker, *International Institutional Law. Unity within Diversity*, Leiden/Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2011, pp. 313-319 e 351-379 ss.

3 Cfr. il par. 4 del Bollettino del giugno 2014.

4 Sull'ordinamento interno delle organizzazioni internazionali si vedano, *inter alia*, M.B. Akehurst, *The Law Governing Employment in International Organizations*, Cambridge, Cambridge University Press, 1967; C. Amarasinghe, *Principles of the Institutional Law of International Organizations*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005, pp. 271-314; G. Balladore Pallieri, *Le droit interne des organisations internationales*, in *Revue des Cours de l'Académie de droit international de La Haye*, CXXI, 1969, pp. 1 ss.; P. Cahier, *Le droit interne des organisations internationales*, in *Revue générale de droit international public*, 1963, pp. 563 ss.; C.W. Jenks, *The Proper Law of International Organizations*, London, Stevens, 1962.

5 Più complessa – peraltro al di fuori dello scopo della presente indagine – è la relazione che esiste tra gli atti adottati dall'organo amministrativo dell'ente, inclusi i bollettini, e le *Staff Rules*, da un lato, e, dall'altro, i contratti, di natura privata, stipulati dall'organizzazione e dal funzionario. Sulle relazioni, anche gerarchiche, tra le fonti disciplinanti i rapporti di lavoro si veda, *ex multis*, C. Amarasinghe, *ivi*, pp. 282-298.

6 Per quel che riguarda l'ONU, si tratta, ovviamente, dell'AG.

7 Di regola, ciò avviene anche in organizzazioni diverse dall'ONU.

definire la nozione di famiglia, individuandone gli elementi costitutivi e circoscrivendone i confini⁸. Operazione questa particolarmente complessa, sul piano del diritto delle organizzazioni internazionali, considerato che concetti, storicamente e geograficamente condizionati, quali “matrimonio”, “unione”, “coppia”, “marito”, “moglie” possono avere (ed è frequentemente il caso) significati diversi in uno Stato (membro) piuttosto che in un altro. Da qui la scelta, improntata al rispetto delle differenze socio-culturali, religiose e giuridiche tra Stati, effettuata dalle organizzazioni internazionali, tra cui l'ONU, di astenersi da un riconoscimento orizzontale e generalizzato dei diritti in capo ai propri funzionari LGBTI (*lesbian, gay, bisexual transgender, intersex*). Perlopiù, questo è l'approccio che è stato seguito fino al recente Bollettino del 2014, la cui analisi non può, peraltro, prescindere da una (rapida) indagine incrociata sul contenuto dei tre bollettini sopra richiamati.

Il Bollettino del gennaio 2004 prevede che il “*family status for the purposes of entitlements under the United Nations Staff Regulations and Rules*”⁹ debba essere determinato sulla base del principio, consolidato¹⁰, secondo cui è la legge del paese di cui ha la cittadinanza il funzionario a trovare applicazione. In questa prospettiva, viene chiarito che il matrimonio riconosciuto come legittimo in base a detta legge “*will qualify that staff member to receive the entitlements provided for eligible family members*”¹¹. Lo stesso principio è richiamato in relazione alle unioni riconosciute; è scritto, infatti, che i familiari del funzionario potranno godere dei diritti loro garantiti dall'ordinamento interno dell'organizzazione in ragione di una “*legally recognized domestic partnership contracted by a staff member under the law of the country of his or her nationality*”¹². Per quanto riguarda, in particolare, le unioni, il Bollettino richiede che l'organizzazione, prima di concedere benefici di varia natura a detti familiari, ottenga la conferma, da parte della Rappresentanza dello Stato presso l'ONU di cui è cittadino il funzionario, che l'unione effettivamente esista e sia valida¹³.

Il Bollettino successivo, del settembre 2004, seppure con una diversa formulazione, recepisce quanto stabilito nel Bollettino di sette mesi prima circa la centralità del criterio del rinvio alla legge dello Stato di cittadinanza del funzionario¹⁴ e la necessità che la verifica dello stato civile del soggetto passi per un controllo effettuato dalla Rappresentanza dello Stato presso l'organizzazione¹⁵. Tuttavia, una differenza c'è e consiste nella circostanza che nel secondo Bollettino non è fatto alcun cenno né al matrimonio né alle unioni. In ogni caso, ciò non ha portato a un mutamento di prassi in seno all'ONU; semmai, il silenzio sul punto pare doversi attribuire a una scelta, di carattere politico, tesa a tenere conto della posizione critica nei confronti dell'esplicito riferimento a matrimoni e unioni manifestata, in seno all'AG e agli organi sussidiari dell'ONU, da parte di numerosi Stati, tutti fortemente contrari al riconoscimento giuridico, a livello internazionale (oltre che nazionale), delle coppie dello stesso sesso.

Il recente Bollettino del giugno 2014, innanzitutto, si distingue dai due che lo precedono perché è scritto che il Segretario generale, prima della sua emanazione, ha agito “*in consultation with the executive heads of separately administered organs and programmes of the United Nations*”¹⁶. È quindi effettuato un riferimento esplicito agli organi e ai programmi dell'ONU (non direttamente ricompresi nel Segretariato) ai quali, pertanto, non vi è dubbio che, allo stato attuale, si applichino le regole previste nel recente Bollettino, a differenza di quanto poteva essere ipotizzato in relazione ai due bollettini del 2004¹⁶.

8 Sul trattamento delle *same-sex couples* nel diritto delle organizzazioni internazionali, soprattutto nell'ordinamento dell'ONU, si vedano D. Gallo, *International Administrative Tribunals and Their Non-Originist Jurisprudence on Same-Sex Couples: 'Spouse' and 'Marriage' in Context, Between Social Changes and the Doctrine of Renvoi*, in *Same-Sex Couples before National, Supranational and International Jurisdictions*, D. Gallo, L. Paladini, P. Pusotino (eds.), Berlin, Springer, 2014, pp. 511 ss.; H.U. Jessurun D'Oliveira, *How Do International Organizations Cope with the Personal Status of their Staff Members? Some Observations on the Recognition of (Same-Sex) Marriages in International Organizations*, in *Nuovi strumenti del diritto internazionale privato*, S. Bariatti, G. Venturini (eds.), Liber Amicorum Fausto Pocar, Milano, Giuffrè, 2009, pp. 505 ss.; M.C. Vitucci, *La tutela internazionale dell'orientamento sessuale*, Napoli, Jovene, 2012, in specie pp. 131-140; in generale, sulla tutela dell'orientamento sessuale nel diritto internazionale si vedano M. Balboni, *La protezione internazionale in ragione del genere, dell'orientamento sessuale e dell'identità di genere. Aspetti di diritto internazionale e dell'Unione Europea*, Torino, Giappichelli, 2012; M.C. Vitucci, *ivi*.

9 Cfr. il par. 1 del Bollettino del gennaio 2004.

10 “*Long established principle*” nella terminologia adoperata nel Bollettino del gennaio 2004.

11 Cfr. il par. 3 del Bollettino del gennaio 2004.

12 Cfr. il par. 4 del Bollettino del gennaio 2004.

13 Cfr. il par. 4 del Bollettino del gennaio 2004.

14 Cfr. il par. 1 del Bollettino del settembre 2004.

15 Cfr. il par. 2 del Bollettino del settembre 2004.

16 Vedi anche *infra*, nota 44.

Con riferimento agli istituti specializzati, per questo, come per gli altri due bollettini, vale il principio dell'autonomia nella gestione del personale: sta alla discrezionalità degli istituti la scelta di allinearsi al Bollettino, ovviamente nel rispetto dei rispettivi accordi di collegamento conclusi con l'ONU.

Ciò detto, l'aspetto decisivo di gran lunga più innovativo introdotto dal Bollettino, che segna un netto *reirement* rispetto ai precedenti, è rappresentato dalla sostituzione del criterio della legge nazionale del funzionario con quello della legge dello Stato nel quale il suo stato civile è stato stabilito (*lex loci celebrationis*). Da qui la portata rivoluzionaria dell'atto. È affermato, infatti, che “*the personal status of staff members [...] will be determined by reference to the law of the competent authority under which the personal status has been established*”¹⁷. Sarà quindi, chiaramente, l'autorità del paese nel quale il funzionario si è unito in matrimonio ovvero nel quale ha stipulato una *civil partnership*, a dover verificare esistenza e validità della procedura ivi seguita e successivamente a comunicare al Segretariato dell'organizzazione il risultato di detta verifica¹⁸.

2 Coppie dello stesso sesso e trattamento dei funzionari internazionali alla luce della giurisprudenza dei tribunali amministrativi internazionali: l'interpretazione evolutiva (e inclusiva) di “spouse” e “marriage”...

Al fine di cogliere al meglio la portata della straordinaria novità introdotta dal Bollettino oggetto della presente indagine, va inquadrato brevemente il tema del trattamento delle coppie dello stesso sesso dal punto di vista della pertinente giurisprudenza dei tribunali amministrativi i quali, come noto, sono competenti a giudicare sulle controversie di lavoro tra *staff* e organizzazione¹⁹. In particolare, occorre ragionare sulla giurisprudenza prodotta dai due sistemi di risoluzione delle controversie più significativi, dal triplice punto di vista del numero dei casi sottoposti a loro giudizio, del loro ambito di intervento *ratione personae* e *ratione materiae* e dell'influenza da essi esercitata su altri tribunali amministrativi internazionali. Si tratta del sistema dell'ONU e di quello istituito nell'ambito dell'Organizzazione Internazionale del Lavoro (OIL). Quanto al primo, le decisioni rilevanti risalgono al periodo precedente l'istituzione del Lavoro (OIL). Quanto al primo, le decisioni rilevanti risalgono al periodo precedente l'istituzione, da parte dell'Assemblea Generale, dello *UN Dispute Tribunal* (UNDT) e dello *UN Appeals Tribunal* (UNAT) che sono succeduti, il 31 dicembre 2009, al Tribunale Amministrativo delle NU (TANU)²⁰, ora abolito²¹, della cui giurisprudenza occorre quindi tenere necessariamente conto²². Per quel che concerne il secondo, va sottolineato che il Tribunale Amministrativo dell'OIL (ILOAT), allo stato attuale, esercita la sua giurisdizione in merito alle controversie tra i funzionari e cinquantotto organizzazioni, oltre ov-

17 Cfr. il par. 1 del Bollettino del giugno 2014.

18 Cfr. il par. 2 del Bollettino del giugno 2014.

19 Sui tribunali amministrativi internazionali si vedano, *inter alia*, S. Bastid, *Les tribunaux administratifs internationaux et leur jurisprudence*, in *Recueil des Cours de l'Académie de droit international de La Haye*, XCII, II, 1957, pp. 343 ss.; A. Del Vecchio, *International Courts and Tribunals between Globalisation and Localism*, The Hague, Eleven, 2012, in specie pp. 50 ss.; O. Elias, M. Thomas, *Administrative Tribunals of International Organizations*, in *The Rules, Practice, and Jurisprudence of International Courts and Tribunals*, C. Giorgetti (ed.), Leiden/Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2012, pp. 159 ss.; A. Gordillo, *The Administrative Law of International Organisations: Checks and Balances in Law Making – The Case of Discrimination*, in *European Review of Public Law*, 2006, 18, pp. 289 ss.

20 Cfr. la risoluzione n. 61/261, del 4 aprile 2007 (A/RES/61/261), la risoluzione n. 62/228, del 22 dicembre 2007 (A/RES/62/228), la risoluzione n. 63/253, del 24 dicembre 2008 (A/RES/62/228).

21 Sul nuovo sistema ONU di risoluzione delle controversie si vedano Y. Beigbeder, *Administrative and Structural Reform in the Organisations of the UN Family*, in *International Administration. Law and Management Practice in International Organizations*, C. De Cooker (ed.), Leiden/Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2009, pp. 111–142; M. Happold, *The Reform of the United Nations Administrative Tribunal: An Introduction*, in *Les évolutions de la protection juridictionnelle des fonctionnaires internationaux et européens*, G.-M. Palmieri (sous la direction de), Bruxelles, Larcier, 2012, pp. 11 ss.; P.H. Hwang, *Reform of the Administration of Justice System at the United Nations*, in *Law and Practice of International Courts and Tribunals*, 2009, 8, pp. 191 ss.; L. Otis, *La réforme du système d'administration de la justice des Nations Unies: le Tribunal d'appel des Nations Unies un an après*, in G.-M. Palmieri (sous la direction de), *ivi*, pp. 15 ss.

22 Sul TANU si veda, tra gli studi più recenti, M. Wood, *United Nations Administrative Tribunal, Applications for Review*, in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, R. Wolfrum (ed.), X, 2012, pp. 209 ss.

viamente all'OIL²⁹. Tra gli istituti specializzati, alcuni hanno propri tribunali, come la Banca Mondiale e il Fondo Monetario Internazionale, altri hanno riconosciuto la competenza dell'OIL, come il Fondo Internazionale per lo Sviluppo Agricolo (IFAD) e l'Organizzazione per l'Alimentazione e l'Agricoltura (FAO), altri ancora, come l'Organizzazione Marittima Internazionale (IMO) e l'Organizzazione Internazionale dell'Aviazione Civile (ICAO), pur avendo riconosciuto la competenza del sistema di risoluzione delle controversie dell'ONU, lo hanno fatto solo in relazione all'UNAT (e non anche all'UNDT).

Con riferimento all'analisi condotta dall'LOAT e dal TANU delle *Staff Regulations* e delle *Staff Rules* relative allo *status* dello *staff* e ai diritti di cui sono titolari i familiari del funzionario, entrambi i tribunali, agendo quali autentici “*agents of change*”²⁴, hanno privilegiato un'interpretazione sistematica e teleologica, quindi flessibile, fortemente espansiva e inclusiva, di concetti quali “*spouse*”, “*couple*”, “*marriage*”, “*registered partnership*”. Un'interpretazione molto lontana da un approccio statico, formalista, in ultima analisi, *originalist*²⁵ delle norme²⁶. Ciò risulta chiaro dalla lettura di numerose sentenze emanate dall'LOAT, da Mr. R. A.-O., del 3 febbraio 2003²⁷, a Mr. G.P., dell'8 febbraio 2012²⁸, il cui ragionamento è fortemente influenzato dalla decisione Geyer del 29 gennaio 1998²⁹, nella quale il Tribunale ha ritenuto che i c.d. “*traditional marriages*”³⁰ (tra individui eterosessuali) potessero essere considerati “*marriages*” ai sensi delle *Staff Regulations* e delle *Staff Rules* dell'ente interessato nel caso di specie (Organizzazione delle Nazioni Unite per lo Sviluppo Industriale – UNIDO) e quindi che la moglie del funzionario ricorrente nel caso di specie potesse godere dei benefici derivanti dal suo *status* di “*spouse*”. Nelle sentenze relative alle coppie dello stesso sesso, successive a Geyer, l'LOAT, accogliendo molte delle considerazioni svolte dai componenti dello *staff*, in primo luogo, generalmente ritiene che funzionari gay e lesbiche, sposati con individui dello stesso sesso, rientrino nella nozione di “*spouse*” ai sensi del diritto interno delle varie organizzazioni considerate. Ciò, a condizione che dalla lettura delle *Staff Regulations* e delle *Staff Rules* non emerga alcun dubbio circa l'interpretazione letterale da dare ai termini “*husband*” e “*wife*”³¹. In secondo luogo, quanto alle unioni registrate, il Tribunale, nonostante alcune decisioni più risalenti, è ormai netto nell'affermare che esse sono suscettibili di conferire gli stessi diritti riconosciuti alle coppie sposate³², sempre che le *Staff Regulations* non dispongano espressamente in senso contrario e a condizione che da una “*substantive*” analisi della normativa nazionale del funzionario³³ si desuma che vi è un'equivalenza o anche una “*relevant similarity*” tra norme disciplinanti i matrimoni e quelle concernenti le unioni³⁴. Al riguardo, è interessante rilevare che i funzionari ricorrenti, in più casi relativi a istituti specializzati dell'ONU, avevano fondato le loro argomentazioni sul Bollettino del gennaio 2004³⁵ – da loro dunque ritenuto applicabile anche agli istituti specializzati –, nel quale le relazioni matrimoniali e le unioni registrate, ai fini dell'attribuzione di diritti e prerogative scaturenti dal rapporto di lavoro del funzionario con l'organizzazione, erano state esplicitamente ritenute come equivalenti.

- 23 Sull'LOAT si vedano F. Gutteridge, *The ILO administrative tribunal*, C. De Cooker C (ed.), *ivi*, pp. 655 ss.; J.-D. Sicault, *Le TAOTT: tendances jurisprudentielles récentes en matière de compétence et de recevabilité*, G.M. Palmieri (sous la direction de), *ivi*, pp. 45 ss.
- 24 Su tale locuzione e, in generale, sul ruolo svolto dai giudici nell'inquadrare giuridicamente i cambiamenti socio-culturali in atto nella società si vedano M. Cappelletti, *Giudici legislatori?*, Milano, Giuffrè, 1984; J. Rubenfeld, *Freedom and Time – A Theory of Constitutional Self-government*, New Heaven, Yale University Press, 2001; J. Waldron, *The Core of the Case Against Judicial Review*, in *Yale Law Journal*, 2006, 115, pp. 1346 ss.
- 25 Sugli opposti concetti di *originalism* e *judicial activism* si veda, tra gli altri, J. Rubenfeld, *ivi*.
- 26 Per alcune considerazioni si veda D. Gallo, *International Administrative Tribunals*, *ivi*, pp. 528-529.
- 27 Decisione n. 2193.
- 28 Decisione n. 3080.
- 29 Decisione n. 1715.
- 30 Nello specifico si trattava di un tipo particolare di matrimonio tradizionale: il c.d. *common-law marriage*, celebrato in Austria; per completezza, sulla definizione di questo tipo di matrimonio vedi legal-dictionary.thefreedictionary.com/Common-Law+Marriage.
- 31 Come accertato nella decisione Mr. A.J.H., n. 2643, del 9 luglio 2008.
- 32 Cfr. le decisioni Mr. D.B. (n. 2550, del 12 luglio 2006), par. 4, Mr. E.H. (n. 2860, dell'8 luglio 2009), par. 19-21 e Mr. G.P., par. 16.
- 33 Sul criterio del rinvio alla legge nazionale del funzionario vedi *infra*, § 3.
- 34 Cfr. Mr. D.B., par. 3.
- 35 Cfr. Mr. D.B., par. A, B.

Oltre che sul citato Bollettino, i ricorrenti facevano perno sul principio di non discriminazione, inteso quale principio generale (non scritto) della funzione pubblica internazionale azionabile in giudizio, il quale, a loro parere, sarebbe stato violato qualora funzionari omosessuali non avessero potuto godere degli stessi diritti attribuiti a cittadini eterosessuali. Ciò rispetto ai loro colleghi, sia quelli provenienti da paesi con ordinamenti più “progressisti” sia quelli assunti in organizzazioni nelle quali il riconoscimento giuridico dei matrimoni e delle unioni omosessuali era già avvenuto³⁶.

Ora, sullo specifico punto relativo alla possibile applicazione del Bollettino del gennaio 2004, il Tribunale non prende una posizione netta, anche perché, come ricordato, esso è stato sostituito, nel settembre dello stesso anno, da un nuovo Bollettino. Lo stesso vale in merito allo *status* del principio di non discriminazione e della sua operatività dal punto di vista del trattamento giuridico dei funzionari LGBTI. In ogni caso, una tale cautela, da parte del Tribunale, non gli ha impedito di ravvisare, in molti dei casi sottoposti al suo giudizio, una violazione dei diritti dei funzionari.

Per quel che concerne il TANU, i casi rilevanti sono due: *Bergthuis*³⁷ e *Adrian*³⁸. In entrambi, il Tribunale è chiaro nell'affermare che a godere dei benefici concessi dagli enti presso i quali i funzionari sono incardinati possono essere sia coniugi eterosessuali che LGBTI. Una differenza tra le due decisioni, però, esiste. Mentre nella prima il Tribunale ritiene che il termine “*spouse*”, ai fini del trattamento pensionistico riservato ad una coppia omosessuale, non possa comprendere il *partner* gay di un funzionario deceduto con il quale era stata conclusa un'unione registrata in base all'ordinamento olandese, nella seconda l'approccio seguito, in merito al riconoscimento di un *pacte civil de solidarité (Pacs)*, stipulato secondo la legge francese tra un funzionario dello *UN Centre for Human Settlements* di Nairobi, cittadino francese, e il suo *partner*, è opposto. Infatti, in *Adrian* il Tribunale ritiene che anche le unioni registrate possano conferire ai funzionari LGBTI quelle prerogative e garanzie che sono attribuite ai coniugi omosessuali (oltre che eterosessuali). Ora, nella decisione una tale affermazione non si poggia sulla sola interpretazione delle *Staff Regulations* e delle *Staff Rules*. Al contrario, il Tribunale giunge a una tale conclusione fondandosi sul Bollettino del gennaio 2004 il quale, come si è scritto, mette espressamente sullo stesso piano matrimoni e unioni registrate. Secondo il Tribunale, il Bollettino non introduce “*an amendment to the Staff Regulations*”, bensì “*an interpretation of certain terms contained in them*”, in assenza di una chiara definizione di termini quali “*spouse*”, “*couple*” o “*marriage*”³⁹. Un tale ragionamento, pertanto, sembra dover essere letto nel senso che, qualora il Bollettino non fosse stato adottato, il Tribunale non si sarebbe discostato dall'impostazione formulata in *Bergthuis*: da qui la differenza decisiva con la giurisprudenza dell'ILOAT, certamente più aperta verso il pieno riconoscimento giuridico anche delle unioni registrate⁴⁰. Ciò detto, la decisione *Adrian* non può essere sottovalutata, dal momento che il Tribunale – seppure non grazie a un'interpretazione autonoma delle *Staff Regulations* e delle *Staff Rules* ma sulla base del Bollettino del 2004 –, laddove ritiene applicabili le prime anche alle coppie dello stesso sesso che abbiano stipulato un'unione registrata, prescinde dalla condizione che la legge nazionale del funzionario, sotto il profilo sostanziale, riservi lo stesso trattamento a unioni e matrimoni *same-sex*. Condizione questa che, in teoria, il Tribunale avrebbe potuto considerare necessaria, come fatto dall'LOAT nella sua giurisprudenza, ma della quale, significativamente, decide di non tenere conto.

3. (Segue): e il rinvio alla *lex patriae* dello *staff* quale unico criterio per l'attribuzione dei diritti scaturenti dal rapporto di lavoro con l'organizzazione

A prescindere dalla problematica, da ultimo richiamata, relativa all'equiparazione tra matrimoni e unioni registrate, ai fini dell'attribuzione dei benefici ai familiari dei funzionari LGBTI, ciò che si desume dalla giurisprudenza dell'LOAT e del TANU è l'interpretazione dinamica ed evolutiva delle *Staff Regulations* e delle *Staff Rules*. Una tale interpretazione, tuttavia, va letta in combinazione con la scelta,

36 Cfr. *Mr. R.A.O.*, par. 5, *Mr. D.B.*, par. B. e *Mr. A.J.H.*, par. D.

37 Decisione n. 1063, AT/DEC/1063, del 26 luglio 2002.

38 Decisione n. 1183, AT/DEC/1183, del 30 settembre 2004.

39 Cfr. *Adrian*, par. VII.

40 Vedi *supra*.

certamente più “conservatrice”, effettuata in relazione alla legge applicabile⁴¹. I due tribunali, infatti, hanno sempre e solamente adoperato il criterio del rinvio alla legge nazionale del funzionario, in linea con i due bollettini, sopra esaminati, del 2004⁴².

La ratio di una tale impostazione, come già ricordato, sta nel rispetto delle divergenze culturali, religiose, sociali e giuridiche tra i paesi membri delle organizzazioni internazionali, a cominciare dall'ONU, L'ILCOAT e il TANU, pertanto, con la loro giurisprudenza, hanno inteso raggiungere un bilanciamento tra le esigenze di tutela dei funzionari LGBTI, da un lato, e, dall'altro, il rispetto dell'autonomia degli Stati nel disciplinare materie particolarmente sensibili, quale è il riconoscimento dei diritti in capo a cittadini omosessuali. Peraltro, che tra eterogeneità della *membership* e applicazione della *lex patriae* vi sia un collegamento molto stretto si evince dalla circostanza che, laddove l'eterogeneità è meno marcata, come nel caso di un sistema regionale avanzato quale è l'UE, l'organo deputato a risolvere le controversie in materia di rapporti di lavoro tra *staff* e organizzazione, cioè il Tribunale per la funzione pubblica, ha privilegiato un'interpretazione autonoma delle *Staff Regulations* piuttosto che un'interpretazione ispirata al criterio del rinvio alla *lex patriae*, con il risultato di prefigurare lo stesso trattamento a funzionari etero e gay dell'Unione, a prescindere dalla loro nazionalità⁴³.

4. Il Bollettino ST/SGB/2014/13/Rev. 1 e la possibile affermazione di un principio generale di non discriminazione in materia di orientamento sessuale: il superamento del criterio del rinvio alla *lex patriae* e la contestuale affermazione del criterio della *lex loci celebrationis*

L'applicazione del criterio della *lex patriae* implica che funzionari aventi la nazionalità di un paese nel quale coppie dello stesso sesso non sono riconosciute sotto il profilo giuridico non possono godere dei benefici derivanti dal loro *status* di *staff members* dell'organizzazione. Tale criterio, pertanto, comporta che vi sia un trattamento diverso tra costoro e i funzionari che invece provengono da Stati nei quali è previsto un tale riconoscimento. Inoltre, un diverso trattamento si realizza anche tra funzionari appartenenti a Stati dove il riconoscimento c'è ma non è pieno, come nel caso di quei paesi che ammettono le unioni civili, ma non i matrimoni. Si pone, quindi, un problema di non discriminazione tra funzionari i quali, pur svolgendo, ognuno nell'organizzazione nel quale lavora ovvero nell'ambito della medesima organizzazione, le stesse funzioni, sono titolari di diritti diversi solamente in ragione del paese di provenienza.

Ora, il Bollettino del giugno 2014, nell'indicare il rinvio alla legge del paese di determinazione dello stato civile quale (unico) criterio da adoperare in seno all'ONU (fondi, programmi e organi compresi, separati, sotto il profilo amministrativo, dal Segretariato), ha portata rivoluzionaria⁴⁴. Esso pone, infatti, sullo stesso piano funzionari eterosessuali e funzionari LGBTI, che provengano sia da Stati più avanzati sul piano del riconoscimento dei diritti civili che da paesi, come l'Italia, nel quale un riconoscimento giuridico (ancora) non c'è, paesi come l'Egitto, dove l'omosessualità è un reato, o come l'Iran, dove la pena, per i cittadini omosessuali, può essere rappresentata anche dalla morte⁴⁵.

Non c'è dubbio che il pieno riconoscimento per funzionari LGBTI valga per coloro che hanno contratto un matrimonio; il discorso sembra dover valere anche per le unioni registrate, dal momento che

41 Sul tema della legge applicabile in relazione a coppie dello stesso sesso, dal punto di vista del diritto internazionale privato, si veda, recentemente, H. Tagaras, *Questions de droit international privé dans la détermination de l'état personnel*, G.M. Palmieri (sous la direction de), *ivi*, pp. 167 ss.; R. Virzo, *The Law Applicable to the Formation of Same-Sex Partnerships and Marriages*, D. Gallo, L. Paladini, P. Pustorino (eds.), *ivi*, pp. 343 ss.

42 La sola eccezione, riguardante però i c.d. “*traditional marriages*” – non le relazioni *same-sex* –, è rappresentata dal caso *Geyer*, nel quale l'ILCOAT adoperò il criterio del rinvio alla *lex loci celebrationis*.

43 Sulle controversie in materia di *staff* LGBTI dell'UE si veda M.F. Orzan, *Employment Benefits for Same-Sex Couples: The Case Law of the CJEU*, D. Gallo, L. Paladini, P. Pustorino (eds.), *ivi*, pp. 493 ss.

44 Sono pochissime le istituzioni internazionali che hanno “anticipato” il Bollettino scegliendo il criterio del rinvio alla *lex loci celebrationis*; tra queste l'UNESCO (Organizzazione delle Nazioni Unite per l'Educazione, la Scienza e la Cultura) e l'UNAIDS (Programma delle Nazioni Unite per l'AIDS). Sul punto cfr. le informazioni riportate sul sito www.unglobe.org.

45 Cfr. le informazioni riportate sul sito lga.org.

Le *Staff Regulations* dell'ONU, come già scritto, collocate in una posizione gerarchicamente superiore rispetto ai bollettini, non escludono espressamente che le unioni possano essere considerate alla stregua dei matrimoni, ai fini dell'attribuzione di diritti economici. È anche vero che nel Bollettino di cui si discute, a differenza di quanto era stabilito nel Bollettino del gennaio 2004, non è indicata un'esplicita equivalenza tra matrimonio e unione, con la conseguenza che il funzionario che intende avere accesso alle prerogative previste nelle *Staff Regulations* e nelle *Staff Rules* potrebbe essere sollecitato, dall'organizzazione medesima, a dimostrare la pari efficacia giuridica, secondo l'ordinamento nel quale l'unione è stata stipulata, di matrimonio e unione. Certamente, qualora una tale interpretazione dovesse prevalere, in seno al Segretariato e/o all'UNDT e all'UNAT, si porrebbe il problema di come dovrebbe essere regolamentato lo *status* del funzionario che abbia stipulato un'unione con un *partner* dello stesso sesso in un paese dove il matrimonio *same-sex* non è ammesso, al quale quindi non potrebbe essere equiparata l'unione. Considerato lo *spirito* che orienta il bollettino, pare preferibile fornire un'interpretazione diversa, in base alla quale l'organizzazione dovrebbe essere obbligata ad applicare la legge del paese nel quale il funzionario LGBTI ha formalizzato la propria relazione con una persona dello stesso sesso, poco importa che si tratti di un'unione registrata o di matrimonio. Sotto questo profilo, bisognerà comunque attendere l'atteggiamiento sia del Segretariato nell'interpretazione del Bollettino sia degli istituti specializzati e delle altre organizzazioni internazionali (che si trovano al di fuori dell'ordinamento dell'ONU) nell'adeguamento alle regole ivi contenute, per capire fino in fondo la portata e l'estensione del passo in avanti realizzato dal Segretario Generale Ban Ki Moon. Un passo in avanti, peraltro, effettuato dall'organo esecutivo/amministrativo dell'ONU, senza alcun coinvolgimento dell'AG, in seno alla quale, presumibilmente, un accordo volto a modificare le *Staff Regulations* così da riconoscere espressamente i diritti dei funzionari LGBTI non avrebbe potuto essere raggiunto a causa dell'opposizione di molti paesi, soprattutto in via di sviluppo.

In conclusione, il Bollettino realizza una più compiuta ed effettiva protezione dei diritti fondamentali, suscettibile di incidere, in maniera significativa, sulla vita di migliaia di funzionari dell'ONU⁴⁶. Appare chiaro che il principio che ha guidato il Segretario Generale nell'adozione del Bollettino è quello di non discriminazione, inteso quale principio generale della funzione pubblica internazionale⁴⁷, ossia fonte non scritta, ai sensi dell'articolo 38, par. 1, dello Statuto della Corte internazionale di giustizia⁴⁸, volta a regolamentare lo *status* dei funzionari⁴⁹. Anche da questo punto di vista, l'esame della prassi futura consentirà di comprendere se e fino a che punto un tale principio, finora applicato dai tribunali amministrativi internazionali sotto diversi profili (sesso, età, disabilità, ecc.), ricavato, per astrazione, dai diritti interni (normativa e giurisprudenza) sia degli Stati sia delle organizzazioni internazionali, potrà consolidarsi anche per quel che concerne la tutela dell'orientamento sessuale, non solo nell'ambito del Segretariato dell'ONU, dei suoi fondi, programmi e organi (distinti dal Segretariato), ma anche, trasversalmente, in seno alle altre istituzioni internazionali.

46 Il Segretariato dell'ONU ricomprende, allo stato attuale, circa 46.000 funzionari, ai quali bisogna aggiungere le diverse migliaia di unità impiegate nell'ambito degli organi e dei programmi dell'Organizzazione aventi un'amministrazione separata (vedi www.un.org/en/mainbodies/secretariat/); oltretutto, qualora gli istituti specializzati e le altre organizzazioni internazionali dovessero allinearsi al criterio della *lex celebrantis*, le conseguenze sarebbero ancora più rilevanti.

47 Cfr. *inter alia*, la decisione dell'ILOAT A.R. n. 2662, dell'11 luglio 2007, par. 12.

48 Sul punto si veda F. Salerno, *Diritto internazionale*, Padova, Cedam, 2012, p. 206.

49 Sui principi generali nella giurisprudenza dei tribunali amministrativi internazionali, in particolare dell'ILOAT, cfr. L. Germond, *Les principes généraux selon le Tribunal administratif de l'O.I.T.*, Paris, Pedone, 2009.