

# Il quadro legislativo.

Gli strumenti giuridici per contrastare la discriminazione per orientamento sessuale (e identità di genere) nei luoghi di lavoro

Alexander Schuster – Progetto [www.RightsOnTheMove.eu](http://www.RightsOnTheMove.eu)  
Università degli studi di Trento



Strategia nazionale per la prevenzione e il contrasto delle discriminazioni basate sull'orientamento sessuale e sull'identità di genere 2013-2015.  
20-21 maggio 2015 – Comune di Venezia

# Un quesito iniziale

L'Italia è per lo più priva di strumenti giuridici idonei a contrastare la discriminazione per orientamento sessuale e identità di genere?

# Non proprio, però...

Esistono delle normative e un quadro giuridico complesso in cui si realizza una tutela detta «multilivello» che già consentono una tutela *essenziale* dei lavoratori

Sta a noi sfruttare al massimo quanto c'è e...  
quanto (ancora) non c'è.

# Sesso e genere

Di fatto, si assiste ad un'evoluzione polisemica del termine sesso, tale da includere anche la nozione di genere.

→ Ambiguità della terminologia della legislazione dell'UE

→ La coesistenza nella *Convenzione del Consiglio d'Europa sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica* (Istanbul, 11.V.2011)

# Prima ancora che CE/UE

Un precedente importante dalla Corte europea dei diritti umani (Strasburgo):

*Lustig-Prean e Beckett c. Regno Unito, 27 settembre 1999:*

*Il licenziamento di due impiegati sulla base del loro orientamento sessuale, inteso come “caratteristica personale”, indipendentemente da alcuna condotta erotica dei medesimi, costituisce una **interferenza illegittima nella vita privata.***

# Lustig-Prean (Corte EDU)

La Corte ha precisato che, quando l'ingerenza con il diritto protetto concerne gli aspetti più significativi della vita privata dell'individuo, devono esistere "ragioni particolarmente gravi" affinché essa rientri nelle limitazioni al godimento del diritto consentite dal secondo comma dell'art. 8 della Convenzione. Il pregiudizio diffuso secondo il quale l'omosessualità sarebbe causa di difficoltà operative delle forze armate non costituisce ragione sufficiente a giustificare il trattamento deteriore riservato agli omosessuali.

# Altri esempi di sentenze CEDU

In materia penale (Dudgeon c. Regno Unito; Norris c. Irlanda); età del consenso (X. c. Regno Unito; S.L. c. Austria); libertà di assemblea, associazione e espressione (Bączkowski e Altri c. Polonia; Alekseyev c. Russia); adozione di minori (E.B. c. Francia; Gas e Dubois c. Francia; X c. Austria); lavoro e previdenza (Karner c. Austria; Kozak c. Polonia); forze armate (Smith e Grady c. Regno Unito; Brown c. Regno Unito); famiglia e sua regolamentazione (Schalk e Kopf c. Austria; X c. Austria); identità di genere (Rees c. Regno Unito; Christine Goodwin c. Regno Unito; Hamalainen c. Finlandia; Y.Y. c. Turchia).

# La tutela nell'UE: l'orientamento sessuale

## L'esordio

L'art. 13 del Trattato di Amsterdam (1999) e la Direttiva 2000/78 per la prima volta hanno ricompreso tra i fattori di discriminazione espressamente considerati anche l'orientamento sessuale, che è fattore menzionato anche nella Carta dei diritti fondamentali dell'UE (art. 21).

# OSIG

## Articolo 19 (ex art. 13 del TCE) TFUE

1. Fatte salve le altre disposizioni dei trattati e nell'ambito delle competenze da essi conferite all'Unione, il Consiglio, deliberando all'unanimità secondo una procedura legislativa speciale e previa approvazione del Parlamento europeo, può prendere i provvedimenti opportuni per combattere le discriminazioni fondate sul sesso, la razza o l'origine etnica, la religione o le convinzioni personali, la disabilità, l'età o l'orientamento sessuale.

# La tutela nell'UE: l'identità di genere

La Corte di giustizia già negli anni Novanta ha affermato che l'ambito di applicazione della direttiva citata non può pertanto ridursi alle sole discriminazioni derivanti dall'appartenenza all'uno o all'altro sesso. Infatti, tale direttiva è altresì applicabile alle discriminazioni **determinate dal cambiamento di sesso dell'interessato**.

Sostiene la Corte in **Corte di giustizia, *P contro S e Cornwall County Council*, causa C-13/94, sentenza del 30 aprile 1996** che:

# SESSO, cioè identità di genere

Articolo 157 (ex articolo 141 del TCE)

1. Ciascuno Stato membro assicura l'applicazione del principio della **parità di retribuzione tra lavoratori di sesso maschile e quelli di sesso femminile** per uno stesso lavoro o per un lavoro di pari valore.
2. **Per retribuzione si intende**, a norma del presente articolo, il salario o trattamento normale di base o minimo e tutti gli altri vantaggi pagati direttamente o indirettamente, in contanti o in natura, dal datore di lavoro al lavoratore in ragione dell'impiego di quest'ultimo.

# La giurisprudenza della Corte di giustizia

Causa C-13/94, *P. c. S. e Cornwall County Council* (30 aprile 1996)

*20 Di conseguenza, la sfera d' applicazione della direttiva non può essere ridotta soltanto alle discriminazioni dovute all' appartenenza all' uno o all' altro sesso. Tenuto conto del suo scopo e della natura dei diritti che mira a proteggere, **la direttiva può applicarsi anche alle discriminazioni che hanno origine, come nella fattispecie, nel mutamento di sesso dell' interessata.***

*21 Infatti, siffatte discriminazioni si basano essenzialmente, se non esclusivamente, sul sesso dell' interessato. Così, una persona, se **licenziata in quanto ha l' intenzione di subire o ha subito un cambiamento di sesso**, riceve un trattamento sfavorevole rispetto alle persone del sesso al quale era considerata appartenere prima di detta operazione.*

# La giurisprudenza della Corte di giustizia

Esito: decisione positiva basata sulla direttiva 76/207, sulla parità di trattamento tra uomini e donne

Altra giurisprudenza su questioni simili:

*Causa C-117/01, K.B. c. National Health Service Pensions Agency (7 gennaio 2004)*

*Causa C-423/04, Richards v. Secretary of State for Work and Pensions (27 aprile 2006)*

# Il recepimento nel diritto derivato

Direttiva 2006/54/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 5 luglio 2006 , riguardante l'attuazione del principio delle pari opportunità e della parità di trattamento fra uomini e donne in materia di occupazione e impiego (rifusione):

*(3) La Corte di giustizia ha ritenuto che il campo d'applicazione del principio della parità di trattamento tra uomini e donne non possa essere limitato al divieto delle discriminazioni basate sul fatto che una persona appartenga all'uno o all'altro sesso. **Tale principio, considerato il suo scopo e data la natura dei diritti che è inteso a salvaguardare, si applica anche alle discriminazioni derivanti da un cambiamento di sesso.***

# Il contesto del Consiglio d'Europa/CEDU

La nozione nella giurisprudenza CEDU (*Rees*, *Goodwin*, in *Hämäläinen*) è stata quella di transessualismo, ma...

- Uso del termine gender, da *PV* disforia di genere (unitamente a transessualismo), da Identoba identità di genere
- Raccomandazione CM/Rec(2010)5 del Comitato dei Ministri agli Stati membri sulle misure volte a combattere la discriminazione fondata sull'orientamento sessuale e l'identità di genere
- Convenzione di Istanbul

# L'identità di genere è già parte del diritto UE

*Direttiva 2012/29/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 ottobre 2012, che istituisce norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato e che sostituisce la decisione quadro 2001/220/GAI:*

*«Un reato è non solo un torto alla società, ma anche una violazione dei diritti individuali delle vittime. Come tali, le vittime di reato dovrebbero essere riconosciute e trattate in maniera rispettosa, sensibile e professionale, senza discriminazioni di sorta fondate su motivi quali . . . **genere, espressione di genere, identità di genere, orientamento sessuale**, status in materia di soggiorno o salute.»*

# L'identità di genere è già parte del diritto UE

Vedasi anche:

*Direttiva 2013/32/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 giugno 2013 recante procedure comuni ai fini del riconoscimento e della revoca dello status di protezione internazionale (rifusione)*

Nella versione italiana ricorrono le espressioni *identità di genere* e *identità sessuale*

# Management della diversità in casi di IG

Dati anagrafici “pubblici”

Consentire l'uso del nome scelto (anche nella fase di transizione) laddove esposto pubblicamente (tesserini, cartellini identificativi, elenchi telefonici aziendali, etichette sulle porte degli uffici, ecc.)

→ *Esperienza del doppio libretto universitario*

→ *Problemi nel caso di documenti certificativi dell'identità (patente, ecc.)*

→ Rilascio diplomi e certificati amministrativi aggiornati

→ Attenzione: *problematiche legali da approfondire*

# Approfondimento: L'identità di genere, dato ipersensibile

Configura indebita diffusione di dati sensibili, fonte di risarcimento del danno, la trasmissione effettuata dall'ufficio elettorale di un Comune ad altro di destinazione di un fascicolo contenente i dati anagrafici e l'annotazione della sentenza di rettificazione di attribuzione di sesso di una persona, con la specificazione che la stessa ha mutato sesso assumendo diverso nome.

Cassazione civile, Sez. I, 13/05/2015, sentenza n. 9785

# Gli oneri in capo al Comune

Il Comune di (...) avrebbe dovuto rispettare scrupolosamente le prescrizioni della predetta disciplina normativa: l'inadeguatezza nel trattamento dei dati, al momento del trasferimento al Comune di (...) e le modalità stesse del trasferimento costituiscono sicuramente comportamento illegittimo che, al di là del successivo comportamento del Comune ricevente ha contribuito alla determinazione del danno, occorso all'odierna resistente secondo le regole inerenti ai rapporti di causalità di cui all'artt. 40, 41 c.p..

Va per di più osservato che, operando l'art. 2050 c.c. spettava al Comune provare di aver adottato tutte le misure idonee ad evitare il danno...

# L'orientamento sessuale

A fronte di una prima esclusione da parte della giurisprudenza (caso Grant del 1996), decisione di intervenire in sede di adozione del trattato di Amsterdam (1998, in vigore 1999).

Articolo 19 TFUE: Esplicito riferimento a orientamento sessuale (già «tendenze sessuali»!)

1. Fatte salve le altre disposizioni dei trattati e nell'ambito delle competenze da essi conferite all'Unione, il Consiglio, deliberando all'unanimità secondo una procedura legislativa speciale e previa approvazione del Parlamento europeo, può prendere i provvedimenti opportuni per combattere le discriminazioni fondate sul sesso, la razza o l'origine etnica, la religione o le convinzioni personali, la disabilità, l'età o l'orientamento sessuale.

# Una breve panoramica

In materia di protezione nei luoghi di lavoro, si sono succedute più disposizioni che vietano discriminazioni dirette e indirette in ragione dell'orientamento sessuale della persona (decreto legislativo n. 216 del 2003; articolo 15 dello Statuto dei lavoratori, legge n. 300 del 1970; articolo 7 del Testo unico in materia di pubblico impiego, decreto legislativo n. 165 del 2001; articolo 10 del decreto legislativo n. 276 del 2003; art. 1468 del Codice dell'ordinamento militare, decreto legislativo n. 66 del 2010; art. 21 del decreto legislativo n. 183 del 2010, in materia di Comitati Unici di Garanzia per le pari opportunità, la valorizzazione del benessere di chi lavora e contro le discriminazioni).

# Ma soprattutto, i principi costituzionali

La nostra costituzione repubblicana:

*Articolo 2: formazioni sociali*

*Articolo 3: uguaglianza*

Si veda in particolare:

*Corte Costituzionale n. 138 del 14 marzo 2010 e n. 170 del 21 maggio 2014*

*Ma anche il rispetto dovuto alle leggi regionali contro le discriminazioni, giudicate legittime dalla Consulta.*

# La trasposizione in Italia della Direttiva

Il centro dell'analisi odierna è senz'altro per quanto riguarda l'orientamento sessuale il d.lgs. 216/2003, che ha dato attuazione alla Direttiva 2000/78.

Nozioni di discriminazione, molestie, ordine di discriminare, vittimizzazione...

Si noterà la volontà di rendere salve le disposizioni in materia di «stato civile e prestazioni che ne derivano» (art. 3, comma 2, lett. d)

# Quando l'Italia traspone in maniera “originale” le Direttive ...

Ma la Corte di giustizia ha a più riprese affermato che:

*Poiché una prestazione come quella controversa nella causa principale è stata qualificata come ‘retribuzione’ ai sensi dell’art. 141 TCE e rientra nella sfera di applicazione della Direttiva 2000/78, per i motivi esposti [...] il ventiduesimo ‘considerando’ della Direttiva 2000/78 non può essere tale da rimettere in discussione l’applicazione di detta direttiva.*

# Una tutela più forte dello Statuto

La portata del d.lgs. 216/2003 si applica a tutte le persone sia nel settore pubblico che privato, dunque a qualsiasi soggetto

→ è portata più ampia del divieto di discriminazione di cui all'art. 15 dello Statuto dei Lavoratori, che si applica ai datori di lavoro (persone fisiche o giuridiche), nonché alle organizzazioni dei datori di lavoro o dei lavoratori.

# Approfondimento: Articolo 3, Comma 3

Nel rispetto dei princìpi di proporzionalità e ragionevolezza e purché la finalità sia legittima, nell'ambito del rapporto di lavoro o dell'esercizio dell'attività di impresa, non costituiscono atti di discriminazione ai sensi dell'articolo 2 quelle differenze di trattamento dovute a caratteristiche connesse alla religione, alle convinzioni personali, all'handicap, all'età o all'orientamento sessuale di una persona, qualora, per la natura dell'attività lavorativa o per il contesto in cui essa viene espletata, si tratti di caratteristiche che costituiscono un requisito essenziale e determinante ai fini dello svolgimento dell'attività medesima

# La procedura di infrazione

L'articolo 3 prevedeva:

*Parimenti, non costituisce atto di discriminazione la valutazione delle caratteristiche suddette ove esse assumano rilevanza ai fini dell'idoneità allo svolgimento delle funzioni che le forze armate e i servizi di polizia, penitenziari o di soccorso possono essere chiamati ad esercitare.*

Abrogazione ad opera dell'art. 8-septies, D.L. 8 aprile 2008, n. 59

# Decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165

Articolo 7, comma 1:

*Le pubbliche amministrazioni garantiscono parità e pari opportunità tra uomini e donne e l'assenza di ogni forma di discriminazione, diretta e indiretta, relativa al genere, all'età, all'orientamento sessuale, alla razza, all'origine etnica, alla disabilità, alla religione o alla lingua, nell'accesso al lavoro, nel trattamento e nelle condizioni di lavoro, nella formazione professionale, nelle promozioni e nella sicurezza sul lavoro. Le pubbliche amministrazioni garantiscono altresì un ambiente di lavoro improntato al benessere organizzativo e si impegnano a rilevare, contrastare ed eliminare ogni forma di violenza morale o psichica al proprio interno.*

# I CUG

Art. 57, d.lgs. 165/2001

*Le pubbliche amministrazioni costituiscono al proprio interno [...] il “Comitato unico di garanzia per le pari opportunità, la valorizzazione del benessere di chi lavora e contro le discriminazioni” che sostituisce, unificando le competenze in un solo organismo, i comitati per le pari opportunità e i comitati paritetici sul fenomeno del mobbing, costituiti in applicazione della contrattazione collettiva, dei quali assume tutte le funzioni previste dalla legge, dai contratti collettivi relativi al personale delle amministrazioni pubbliche o da altre disposizioni.*

# Legittimazione ad agire

## Art. 5, d. lsg. 216/2003

1. Le organizzazioni sindacali, le associazioni e le organizzazioni rappresentative del diritto o dell'interesse leso, in forza di delega, rilasciata per atto pubblico o scrittura privata autenticata, a pena di nullità, sono legittimate ad agire ai sensi dell'articolo 4, **in nome e per conto o a sostegno del soggetto passivo della discriminazione**, contro la persona fisica o giuridica cui è riferibile il comportamento o l'atto discriminatorio.

2. I soggetti di cui al comma 1 sono altresì legittimati ad agire nei casi di **discriminazione collettiva qualora non siano individuabili in modo diretto e immediato le persone lese dalla discriminazione**.

# Famiglia e Lavoro

- ✎ La tutela del lavoratore passa tramite l'analisi del dato giuridico dell'Unione europea:
- ✎ Si può adottare come punto di partenza, in caso di minori, l'art. 24 della Carta di Nizza sui *Diritti del bambino*
- ✎ La Corte di giustizia UE incentra l'analisi dei benefici parentali su due articoli: l'art. 33 e l'art. 20 della Carta dedicati, rispettivamente, a *Vita familiare e vita personale* da coordinare con il principio di *Uguaglianza* (vedi caso sul raddoppio del congedo parentale per i figli gemelli).

# Indagini e privacy

Statuto dei lavoratori – legge 20 maggio 1970, n. 300

∞ Art. 8 (Divieto di indagini sulle opinioni)

E' fatto divieto al datore di lavoro, ai fini dell'assunzione, come nel corso dello svolgimento del rapporto di lavoro, di effettuare indagini, anche a mezzo di terzi, sulle opinioni politiche, religiose o sindacali del lavoratore, nonché su fatti non rilevanti ai fini della valutazione dell'attitudine professionale del lavoratore.

# Indagini e privacy

D.Lgs. 30-6-2003 n. 196 – Codice in materia di protezione dei dati personali.

## ∞ CAPO II

Annunci di lavoro e dati riguardanti prestatori di lavoro

## ∞ Art. 113 (Raccolta di dati e pertinenza)

1. Resta fermo quanto disposto dall'articolo 8 della legge 20 maggio 1970, n. 300.

# Indagini e privacy

D.Lgs. 30-6-2003 n. 196 – Codice in materia di protezione dei dati personali.

∞ Art. 171 (Altre fattispecie)

1. La violazione delle disposizioni di cui agli articoli 113, comma 1, e 114 è punita con le sanzioni di cui all'articolo 38 della legge 20 maggio 1970, n. 300.

# Indagini e privacy

## Statuto dei lavoratori – legge 20 maggio 1970, n. 300

### ∞ Art. 38 (Disposizioni penali)

Le violazioni degli articoli 2, 5, 6, e 15, primo comma, lettera a), sono punite, salvo che il fatto non costituisca più grave reato, con l'ammenda da lire 300.000 a lire 3.000.000 o con l'arresto da 15 giorni ad un anno.

Nei casi più gravi le pene dell'arresto e dell'ammenda sono applicate congiuntamente.

Quando, per le condizioni economiche del reo, l'ammenda stabilita nel primo comma può presumersi inefficace anche se applicata nel massimo, il giudice ha facoltà di aumentarla fino al quintuplo.

Nei casi previsti dal secondo comma, l'autorità giudiziaria ordina la pubblicazione della sentenza penale di condanna nei modi stabiliti dall'articolo 36 del Codice penale.

# La sentenza HAY

Corte di giustizia, causa C-267/12, *Hay c. Crédit agricole mutuel*

L'11 luglio 2007 egli concludeva un PACS con una persona del medesimo sesso. In tale occasione il sig. Hay chiedeva l'attribuzione dei giorni di congedo straordinario e del premio di matrimonio riconosciuti dalla CCNCA al dipendente che si sposa. Il Crédit agricole, tuttavia, gli negava detti benefici argomentando che, a termini del medesimo contratto collettivo, essi spettavano solo in caso di matrimonio.

# Corte di giustizia

## causa C-267/12, *Hay c. Crédit agricole mutuel*

L'articolo 20 della Convention collective nationale du Crédit agricole (Contratto collettivo nazionale del Crédit agricole; in prosieguo: la «CCNCA»), rubricato «Congedi straordinari», enuncia:

«Sono accordati congedi retribuiti, a stipendio intero, nelle circostanze seguenti:

(...)

3) Agenti titolari

Matrimonio:

- dell'agente: 10 giorni lavorativi;
- del figlio dell'agente: 3 giorni lavorativi;
- del fratello o della sorella dell'agente: 1 giorno lavorativo.

(...))».

13 L'articolo 34 della CCNCA, rubricato «Premi e altre indennità», enuncia:

«Premio di matrimonio

Ogni dipendente titolare riceverà al momento del proprio matrimonio un premio pari, per mese di presenza, a un trentaseiesimo dello stipendio mensile percepito il mese precedente il matrimonio.

# Corte di giustizia

## causa C-267/12, *Hay c. Crédit agricole mutuel*

*«E' giurisprudenza della Corte che una normativa di uno Stato membro che conferisca benefici in termini di retribuzione o di condizioni di lavoro unicamente ai lavoratori sposati, mentre il matrimonio è legalmente possibile nel medesimo Stato membro solo tra persone di sesso diverso, crea una discriminazione diretta fondata sull'orientamento sessuale nei confronti dei lavoratori dipendenti omosessuali uniti in un PACS che versino in una situazione analoga (v., in tal senso, citate sentenze Maruko, punto 73, e Römer, punto 52)».*

*«Infatti, una disparità di trattamento fondata sullo status matrimoniale dei lavoratori, e non esplicitamente sul loro orientamento sessuale, è pur sempre una discriminazione diretta in quanto, essendo il matrimonio riservato alle persone di sesso diverso, i lavoratori omosessuali sono impossibilitati ad soddisfare la condizione necessaria per ottenere i benefici rivendicati».*

# Verso un inquadramento in termini di benefit

- ∞ «Anche in Italia, dunque, sembra affermarsi l'orientamento secondo cui il congedo matrimoniale non è correlato all'atto di costituzione di una famiglia “tradizionale”, ma costituisce piuttosto un *benefit* volto a soddisfare «le esigenze del lavoratore occasionate dalle nozze» (così Cass. 6 giugno 2012, n. 9150, *MGC*, 2012, 747): un *benefit* asessuale secondo la Corte di giustizia, il cui presupposto è individuabile nell'avvenuta formazione di una coppia, non necessariamente eterosessuale»
- ∞ Bolego, *Congedo matrimoniale e diritto antidiscriminatorio di “seconda generazione”*, in *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, fasc.3, 2014, pag. 672

# Approfondimento B

*Le sanzioni per i datori di lavoro  
che discriminano*

# Atti discriminatori e P.A.

I giudizi civili avverso gli atti e i comportamenti di cui all'articolo 2 sono regolati dall'articolo 28 del decreto legislativo 1° settembre 2011, n. 150. In caso di accertamento di atti o comportamenti discriminatori, come definiti dall'articolo 2 del presente decreto, si applica, altresì, l'articolo 44, comma 11, del decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286.

....

# Atti discriminatori e P.A.

D.Lgs. 25-7-1998 n. 286 – Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero.

Art. 44 (Azione civile contro la discriminazione)

11. Ogni accertamento di atti o comportamenti discriminatori ai sensi dell'articolo 43 posti in essere da **imprese alle quali siano stati accordati benefici ai sensi delle leggi vigenti dello Stato o delle regioni, ovvero che abbiano stipulato contratti di appalto attinenti all'esecuzione di opere pubbliche, di servizi o di forniture**, è immediatamente comunicato dal Pretore, secondo le modalità previste dal regolamento di attuazione, alle amministrazioni pubbliche o enti pubblici che abbiano disposto la concessione del beneficio, incluse le agevolazioni finanziarie o creditizie, o dell'appalto. Tali amministrazioni o enti revocano il beneficio e, nei casi più gravi, dispongono l'esclusione del responsabile per due anni da qualsiasi ulteriore concessione di agevolazioni finanziarie o creditizie, ovvero da qualsiasi appalto.

Per contatti:

[alexander.schuster@unitn.it](mailto:alexander.schuster@unitn.it)

Studio legale Schuster - Trento

[avv@schuster.pro](mailto:avv@schuster.pro)