

C.E.S.D.
CENTRO EUROPEO STUDI SULLA
DISCRIMINAZIONE

Tutela della persona e orientamento sessuale. Strumenti, tecniche e strategie contro la discriminazione

Bologna – Facoltà di Giurisprudenza
13 giugno 2008

Breve riassunto dei lavori

I lavori del convegno, grazie alla compresenza di studiosi del diritto costituzionale, giuslavoristi, magistrati, e organismi di parità, hanno posto in evidenza come il tema dei diritti della persona sia oggi influenzato da molteplici variabili di varia natura. Da un punto di vista generale il complesso sistema delle interrelazioni tra fonti nazionali e internazionali pone anche la tutela della persona in ragione dell'orientamento sessuale al crocevia del difficile rapporto tra cultura, diritto e politica. Il convegno ha posto in evidenza una irrisolta tensione tra gli standard internazionali posti dalla Corte dei diritti umani, le esigenze di 'protezionismo' dei valori nazionali che si vanno affermando nella dottrina costituzionalistica e la carenza di risposte politiche adeguate alla pregnanza degli interessi in gioco.

Mentre si può affermare che il principio della parità di trattamento e della non discriminazione basata sull'orientamento sessuale è chiaramente inscritto nella giurisprudenza CEDU e nella Carta dei diritti fondamentali dell'Ue, il problema principale sembra riguardare la sua applicazione concreta alle molteplici situazioni volta a volta rilevanti. Il dibattito europeo è, pertanto, principalmente concentrato sulle modalità e sugli strumenti concreti di attuazione dell'eguaglianza. Il panorama interno, invece, evidenzia ancora un atteggiamento di dubbio e cautela quanto all'opportunità o alla doverosità di azioni specifiche, nonché *in primis* una quasi totale carenza di dati e statistiche sia di tipo sociologico che giudiziario attinenti alla discriminazione. Carenze che si manifestano anche nell'attuazione pratica della pur vigente normativa antidiscriminatoria in materia di lavoro e occupazione, che si segnala per un'architettura debole specie perché non si è ancora sviluppata sufficiente capacità di dar luogo ad azioni di tipo collettivo né si è diffusa una cultura dei giudici a riconoscere sanzioni efficaci e risarcimenti adeguati.

Spicca, pertanto, il contrasto dell'esperienza svedese, ove appare implementato un sistema di prevenzione-reazione alla discriminazione estremamente attento al monitoraggio, alla promozione dell'eguaglianza, alla supervisione pubblica delle responsabilità e dei compiti, alla presenza di sanzioni adeguate. Nell'esperienza svedese la lotta alla discriminazione si avvale degli stimoli provenienti dal diritto internazionale, come ad esempio il fatto che la differenza di trattamento debba essere necessaria al fine di raggiungere obiettivi oggettivamente giustificati. La casistica italiana in materia è invece ancora decisamente immatura e sconta la difficoltà per le vittime di affidarsi al sistema giudiziario nelle ipotesi di discriminazione, stretto tra vincoli procedurali, difficoltà probatorie e lacune normative, quali quelle in tema di lotta alla violenza omofoba ed all'istigazione all'odio, solo in minima parte affrontati dalle recenti modifiche approvate nel giugno 2008. In questo contesto vi sono tuttavia azioni concrete che possono essere messe in atto, quali ricorsi ex art. 700 c.p.c., la richiesta dell'aggravante prevista dalla legge Mancino, il ricorso alla Corte di giustizia o alla Corte europea dei diritti umani.

Saluti del Preside della Facoltà

Apprezzo il fatto che la tematica sia rilevante da tanti punti di vista, tanti colleghi (civile, internazionale, penale) sono interessati alla materia, tanto che c'è l'idea di dare corso a dei moduli. E' interessante poter coniugare l'attività scientifica sedimentandola in una analisi di carattere europeo, interdisciplinare e comparatistico. Questi temi sono a fondamento di uno dei concetti su cui oggi la comunità scientifica dialoga, quello di dignità dell'individuo e della persona, un concetto che potrebbe apparire tenue, sfumato, dai contorni non chiari, ma che oggi ci impone uno sforzo per riuscire a dare pregnanza, spessore e solidità a un concetto decisivo che ha a che fare con la tutela della persona e il suo orientamento sessuale. Vi auguro dunque buon lavoro.

Introduzione di Cathy La Torre

A mo' di breve introduzione vorrei rispondere a due domande: perché il CESD, e perché questo convegno.

Perché il CESD è presto detto: a noi è sembrato che oggi si vada sviluppando una rinnovata attenzione per i temi della discriminazione e della parità di trattamento, segnalata da indici di vario tipo:

1. le trasformazioni sociali in atto, che vedono il superamento della sfera pubblica monoculturale ma anche il moltiplicarsi di nuovi soggetti e identità potenzialmente oggetto di discriminazioni varie
2. il nuovo quadro normativo, che almeno dal 2000 appare in costante movimento soprattutto per effetto degli stimoli provenienti dall'europa. In particolare, siamo molto lieti di poter oggi affrontare anche le recentissime modifiche ai decreti del 2003 in tema di lotta alle discriminazioni, approvate proprio la settimana scorsa in risposta alla procedura di infrazione avviata dalla Commissione europea
3. la nascita e lo sviluppo di soggetti istituzionali, come gli organismi di parità, che hanno come mission proprio garantire l'effettività della parità di trattamento e quindi l'apertura di nuovi scenari relativi alle politiche pubbliche ed alle potenzialità applicative della normativa
4. l'esigenza di ricerca, sia teorica sia applicata, di nuovi paradigmi di convivenza e coesione sociale, specialmente nel quadro di una marcata trasformazione della sfera pubblica e dei valori di riferimento.

In questo quadro, il CESD si caratterizza perché ha l'ambizioso obiettivo di affrontare il fenomeno della discriminazione a tutto tondo: dal punto di vista giuridico certamente ma anche da quello sociologico, psicologico, antropologico, statistico, ecc. e soprattutto non limitatamente ad uno o alcuni fattori di discriminazione (origine etnica, orientamento sessuale) ecc., ma a 360°, con un focus specifico sulla raccolta, la produzione e l'analisi di dati sulla discriminazione nelle sue varie forme. Ricordo anche che per chiunque volesse saperne di più ed eventualmente collaborare è possibile prendere contatto con noi in ogni momento.

Perché questo convegno? In un momento storico in cui il nostro Paese si interroga profondamente, anche con manifestazioni quali quelle dell'orgoglio omosessuale, sui possibili significati della laicità, della parità, dei diritti, della tutela della persona, abbiamo

scelto il tema dell'orientamento sessuale per impostare un approfondimento specifico su uno di quegli esempi di discriminazione difficile da fissare, specie attraverso dati o rilevazioni, ma che segnala proprio per questo l'esigenza di moltiplicare le occasioni di studio e di analisi in modo che i pratici del diritto siano messi in grado di assolvere meglio ai loro compiti, e che gli studiosi possano contribuire allo sviluppo di adeguati modelli teorici per affrontare le sfide dell'accettazione e del riconoscimento delle differenze.

Nonostante, ed anzi proprio alla luce del fenomeno dell'invisibilità della discriminazione basata sull'orientamento sessuale, il convegno si prefigge il compito di illustrare ed approfondire sia il quadro normativo europeo ed italiano sia alcuni esempi pratici evidenziati dall'esperienza forense. E si propone anche di prospettare alcuni strumenti utili al fine di indirizzare l'attività degli operatori giuridici nella loro azione di contrasto, che ci auguriamo sempre più incisiva grazie anche all'esito dei lavori odierni.

Introduzione di Saveria Ricci

L'Avvocatura per i diritti LGBT – Rete Lenford è nata per rispondere al bisogno di informazione e di diffusione della cultura e del rispetto dei diritti delle persone omosessuali nel nostro Paese. Sta promuovendo la costituzione di una rete di avvocati su tutto il territorio nazionale che si occupano della tutela giudiziaria delle persone omosessuali. La rete è stata chiamata Rete Lenford per ricordare il barbaro omicidio di un avvocato jamaicano impegnato nel rispetto e nella lotta per i diritti delle persone sieropositive. Per i membri dell'Avvocatura per i diritti LGBT, Lenford rappresenta un esempio da proporre ai colleghi avvocati che hanno deciso di assolvere, anche nel campo della tutela dei diritti delle persone omosessuali, la loro funzione sociale di sostegno e tutela alle persone discriminate. L'obiettivo dell'Avvocatura per i diritti LGBT è quello di mettere in contatto professionisti che operano su tutto il territorio nazionale in modo che possano scambiarsi informazioni, individuare colleghi che possano seguire da vicino fatti che si svolgano a molta distanza, creare momenti di confronto e di crescita culturale.

I Sessione

Andrea Morrone

Il tema della tutela della persona e l'orientamento sessuale tocca il cuore delle problematiche di diritto costituzionale. Quando si parla di persona umana e di tutto ciò che concerne il pieno sviluppo della personalità il primo studioso che può provare a dare un contributo è proprio il costituzionalista, anche se la tematica è ormai trasversale e tocca una pluralità di interessi e di settori e del diritto. Il titolo del convegno si presta, come le relazioni riusciranno a mettere in evidenza, ad essere interessato dalla riflessione di diverse discipline giuridiche, penso al diritto civile, penale, amministrativo, sanitario, delle relazioni sociali e economiche, del lavoro, costituzionale, sovranazionale ed europeo, internazionale. Il tema dei diritti della persona umana costituisce una delle sfide per il costituzionalismo moderno perché rappresenta argomento e tema che unifica comunità diffuse e identifica in maniera abbastanza evidente tutte le esperienze liberal-democratiche che fanno parte del nostro mondo. Spesso si usa la categoria dei diritti universali ma i diritti umani sono un patrimonio di riflessioni e di conquiste che concernono solo una parte del mondo e di determinate comunità politiche. A di là di questo carattere globale, il nostro tema pone al centro il difficile rapporto che c'è tra cultura e diritto: non è possibile affrontare il tema solo con gli strumenti giuridici, metodi e modalità contro la discriminazione non sono certo sufficienti per intervenire su questa tematica. Per superare le complicazioni di una materia così complessa non si può adottare un approccio neutro, avaloriale soprattutto in materia giuridica, un diritto cieco che non guardi alla cultura e ai contesti, alla cultura dominante che è prevalentemente contraria alle rivendicazioni di coloro che proclamano la libertà dell'orientamento sessuale. Per liberarsi dall'orpello di una cultura dominante oppressiva se non addirittura negatrice delle libertà non si può scindere il fenomeno culturale, il contesto dominante, dalla analisi giuridico-politica e quindi dalla ricerca dello strumentario più adeguato. Lo spunto utilizzabile è che siccome il diritto è una scienza sociale e non può prescindere dai rapporti di forza esistenti in un determinato contesto, è evidente che il rapporto tra cultura e diritto è un rapporto che va mantenuto, va messo in moto il rapporto dinamico dialettico tra la dimensione sociale umana delle relazioni sociali e il fenomeno giuridico, altrimenti rischiamo di pensare ad un diritto astratto puramente formale che non è in grado di rispondere alle esigenze diversificate della realtà. Il diritto è esperienza giuridica viva e vitale che richiede uno scambio continuo con la realtà.

Se guardiamo alle tendenze di diritto costituzionale, in relazione al riconoscimento dei diritti legati all'orientamento sessuale, notiamo risposte normalmente incipienti, solo raramente molto avanzate, e profondamente diversificare da esperienza a esperienza. Sicuramente la posizione più avanzata è rappresentata dalla Costituzione sudafricana, dato prescrittivo positivo che diventa motore di un processo di attuazione costituzionale che colloca la libertà di orientamento sessuale accanto agli altri diritti fondamentali. Si potrebbe dire che la previsione faccia riferimento ad un divieto di discriminazione e non ad una libertà positiva, ma non c'è dubbio che essa sia elemento che sconvolge l'ordinamento costituzionale precedente e che informa la nuova costituzione di un dato assolutamente rilevante. Altre costituzioni hanno seguito l'esempio sudafricano (Fiji, Ecuador, Svizzera, Portogallo). Vi sono poi a un livello inferiore altri ordinamenti, il Canada in particolare, ove pur mancando una espressa disposizione costituzionale esiste un diritto vivente di matrice giurisprudenziale che ha introiettato il divieto di discriminazione e le istanze di libertà; e non è un caso visto che la avanzata società multiculturale canadese costituisce un laboratorio interessante capace di proporre questioni ed anche risposte. In altri ordinamenti poi, come quello statunitense, la cultura costituzionale è invece refrattaria se non del tutto contraria.

Nel nostro ordinamento si fa riferimento agli artt. 2 e 3 Cost. Per quanto concerne il principio di uguaglianza, per il modo in cui l'art. 3 è stato interpretato e inverte nella giurisprudenza costituzionale, può costituire lo strumento principale per poter introiettare nuove pretese e nuove libertà connesse all'oggetto del nostro dibattito. Uguaglianza non è solo il pari trattamento davanti alla legge, che significa non che la legge deve essere cieca e non guardare alla realtà concreta, ma esige un pari trattamento di situazioni eguali e un diverso trattamento di situazioni diverse, il cosiddetto principio di ragionevolezza. Un'uguaglianza ragionevole è l'uguaglianza che tratti allo stesso modo ciò che è eguale, ma diversifica il diverso, il diseguale, cioè le situazioni che meritano un trattamento diverso. C'è l'espresso divieto di discriminazione sulla base del sesso, ma nell'accezione tradizionale questo divieto concerne solo la situazione uomo/donna, senza che ci sia un allargamento rispetto ad altre fattispecie (tranne il caso delle persone transessuali). C'è poi il secondo comma, il principio della promozione dell'uguaglianza in realtà, la rimozione degli ostacoli che esistono di fatto e che impediscono il godimento da parte di tutti di libertà e di uguaglianza effettive, così come del libero sviluppo della personalità umana. Il principio è importante perché si esige l'intervento del legislatore non nel senso di un intervento cieco che livelli le diverse situazioni, ma che si faccia carico della diversità esistente nella società che deve diventare presupposto per regimi differenziati, compatibilmente con il quadro generale di riferimento. La tensione fra i due commi dell'art. 3, la dinamica tra uguaglianza e diversità, è una tensione che va ricondotta ad unità, esige un temperamento di diversi interessi, senza escludere che ci sono realtà ed interessi che meritano un trattamento differenziato. Principio che impone la ragionevolezza della legge intesa come adeguatezza al contesto: c'è nel valore dell'uguaglianza l'esigenza che si preservi un diritto alla differenza, intesa in senso lato, che trova garanzia nella Costituzione proprio dalla idea di un'uguaglianza ragionevole di un legislatore che si fa carico dei bisogni della società, li interpreta e dà risposte secondo ragionevolezza.

C'è poi l'art. 2 della Costituzione che, riconoscendo i diritti individuali della persona sia come singolo sia nelle formazioni sociali, può essere fonte di percorsi interpretativi utilizzabili a questo riguardo. E' abbastanza consolidata nell'interpretazione costituzionale la concezione secondo la quale il catalogo dei diritti fondamentali enunciati non è certamente esaustivo delle situazioni di libertà che connotano la persona umana dal punto di vista della sua realizzazione concreta. Il che vuol dire che l'art. 2 svolge una funzione di apertura costituzionale all'emersione delle nuove domande di libertà che può permettere l'assunzione di quelle nuove pretese che emergono dal contesto sociale. La Corte cost. riconosce questa disposizione come norma che permette di introiettare nuovi diritti e di assicurare loro la garanzia che il contesto in evoluzione riconosce a queste nuove domande di libertà, e quindi la garanzia che viene dalla giurisprudenza, dalla legislazione incipiente, dal dialogo tra le varie esperienze costituzionali perché non dobbiamo dimenticarci anche di quanto si verifica al di là dei nostri confini tramite la circolazione dei modelli e delle esperienze.

Rispetto alla giurisprudenza dobbiamo però stare molto attenti a non sovrapporre le diverse esperienze e i diritti che emergono perché spesso capita di esaltare enunciati di principio che invece hanno caratteristiche molto particolari. Ad esempio ricordo per tutte la sentenza della Corte Cost. n. 13 del 1994 sull'identità personale: è diritto distinto dall'identità sessuale e dal concetto di libertà sessuale, così come dal diritto al libero orientamento sessuale. Il primo è il diritto ad essere sé stesso: l'identità personale è un bene per sé, il diritto a che la individualità dell'individuo sia preservata. Sua specificazione è il diritto all'identità sessuale, riconosciuto da due decisioni (la 98/79 in senso negativo e la 161 del 1985). E' legittima la legge sulla rettificazione di sesso e acquista rilievo costituzionale il diritto all'identità sessuale, che va inteso non con l'esclusivo riferimento agli organi genitali esterni, ma nel senso che ai fini della identificazione viene conferito

rilievo anche ad elementi di carattere psicologico e sociale. La considerazione di questi dati ulteriori permette di introiettare nell'identità sessuale come diritto di libertà tutto ciò che dà essenza e sostanza alla persona dal punto di vista psicologico e delle sue relazioni interpersonali. Il sesso, come dato complesso della personalità, è determinato da una serie di fattori e la differenza tra i due sessi va ricercata tra il o i fattori dominanti. Da tutto ciò si distingue la libertà sessuale (n. 561 del 1987) che non attiene all'identificazione del soggetto, ma al diritto di disporre liberamente della propria sessualità (caso delle vittime di violenza sessuale durante la guerra). Diverso ancora il diritto al libero orientamento sessuale, la libertà di scelta. Non abbiamo dati giurisprudenziali rilevanti quindi occorre, per perseguire la strada del riconoscimento, un'interpretazione evolutiva degli artt. 2 e 3 Cost., prestando attenzione alle esperienze emergenti dalla legislazione speciale e dalle tendenze europee. Il d.lgs. 216/2003 contiene un dato normativo importante che si innesta nelle tendenze costituzionali delineate. Pensiamo ancora alle sentenze della Corte di Strasburgo e della Corte di Giustizia, che danno sempre più rilievo all'orientamento sessuale anche con ricadute significative all'interno degli ordinamenti nazionali: si parla di transessuali, di diritti riconosciuti in ragione dell'orientamento sessuale. Tale giurisprudenza supera le resistenze delle normative nazionale che non sono più adeguate alle nuove dimensioni della libertà intesa come libero orientamento sessuale e che esigono processi di trasformazione normativa.

L'interpretazione evolutiva della costituzione deve tener presenti alcuni paletti che pure esistono, richiamo soltanto il caso più clamoroso, il tema della famiglia fondata sul matrimonio ex art. 29. Nonostante alcune letture eversive l'art. 29 costituisce un ostacolo importante alla equiparazione delle situazioni familiari e dei diritti dei conviventi di fatto.

Ci troviamo in un contesto di profonda trasformazione degli ordinamenti, importante la circolazione delle esperienze e dei modelli di tutela, c'è anche la globalizzazione del diritto costituzionale della quale non possiamo non tener conto, vi sono forme di tutela multilivello dei diritti e delle libertà che a volte rappresentano dei miglioramenti, a volte dei freni. Ma l'esistenza di più giudici è un dato positivo, senza però disperdere un punto fondamentale: è difficile pensare che le conquiste di libertà possano venire soltanto dall'azione dei giudici, il sistema di una pretesa di *gouvernement des juges* rischia di essere fuorviante, c'è bisogno che la politica faccia il suo corso, specialmente quella legislativa, che intervenga e si assuma la responsabilità di compiere scelte importanti per porre dei paletti che possano segnare gli sviluppi successivi del diritto.

Robert Wintemute

Ringraziamenti al Centro Europeo Studi sulla Discriminazione e ad Avvocatura LGBT - Rete Lenford per l'invito. Il divieto di discriminazione per orientamento sessuale è un principio costituzionale che si riconosce a livello europeo, sia come diritto di libertà che di eguaglianza, come per la religione: si parla di libertà di religione e anche di eguaglianza senza distinzione per religione. Il prof. Morrone ha fatto accenno al divieto di discriminazione fondata sul sesso, e io credo che tutto si possa analizzare sotto questo cappello, perché la radice del problema è il machismo, è la dominazione della società per gli uomini. Ci sono legami molto stretti tra il femminismo e il movimento LGBT, dal punto di vista sociale e giuridico è lo stesso problema, anche se la giurisprudenza non ha condiviso questo argomento. Il diverso argomento presentato è allora che esiste un diverso motivo di discriminazione, che è l'orientamento sessuale: parliamo allora di combinazione di sesso, di coppie di sesso diverso e coppie dello stesso sesso, di atti sessuali fra persone di sesso diverso o dello stesso sesso. L'orientamento sessuale non compare nell'art. 14 CEDU né nel prot. n. 12, ma è implicito. La giurisprudenza di Strasburgo riconosce che c'è una protezione contro le discriminazioni fondate su questo fattore, che compare comunque

all'art. 21 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE. Si può dire che abbiamo il principio dell'eguaglianza senza discriminazione per orientamento sessuale inscritto nella giurisprudenza CEDU e nella Carta Ue. Abbiamo il principio, il problema è dunque la sua applicazione alle molteplici situazioni concrete.

Nello schema fornito la prima parte fa riferimento ai diritti individuali delle persone LGBT, parliamo soltanto della persona intesa come singolo: la CEDU già proibisce ogni forma di discriminazione, senza eccezione alcuna. Tale giurisprudenza ha cominciato con il diritto penale: sono state dichiarate illegittime le normative penali di criminalizzazione totale dell'omosessualità e via via altre forme di proibizioni discriminatorie (età del consenso, ecc.). Sono poi state vietate le discriminazioni sul luogo di lavoro, così come quelle nell'affidamento dei figli dei genitori omosessuali. Nel gennaio del 2008 la Corte ha esteso il principio che l'orientamento sessuale non deve rilevare come fattore negativo nella scelta del genitore affidatario anche all'adozione dei single, che tuttavia in Italia è molto rara. Questo principio si applica anche all'accesso alla PMA, se già esiste nel Paese per i single. Abbiamo allora una protezione ampia e completa, anche se una lacuna forte esiste nel diritto d'asilo, laddove i tribunali esigono spesso che la persona LGBT torni nel paese d'origine visto che non vi sarebbero conseguenze negative laddove si tenesse nascosto il proprio orientamento sessuale. Questo però non viene detto per le persecuzioni politiche, non si dice "torna in Iran e non parlare di democrazia, vedrai che andrà tutto bene". Il problema politico sottostante, che vale anche per le persone sieropositive, è che vi potrebbero poi essere milioni di richieste anche fraudolente.

Per le coppie ci sono tre livelli di uguaglianza: i) con le coppie di fatto di sesso diverso; ii) con i diritti riservati alle coppie sposate, iii) con i diritti dei genitori.

Per quanto concerne la famiglia notiamo subito numerose lacune ed alcuni avanzamenti, specialmente riguardo il primo punto (la seconda sezione dello schema). Abbiamo infatti già un principio guida (caso *Karner*): se uno Stato volontariamente riconosce le coppie non sposate, si devono includere le coppie di persone dello stesso sesso. Questo non aiuta molto i Paesi dove le convivenze di fatto non sono molto riconosciute, ma va citato ogni volta che si verifichi una distinzione tra conviventi di sesso diverso e conviventi dello stesso sesso.

Per il resto ci sono casi pendenti riguardo il diritto di contrarre matrimonio, che difficilmente sarà accettato, ma qui la Corte di Strasburgo ha sollevato d'ufficio una richiesta di chiarimento all'Austria se l'art. 8 Conv. imponga agli Stati di riconoscere almeno una possibilità alternativa di registrazione alle coppie LGBT, il che potrebbe avere conseguenze di rilievo in molti stati compresa l'Italia. A Lussemburgo abbiamo avuto in aprile la sentenza *Maruko* che però ha una portata limitata, perché impone la parità di trattamento tra unione registrata e matrimonio solo laddove il giudice nazionale riscontri che essi sono istituti analoghi e comparabili secondo il diritto nazionale. Ciò significa che piccole differenze sono illegittime, mentre grandi differenze rendono i due istituti non analoghi e quindi non coperti dal dettato della sentenza.

Per quanto concerne i diritti dei genitori, questione molto controversa in Italia, abbiamo anche qui dei casi pendenti a Strasburgo. Il caso più facile all'inizio è il caso di due donne, una madre genetica, una madre sociale: la prima è riconosciuta e l'altra no. La questione per i giudici è (cfr. Canada, Stati Uniti) se per il bambino sia meglio avere due madri giuridiche o una: due madri significa due soggetti obbligati al mantenimento, due successioni ereditarie, due diritti di sicurezza sociale, ecc. Attualmente vi sono solo nove Stati Membri del Consiglio d'Europa dove un bambino può avere due madri o due padri giuridici, ma c'è una possibilità che il caso sia deciso favorevolmente. Queste sono le frontiere della giurisprudenza, cui si aggiunge anche la questione della PMA per le coppie di due donne, che già esiste in Francia: una coppia di fatto di sesso diverso che vive

insieme da due anni ha accesso alla PMA, sicché si produce una potenziale discriminazione nei confronti delle coppie conviventi dello stesso sesso.

Andrea Morrone

Grazie per la ricchissima relazione, i casi citati meriterebbero un convegno apposito. Molto spesso la giurisprudenza di Strasburgo presenta degli strumenti spuntati contro la discriminazione, perché spesso si limita ad enunciazioni di principio che faticano a diventare diritto vigente all'interno degli ordinamenti, ma costituiscono dei guizzi importanti in un contesto che ha bisogno anche di piccoli e gradualisti passi in avanti per mettere in moto un processo. Non ho detto prima della vicenda italiana che è molto interessante per quanto concerne le trasformazioni che stanno avvenendo in questi anni a livello regionale, dove c'è una tendenza a fare leggi a tutela dei diritti di libertà. E' tuttavia scoppiato il problema dei rapporti tra centro e periferia, che ha portato all'annullamento di disposizioni all'avanguardia sicché ci si chiede se sia materia del legislatore regionale l'intervento sui diritti fondamentali del cittadino. C'è una schizofrenia degli strumenti normativi che spesso non è comprensibile.

Diletta Tega

Vorrei aggiungere qualche spunto alle relazioni che mi hanno preceduto, limitandomi a precisazioni e aggiunte. Parto dalla fine: il riferimento alla Convenzione europea è per noi di grande interesse, per noi costituzionalisti. La giurisprudenza è da noi seguita particolarmente ogni volta che ci riferiamo ai c.d. nuovi diritti. In questo momento storico di emersione di nuove rivendicazioni gli studiosi devono confrontare il dettato costituzionale interno con la tutela sovranazionale dei diritti. Quello che interessa al costituzionalista non è solo il testo della Convenzione, ma come questo viva nell'interpretazione dei giudici. In tutti i casi citati prima assistiamo ad un'approfondita lettura evolutiva dell'art. 8, che acquista lo stesso valore dell'art. 2 Cost. come breccia per i nuovi diritti. Il problema è però come conciliare i due piani, di definizione del rapporto tra la tutela costituzionale interna e la tutela sopranazionale. La Corte cost. italiana si sta misurando proprio sul rapporto tra questi due sistemi di tutela. Sulla carta un sistema multilivello disegna un circolo virtuoso perfetto ma dobbiamo tenere presente che la Corte di Strasburgo è la corte del caso concreto, non è una corte costituzionale: non può censurare la legislazione nazionale, può risolvere il caso concreto. La tendenza è quella di una corte particolarmente attiva che, nel decidere il caso concreto, forza la mano e si lascia andare a giudizi che comprendono la legislazione nazionale che si applica al caso concreto. Da quando è iniziato questo attivismo le corti nazionali si sono particolarmente concentrate alla ricerca di una delimitazione molto chiara dei confini di tutela costituzionale. In Italia, dopo decenni di riferimenti alle carte dei diritti e alla giurisprudenza in maniera sempre apodittica, recentemente (sent. 348 e 349 /2007) la Corte cost. affronta il problema del rapporto tra tutela nazionale e sopranazionale dei diritti. La Corte arriva a dire che la CEDU, letta alla luce della giurisprudenza della Corte di Strasburgo, può essere norma interposta nei giudizi di costituzionalità: se una legge italiana è in contrasto con la Conv. europea si dovrà i) controllare che la Conv. sia conforme a tutto il testo costituzionale e ii) effettuare un bilanciamento dei valori in gioco. Queste due sentenze possono deludere, ma esse sono da valutare in maniera positiva perché finalmente affrontano il problema apertamente (fin dagli anni '60 esistevano riferimenti alla Conv. ma il problema del rapporto con la Cost. non era mai stato sviscerato). In sostanza, dicono i giudici costituzionali, noi teniamo conto della Conv. come fattore che integra la Cost. italiana, ma ci riserviamo di valutare volta per volta che la giurisprudenza CEDU non diminuisca il grado di tutela che *in primis* deve

derivare dalla Costituzione italiana. Questa tendenza esiste in tutta Europa: si pongono dubbi sull'efficacia di un sistema multilivello come questo, perché il rischio è quello di una sorta di colonialismo giudiziario attuato da Strasburgo nei confronti della tradizione costituzionale nazionale. E' un discorso di carattere protezionistico, portato avanti da Scalia J. Negli USA, e che in Italia vede fiero antagonista Zagrebelski secondo il quale esiste una sorta di diritto costituzionale europeo comune che certo viene alimentato dalle figure più attive, che oggi sono i giudici costituzionali, perché il legislatore è completamente incapace di affrontare temi etici.

Dobbiamo pertanto essere consapevoli che i casi decisi a Strasburgo non possono essere recepiti passivamente e totalmente perché il nostro sistema costituzionale non lo permette e la dottrina in buona parte si sta muovendo verso posizioni protezionistiche e conservatrici. Il suggerimento è di tenere sempre sotto esame la giurisprudenza della corte europea e di valutare tutte le volte in cui questo ulteriore livello è effettivamente arricchente il parametro costituzionale. Ci sono per esempio dei casi in cui la Corte non fa un buon servizio alla tutela dei diritti - es. partiti turchi sciolti perché sospettati di essere centro di attività terroristiche. Se noi accogliessimo in toto le decisioni CEDU in materia di libertà religiosa esse sarebbero configgenti con l'ampiezza riconosciuta alla libertà religiosa in Italia dalla Costituzione.

Per tornare a noi nel 'mappare l'omofobia', io faccio parte di un gruppo di esperti che lavora per l'Agenzia dei diritti fondamentali dell'Unione europea con sede a Vienna. Il suo primo incarico è stato proprio un report sull'omofobia, che dà l'idea di come questo tema sia nell'agenda delle istituzioni comunitarie. All'Italia, come agli altri paesi, si chiede di fornire informazioni in materia di libertà di circolazione, di ricongiungimento familiare, diritto di asilo, libertà di riunione, tutela penale dell'istigazione all'odio (hate speech) e diritti dei transessuali. Il dato più significativo è che il report è stato portato a conclusione con enorme difficoltà perché non abbiamo avuto accesso a dati ufficiali, perché non esistono, che ci aiutino ad essere consapevoli e ad avere conoscenza di quella che è la situazione dell'omofobia nel nostro paese. Si possono trovare associazioni che collezionano notizie di cronaca e dati che possono aiutare a fare una sorta di mappa del fenomeno, ma se ci si rivolge ai soggetti istituzionali pubblici, per esempio il Ministero dell'Interno, non ci sono dati ufficiali. Non c'è l'interesse, almeno non finora, ad affrontare questa problematica *in primis* attraverso una raccolta di dati. Non entro nello specifico, ma per esempio con riguardo al diritto all'asilo non è dato sapere esattamente quante persone, poiché perseguitate per il proprio orientamento sessuale, abbiano chiesto e ottenuto il diritto d'asilo o altra forma di protezione umanitaria. Alcune sentenze della Corte di Cassazione in materia di immigrazione e asilo sono piuttosto sospette. In Italia non c'è alcuna previsione legislativa che riguardi l'hate speech (incitazione all'odio) a causa dell'orientamento sessuale: anche qui non sappiamo quanti casi hanno riguardato questi tipi di comportamenti. Nella passata legislatura si era tentato di inserire un riconoscimento di questa fattispecie, che per ora resterà lettera morta.

Da ultimo segnalo che sulla materia della discriminazione e dell'orientamento sessuale sono intervenute anche le Regioni, a livello di statuto hanno agito la Toscana, l'Umbria e l'Emilia Romagna. La Corte costituzionale è intervenuta sugli statuti in generale, stabilendo che le disposizioni sono nobili ma hanno più natura culturale e politica, ma non normativa. Ci troviamo quindi nell'ambito di esperienze virtuose che però non hanno un'immediata portata normativa. La Toscana è una regione virtuosa anche perché non ha lasciato questi principi nello statuto, ma ha tentato di portare avanti delle politiche concrete. Con la l.r. 63/2004 la Regione promuove la manifestazione del proprio orientamento sessuale e della propria identità di genere. La legge è stata impugnata dinanzi alla Corte costituzionale e, nonostante il suo valore intrinseco che potrebbe fungere da esempio per altre regioni tra cui la nostra, bisogna dire che è stata dichiarata in parte incostituzionale. Secondo il

governo la legge determinerebbe un ingiustificato arricchimento del patrimonio delle posizioni giuridiche e dei diritti di determinati soggetti a svantaggio di altri essendo l'ordinamento italiano improntato al principio di neutralità quanto all'orientamento sessuale dell'individuo. Non entro nel merito della legge però rilevo che è paradossale che una legge che vuole rispondere in funzione antidiscriminatoria nei confronti di una categoria di cittadini si senta dire che è discriminatoria nei confronti dell'altra maggiore perché il nostro ordinamento è improntato al principio di neutralità. Tuttavia noi abbiamo ancora l'art. 3 secondo comma quindi si può dire che il ricorso del governo dal punto di vista delle tutele costituzionali lascia quantomeno un po' perplessi. Non c'è tempo di affrontare il discorso della famiglia e delle convivenze con riferimento all'art. 29 ma possiamo eventualmente ritornare sul punto.

Robert Wintemute

Undici anni fa nel Regno Unito non avevamo niente, la situazione era peggio dell'Italia perché non avevamo eguaglianza nel diritto penale. Oggi abbiamo tutto salvo la parola matrimonio, tutti i diritti uguali per le coppie dello stesso sesso anche, dopo una legge votata in maggio, nella PMA: due donne che vanno in clinica per l'inseminazione dalla nascita del bambino la seconda madre sarà la madre giuridica, e anche per due uomini che scelgono la strada della maternità surrogata. Questo crea un legame di genitorialità giuridica senza adozione. In 11 anni è successo tutto questo, forse ci sono ragioni di ottimismo anche per l'Italia.

Sergio Lo Giudice (domanda dal pubblico)

Sulla base dell'esperienza spagnola dove si è aperto il matrimonio senza modifiche costituzionali, pur in presenza di una disposizione costituzionale non dissimile e forse più restrittiva rispetto a quella italiana, chiedo alla prof. Tega il suo pensiero sull'art. 29 come limite invalicabile.

Diletta Tega

La problematica dei Di.Co ha riaperto in Italia un dibattito molto più ampio relativo al riconoscimento da un lato delle unioni omosessuali, dall'altro del matrimonio omosessuale. Non c'è dubbio per la maggioranza della dottrina costituzionalistica italiana sulla possibilità di riconoscimento delle unioni, mentre per il matrimonio bisognerebbe modificare l'art. 29 Cost. Questa dottrina fa propria una lettura della tradizione culturale del messaggio dell'art. 29 che valorizza l'essenziale diversità di sesso tra i due contraenti. E' pur vero che il testo costituzionale non è interpretato alla luce dello spirito dei costituenti ma cerchiamo di agevolare una lettura al passo coi tempi, però bisogna chiarire bene fin dove si può spingere una lettura evolutiva e dove, per essere rispettosi della Cost. come fonte superiore dell'ordinamento, si debba invece procedere a revisione costituzionale. Il timore di questa dottrina è che facendo una lettura dell'art. 29 particolarmente evolutiva tanto da ricomprendere il matrimonio omosessuale si arrivi poi, seguendo le istanze del multiculturalismo, a riconoscere cittadinanza al matrimonio poligamico o tra parenti. Se esiste una maggioranza nel paese si può giungere al riconoscimento del matrimonio ma serve la revisione costituzionale perché un'interpretazione per valori è pericolosa laddove possa aprire in maniera indifferenziata ed eccessiva.

Chi legge invece l'art. 29 attraverso una chiave psicologica ci dice che quando la cost. parla di società naturale è evidente che si riferisce ad una naturalità che risiede nel diritto

allo sviluppo della propria personalità che c'è in ognuno di noi. La minoranza dei costituzionalisti sostiene che la costituzione dice al legislatore quali sono i paletti negativi oltre i quali non può andare con le sue leggi, lasciando tutto il resto in una sfera di liceità che non richiede alcuna revisione costituzionale.

Questo non vuol dire che già oggi non siamo nelle condizioni per abbandonare la foglia di fico dei Di.Co. e per attuare una legge che riconosca i diritti delle unioni omosessuali e che vada in quel senso lì e non che comprenda parenti come nonni e zii che potrebbero fare un Di.Co. E' vero che alcuni hanno il timore che un riconoscimento delle unioni di fatto equivalga a estendere il matrimonio anche alle coppie omosessuali, ma questo è un problema che terrei un po' da parte perché ci dimostra come scelte di carattere ideologico non aiutino a sciogliere un dibattito così difficile già di per sé. Sull'adozione ho delle serie perplessità che l'art. 30 Cost. possa permettere l'adozione ai single nell'ordinamento italiano, quindi non saranno le decisioni della corte di Strasburgo che veicoleranno una legislazione sull'adozione dei single, perché l'art. 30 letto in chiave di tradizione non lascia grandi vie di uscita, anche se l'Italia sta subendo notevolissime pressioni dal consiglio d'Europa per riconoscere l'adozione dei single, c'è una Convenzione che preme. I costituzionalisti hanno già detto che una legge di ratifica in tal senso sarebbe passibile di incostituzionalità. In Spagna è vero non hanno modificato la costituzione, forse lì c'è stata una lettura più in chiave psicologica che culturale.

Andrea Morrone

In realtà c'è un problema politico che questo paese vive riguardo le nuove frontiere di libertà ma anche la bioetica. Se la politica non riesce a fare pienamente il suo mestiere di intermediazione sociale e di sintesi delle esigenze e dei bisogni è evidente che qualunque prospettiva di trasformazione dell'esistente diventa assolutamente impraticabile. E'impensabile che uno schieramento di centro sinistra riesca a partorire il topolino dei Di.Co.:lì bisognava uscire da ogni ipocrisia e porsi direttamente il problema delle unioni omosessuali, perché questo è il vero problema, anche per chi a parole si dichiara alfiere delle libertà. Oggi molte cose sono state dette, la logica dei piccoli passi è una logica sempre produttiva, bisogna continuare così.

Il sessione

Sandro Campilongo

Rappresento oggi l'UNAR – Ufficio Nazionale Antidiscriminazioni Razziali, membro di Equinet, la rete europea degli organismi di parità nazionali. Pur essendo l'orientamento sessuale escluso dal mandato istituzionale dell'UNAR, sottolineo che la tendenza in sede europea è quella di occuparsi di tutti i casi di discriminazione, sicché si svolge comunque un'attività di orientamento a tutela delle persone che lamentino discriminazioni basate sull'orientamento sessuale. Gli strumenti normativi sono apparentemente differenziati e frammentati, anche se la struttura è molto simile. I disegni di legge della precedente legislatura miranti ad istituire l'UNA, ufficio nazionale antidiscriminazioni che si occupi di tutti i fattori di discriminazione, sono stati reiterati anche da questo governo. L'UNAR recepisce le segnalazioni ad un call center con numero verde, svolge attività di conciliazione informale e in caso di esito negativo le vittime vengono indirizzate presso le associazioni iscritte in un apposito registro e che hanno legittimazione ad agire in giudizio in nome e per conto della vittima o in caso di discriminazione collettiva. Tra le proposte che l'UNAR avanza ogni anno al Parlamento vi sono quelle di attribuire legittimazione ad agire anche allo stesso Ufficio, e a rendere gratuita l'azione

Maria Acierno

Porto una competenza pratica per poter far entrare effettivamente negli studi degli avvocati, nelle associazioni e nelle aule di giustizia le discriminazioni dovute all'orientamento sessuale. Prima di vedere i profili processuali relativi alle azioni individuali e collettive, vi sono tre precisazioni da compiere. Primo, sulla sentenza *Maruko* della corte di giustizia va sottolineata l'importanza dell'aver equiparato la pensione di reversibilità alla retribuzione, poiché il lavorista sa che c'è un grande dibattito se le pensioni abbiano natura retributiva o indennitaria. Questa puntualizzazione è importante perché sottolinea subito come nel nostro ordinamento non esista la possibilità di proporre un'azione antidiscriminazione: il d.lgs. 216/2003 riguarda solo l'accesso e l'esercizio del diritto al lavoro. La tutela è a tutto campo, non riguarda solo l'esecuzione del lavoro, riguarda anche accesso e estinzione, ma impone comunque un collegamento con il lavoro. La necessità di trovare sempre un profilo misto di tutela, rispetto agli strumenti tipici ex art. 43 e 44 t.u. imm., esclude che esista un'azione di discriminazione solo ricollegabile all'orientamento sessuale. L'art. 43 in realtà ha un oggetto più ampio del d.lgs. 215, ha una misura di tutela superiore: la tutela è più incisiva, e sicuramente più incisiva rispetto alla tutela oggi vigente per l'orientamento sessuale. L'art. 43 fa riferimento alle libertà fondamentali in campo sociale, e in questo si può estendere la tutela, sempre che ci sia il profilo del *vulnus* alla condizione di straniero, anche all'orientamento sessuale. E' però sempre necessario un collegamento (o col lavoro, o con lo straniero), e questa è una lacuna di questo specifico sistema di tutela. Va precisato inoltre che la sentenza della Cassazione già citata da Diletta Tega relativa all'espulsione dello straniero a rischio di persecuzione a causa dell'orientamento sessuale va letta in luce negativa perché vi si afferma, nella sua seconda parte, la necessità della prova dell'omosessualità del ricorrente sostenendo che la dichiarazione del soggetto e la sua iscrizione all'Arcigay non sono sufficienti. Ancora più grave è il fatto che se il reato previsto nel paese d'origine è l'ostentazione della pratica sessuale, suscettibile di turbare il sentimento morale e religioso del Paese, questo sarebbe giustificato e non si potrebbe escludere la legittimità dell'espulsione. Questo inquadramento dà ingresso ai pregiudizi più inveterati sull'omosessualità e non appare convincente. Per quanto concerne la sistematica delle fonti e l'ingresso della

giurisprudenza CEDU nel nostro sistema, si rileva che il cammino di introduzione della CEDU nel nostro ordinamento è accidentato, non semplice. Nelle sentenze del 2007 la Corte Cost. fa un ragionamento semplice ed efficace: l'art. 11 della Cost. riguarda l'introduzione diretta del diritto comunitario e delle sentenze della Corte di giustizia; le sentenze della CEDU trovano la loro collocazione costituzionale nell'art. 10, 1° comma, e sono norme di rango subito subcostituzionale, ma oltre la legge ordinaria. Ovviamente subiscono il giudizio di costituzionalità, non possiamo utilizzare una sentenza se contrasta con le norme della nostra costituzione, ma se invece non contrasta ma le promuove e le sviluppa, come nel caso dell'antidiscriminazione, l'interpretazione della CEDU diventa vincolante per il giudice. Questo non nel senso che può disapplicare la legge italiana, ma nel senso che bisogna sollevare l'incidente di costituzionalità. Come ha spiegato V. Zagrebelski che è giudice a Strasburgo, quando la norma italiana non è in netto contrasto con la CEDU e non si impone l'incidente di costituzionalità, bisogna interpretare e valorizzare i nostri diritti secondo quanto dicesse la CEDU. Questo contrasto poi non c'è praticamente mai, specie nei diritti fondamentali, il nostro livello di tutela costituzionale è già molto elevato, ma le sentenze della CEDU contengono quella possibilità in più di superare un modello culturale vecchio, non costituzionale, e per questo vanno promosse. Pur comprendendo le perplessità dei teorici, l'avvocato fa un buon lavoro per il giudice se cita le sentenze della CEDU spiegando dove e come possono essere applicate. Queste sentenze sono entrate nelle sentenze nazionali per tante ragioni, per il giusto processo, per la fecondazione assistita, per il caso Welby. Bisogna mettersi in un'ottica di grande apertura, noi siamo giudici europei, e avvocati europei, e non c'è settore di maggior sviluppo e protezione di tutela di quello antidiscriminatorio.

Per quanto concerne gli strumenti di tutela specifici, l'architettura prevista dagli artt. 43 e 44 t.u. imm e dai d.lgs. 215 e 216 articola una tutela antidiscriminatoria fondata sull'azione individuale o collettiva. L'azione collettiva era già prevista dal 1998, potenziata dal d.lgs. 216, ma resta inapplicata. A livello processuale un chiarimento alle norme poco chiare è offerto dalla sentenza n. 6172/2008 della Cassazione, ove è precisata la fisionomia del procedimento che è da intendersi come bifasico: una parte di tutela urgente di natura cautelare, che a sua volta può suddividersi in una parte a contraddittorio differito, e una parte a cognizione piena con eventuale risarcimento del danno. La Cassazione dice che la fase cautelare dà luogo a un provvedimento cautelare anticipatorio, che può anche non necessitare della cognizione piena successiva. E' possibile anche una tutela cautelare *ante causam*, laddove possa essere satisfattivo per la parte. In più va detto che non c'è lo specifico requisito del *periculum in mora* che spesso blocca la tutela cautelare, sicché può essere strumento particolarmente efficace. In genere il giudizio a cognizione piena servirà per il risarcimento del danno. Bisogna però evitare di dare dei risarcimenti simbolici, bisogna che i risarcimenti siano effettivi e abbiano una seria funzione riparatoria e anche *latu sensu* sanzionatoria. Purtroppo non c'è nell'azione discriminatoria il rimedio delle *astreintes*, come invece nell'azione collettiva a tutela dei consumatori. Riguardo le azioni collettive antidiscriminatorie, che quasi non esistono, paradossalmente è più semplice proporle ex d.lgs. 216 che 215, perché nel primo non è prevista la previa iscrizione nell'apposito registro. E' vero che la norma sembra riferirsi unicamente alle associazioni sindacali di categoria, ma si tratterà di comprendere se altre associazioni possano soddisfare lo stesso il requisito della rappresentatività.

Infine, bisogna interrogarsi se rimanga uno spazio di tutela antidiscriminatoria che sia fuori dal modello ora visto. Io intravedo una possibilità seguendo il modello del danno esistenziale come configurato dalla Cassazione, ovvero laddove si possa riconoscere una lesione costituzionale. Per le condotte discriminatorie fondate sull'orientamento sessuale è molto facile, dal punto di vista dei diritti individuali (senza riferimento invece al discorso della coppia e della filiazione), in qualsiasi settore della vita dell'individuo esse cozzeranno

contro i diritti riconosciuti dalla Costituzione (riservatezza, salute, ecc.). Si può quindi pensare ad un'azione ex art. 700 in via urgente, perché il provvedimento ex art. 700 è atipico e può avere anche contenuto conformativo, e poi un giudizio a cognizione piena che abbia contenuto riparatorio e risarcitorio.

Hans Ytterberg

L'ufficio dell'Ombudsman svedese contro la discriminazione basata sull'orientamento sessuale rispetta la tradizione svedese di avere organismi separati per ogni fattore di discriminazione. Tuttavia, a partire dal 1° gennaio dell'anno prossimo essi verranno unificati in un unico organismo di parità. Molti dei materiali prodotti dall'ufficio, creato con legge nel 1999, sono riassunti in inglese e disponibili sul sito web. Cominciando dalle conclusioni, bisogna rilevare che il cambiamento è possibile, ma non avviene da solo. E' quindi necessario che vengano adottate specifiche normative antidiscriminatorie: anche se non è possibile mettere fuori legge il pregiudizio, l'ignoranza, l'odio e la stupidità, senza specifica normativa antidiscriminatoria c'è veramente poco che si possa fare. La normativa può quindi costituire un rimedio contro gli effetti del pregiudizio e dello stereotipo, ancorché servano altri elementi. Un elemento fondamentale è che, a prescindere dal tipo di normativa presente, è vitale avere sanzioni adeguate: i soldi parlano. In particolare nel settore dell'istruzione scolastica, prima che fossero adottate norme specifiche assistite da sanzioni efficaci, era molto difficile coinvolgere le istituzioni scolastiche nella prevenzione della discriminazione e nella promozione della parità di trattamento. Successivamente all'adozione della normativa con sanzioni adeguate, c'è stato un repentino aumento di interesse da parte delle istituzioni scolastiche, proprio perché soggette al rischio di dover risarcire i danni ai singoli studenti. Inoltre, il solo divieto di discriminazione non completa il panorama, anche se assistito da sanzioni. Nella legislazione servono anche previsioni specifiche che obblighino i diversi attori all'azione per promuovere l'eguaglianza e prevenire la discriminazione, non è sufficiente avere rimedi che si attivano solo quando la discriminazione si è già verificata. La promozione e la prevenzione è sì un compito che spetta a tutti, ma bisogna essere consapevoli del fatto che il rovescio della medaglia comporta che il compito possa divenire responsabilità di nessuno. Se esiste solo un obbligo generalizzato e diffuso, nessuno si attiverà per primo. Da qui nasce l'esigenza di avere un ente che svolga funzioni di coordinamento e di monitoraggio sulle azioni e i programmi di tutti gli altri enti coinvolti. L'Ombudsman ha un mandato istituzionale molto ampio, consistente nell'obbligo di garantire l'attuazione del principio generale di non discriminazione, anche nei settori dove non esista un divieto specifico di discriminazione basato sull'orientamento sessuale. Nell'esperienza svedese tale principio è arricchito dagli stimoli provenienti dal diritto internazionale, come ad esempio il fatto che la differenza di trattamento debba essere necessaria al fine di raggiungere obiettivi oggettivamente giustificati. Un secondo sottoprincipio su cui si basa l'azione dell'ufficio è che nella discriminazione basata sull'orientamento sessuale non assumono alcuna rilevanza le opinioni personali riguardo l'omosessualità. Quello che uno possa pensare sulle pratiche omosessuali, sulla naturalità, sull'opportunità o meno di offrire tutela giuridica, è rilevante solo nella sfera privata, non certo nella sfera pubblica.

L'ufficio ha sempre monitorato da vicino la situazione dei giovani LGBT come gruppo vulnerabile, ed in questo settore le opinioni del Comitato ONU sui diritti del fanciullo, che assicura l'attuazione della Convenzione ONU sui diritti del fanciullo hanno sostenuto che per rispettare la Convenzione gli stati devono adottare norme che proteggono i minori dalla discriminazione fondata sull'orientamento sessuale. Il Comitato va anche oltre, affermando che i minori devono avere accesso ad adeguate informazioni, sostegno e protezione per

poter vivere apertamente il loro orientamento sessuale, il che costituisce un obbligo positivo per gli stati di adottare azioni mirate.

Oltre a questi scopi generali, il mandato dell'Ombudsman oggi risulta assai potenziato rispetto agli inizi, comprendendo non solo il lavoro e l'occupazione ma anche l'istruzione di ogni grado, accesso e fornitura di beni e servizi, pubblici e privati, incluso l'alloggio. Normalmente si ricercano soluzioni conciliative ma in caso negativo l'ufficio ha la possibilità di adire il giudice il che si rivela interessante per le vittime anche perché non viene chiesto loro di sostenere i costi della causa. In aggiunta, l'ufficio ha il compito di proporre al parlamento nuove misure legislative anche alla luce degli sviluppi internazionali. L'Ombudsman si può attivare d'ufficio per svolgere tutte le indagini più opportune, senza necessità di denunce individuali. Una delle prime indagini compiute su larga scala ha coinvolto i contratti collettivi del settore pubblico a tutti i livelli al fine di eliminare le clausole discriminatorie nei confronti delle coppie di persone dello stesso sesso. Per più di un decennio si era parlato di queste clausole, ma dopo l'istituzione dell'Ombudsman e della normativa ci sono voluti solo tre mesi per eliminarle o rinegoziarle. La forma più comune di discriminazione nell'ambito del mondo del lavoro è la molestia, ma mi occupo anche di rifiuti di assunzione o rifiuti di rinnovo di impieghi temporanei. Nel settore dell'istruzione si ripresenta il problema delle molestie sia fra studenti, sia da parte degli insegnanti nei confronti degli studenti. Nel settore sanitario si sono verificati casi di rifiuto di prestazioni, di molestie da parte dei medici, di difficoltà pratiche di accesso per le coppie lesbiche alla procreazione medicalmente assistita nonostante abbiano un diritto riconosciuto dalla legge.

Cathy La Torre

Come Responsabile dello sportello legale Arcigay posso segnalare che in tre anni di attività sono state curate quasi trecento segnalazioni, anche se non tutte legate a fenomeni di discriminazione. La normativa purtroppo non segue in tutto e per tutto le trasformazioni del mercato del lavoro, sicché è molto difficile per esempio agire nel caso di rifiuto di rinnovo di contratti di lavoro temporanei. I lavoratori precari quindi sono molto esposti alle difficoltà di agire sotto il profilo della tutela antidiscriminatoria. Anche nel caso di lavoratori stabili, molto spesso ci si scontra con i meccanismi burocratici dei grandi gruppi al cospetto dei quali l'assistito spesso demorde. In un recente caso, un lavoratore di una grande banca lamentava di non riuscire ad ottenere promozioni e avanzamenti di carriera a causa dell'orientamento sessuale, a differenza dei colleghi che erano stati tutti promossi. Alla sua richiesta di spiegazioni gli fu risposto che non aveva le caratteristiche personali richieste. L'avvocato quindi in una situazione del genere può provare ad aprire un fascicolo, ma la prima questione che l'assistito pone è se potrà essere licenziato come conseguenza della sua azione in giudizio. La risposta più immediata è che la legge vieta la c.d. vittimizzazione di chi ricorra in giudizio per condotta discriminatoria, ma non è detto che qualche anno dopo, magari in seguito all'ennesima fusione societaria, non venga licenziato come esubero magari perché la pratica non era stata dimenticata.

Agli inizi di giugno il d.lgs. 216/2003 è stato modificato e leggermente migliorato, specie per quanto concerne il profilo attinente all'onere della prova. Le modifiche sono intervenute in seguito alla procedura di infrazione attivata dalla Commissione europea. Purtroppo bisogna rilevare che, nonostante vi sia stato un ulteriore alleggerimento dell'onere della prova, sussistono rilevanti differenze tra le modifiche apportate al d.lgs. 216, che copre l'orientamento sessuale e prevede che si debbano dimostrare fatti "gravi, precisi e concordanti", e quelle apportate al d.lgs. 215 sulla razza e l'origine etnica, dove i fatti devono essere solo "precisi e concordanti" ed è specificamente menzionata la possibilità di ricorso alla prova statistica. C'è quindi una chiara differenziazione che non appare sorretta da alcuna giustificazione. Come già sottolineato, poi, il d.lgs. 216 concerne solo l'ambito

del lavoro, sicché al di fuori di quest'ambito ogni discriminazione rimane incontrastata. Una casistica interna dello sportello legale rivela inoltre come questi altri ambiti siano interessati da episodi discriminatori, specialmente per quanto concerne episodi di bullismo, rifiuto di concedere alloggi, trattamenti degradati e molestie nella sanità. Nella cartellina è stato incluso un dossier dell'Arcigay sull'omofobia ove è possibile leggere di episodi davvero inquietanti; al riguardo è giocoforza segnalare che siamo in presenza di una vera e propria lacuna normativa, dal momento che non esiste alcuna forma di protezione verso atti di aggressione determinati dall'omofobia o di incitamento all'odio, non è prevista nemmeno un'aggravante. Ciononostante come legali di persone che hanno subito aggressioni omofobiche chiediamo sempre l'applicazione dell'aggravante prevista dalla legge Mancino per casi di violenza motivati da odio razziale o etnico. Ancorché i giudici normalmente rispondano che non è prevista l'estensione analogica di tale aggravante, è importante da un punto di vista politico e di coscienza anche rispetto alle controparti, augurandoci che presto il vuoto normativo possa essere colmato.