

LA DISCRIMINAZIONE SULLA BASE DELL' ORIENTAMENTO SESSUALE E L'IDENTITÀ DI GENERE



LA DISCRIMINAZIONE SULLA BASE DELL' ORIENTAMENTO SESSUALE E L'IDENTITÀ DI GENERE



CONTRO LE DISCRIMINAZIONI



Quaderni contro le discriminazioni: n.6
Novembre 2014



Indice

- Premessa
- Glossario
- La discriminazione delle persone omosessuali e transgender
- La discriminazione specifica sulla base dell'identità di genere





PREMESSA

L'orientamento sessuale e l'identità di genere sono caratteristiche universali dell'essere umano; per questo motivo, le leggi che vietano la discriminazione sulla loro base non tutelano unicamente i membri di minoranze, ma tutta la popolazione. È però un dato intuitivo il fatto che le persone omosessuali e transgender siano più esposte al rischio di essere discriminate di quanto non lo siano le persone eterosessuali. Perciò, in questa pubblicazione ci concentreremo sulle discriminazioni verso le persone lesbiche, gay, bisessuali e transgender (LGBT).

GLOSSARIO

Parte delle discriminazioni vissute dalle persone omosessuali, bisessuali e transgender passa anche da un uso impreciso e confuso dei termini. Per questo proponiamo in apertura di questo opuscolo un breve glossario, per illustrare i termini più appropriati per definire le persone e le questioni collegate alle comunità LGBT.

ORIENTAMENTO SESSUALE: è l'attrazione emozionale, affettiva e/o sessuale verso una persona del proprio sesso (orientamento omosessuale), di sesso opposto (orientamento eterosessuale) o di entrambi i sessi (orientamento bisessuale). Recentemente è stato aggiunto anche l'orientamento asessuale, che identifica le persone che non provano attrazione emozionale, affettiva e/o sessuale. L'orientamento sessuale identifica quindi le persone come eterosessuali, bisessuali o omosessuali (gay e lesbiche).

IL SESSO BIOLOGICO: descrive dal punto di vista meramente genetico e fisiologico il maschio, la femmina, le persone intersessuali (persone che, per nascita, presentano caratteristiche di entrambi i sessi) e le persone transessuali (persone, che con un percorso, anche medico, cambiano il proprio sesso biologico).

GENERE O RUOLO DI GENERE: è l'insieme di rappresentazioni culturali, definizioni e aspettative sociali che ogni cultura attribuisce al sesso biologico. In sintesi l'identità di genere specifica cosa una determinata cultura si attende, in termini di comportamento, apparenza e stile di vita, da chi è maschio e da chi è femmina. Questo influenza *l'espressione di genere*, cioè il modo in cui una persona viene percepita dagli altri: se aderente o meno al modello culturale proposto.

IDENTITÀ DI GENERE: è il modo in cui ciascuno vive il proprio sesso, così come declinato dalla cultura di appartenenza, aderendo alle aspettative, rifiutandole o mediando; l'identità di genere identifica così gli uomini (i maschi che si riconoscono nel ruolo di genere maschile), le donne (le femmine che si riconoscono nel ruolo di genere femminile), le persone transgender (quelle che si riconoscono nel ruolo di genere diverso dal proprio sesso biologico, anche se non necessariamente si sottopongono al transito) e intergender (persone che non si riconoscono nella divisione binaria uomo/donna).

Identità di genere ed orientamento sessuale sono due fattori autonomi nella costruzione dell'identità delle persone e non sempre il transgenderismo (o la transessualità) si accompagnano all'omosessualità, o ne sono il risultato.



LA DISCRIMINAZIONE DELLE PERSONE OMOSESSUALI E TRANSGENDER

La normativa italiana, recependo quella europea, distingue tre tipi di discriminazione: c'è la discriminazione diretta che, in questo contesto, si ha nel momento in cui una persona viene trattata in maniera diversa, solitamente peggiore, unicamente perché è (o viene percepita come) omosessuale o transgender; c'è poi la discriminazione indiretta, che si verifica quando una clausola, una legge, un regolamento o altra norma che sembra essere neutra, in realtà pone in una situazione di particolare svantaggio le persone, unicamente in base al loro orientamento sessuale o identità di genere; c'è infine la discriminazione come molestia, cioè quei comportamenti non desiderati messi in atto con lo scopo o l'effetto di creare un clima intimidatorio o lesivo del rispetto.



• LA DISCRIMINAZIONE DIRETTA: IL MONDO DEL LAVORO

• D.LGS 216/2003

Il decreto legislativo 216 del 2003, che recepisce la direttiva europea 78 del 2000, è l'unica norma italiana che tuteli esplicitamente dalla discriminazione sulla base dell'orientamento sessuale. La normativa italiana in materia di discriminazione è infatti disomogenea e i vari fattori di discriminazione trovano tutele diverse in leggi diverse.

La direttiva 78 è denominata "direttiva lavoro" e assieme alla direttiva 43 (la c.d. "direttiva razza") rappresenta il cuore della normativa europea in tema di prevenzione e contrasto alle discriminazioni. Essa, come il decreto che la trasforma in legge italiana, mira a proteggere lavoratrici e lavoratori dalle discriminazioni che potrebbero subire nell'ambito lavorativo, sulla base della loro religione o credo, età, disabilità od orientamento sessuale.

L'ambito delle tutele previste dalla norma è quello lavorativo, da intendersi nel senso più ampio possibile; si devono infatti considerare sia il lavoro autonomo che quello dipendente in tutte le loro fasi: selezione e condizioni di assunzione, condizioni di lavoro e di licenziamento, avanzamenti di carriera e retribuzione; qualificazione professionale, orientamento, formazione e riqualificazione; affiliazione e partecipazione nelle organizzazioni di lavoro, di professionisti e datoriali.

Pur con alcune ombre (1), il D.lgs 216 riguarda quindi tutta la materia lavorativa, introducendo alcune importanti novità nell'ordinamento giuridico italiano. Da un lato infatti è prevista la così detta inversione dell'onere della prova: nel caso in cui sussistano "dati statistici o elementi di fatto, in termini gravi, precisi e concordanti", il ricorrente potrà portarli in giudizio, anche senza ulteriori prove ed il giudice li dovrà valutare. Dall'altro lato si prevede che il giudice possa ordinare il risarcimento del danno anche non materia-

le. Infine, è riconosciuta la possibilità che a muovere causa non sia la persona che ha subito la discriminazione ma, in sua vece e per suo conto, le "rappresentanze locali delle organizzazioni nazionali maggiormente rappresentative" che possono diventare esse stesse soggetti attivi nei casi di discriminazioni collettive.

- La ricerca "Io sono, io lavoro", condotta da Arcigay e pubblicata nell'ottobre 2011, è la prima indagine esaustiva a livello nazionale sul tema della discriminazione nel mondo del lavoro sulla base dell'orientamento sessuale. La ricerca mette in luce come quasi il 20% delle persone intervistate abbia subito un qualche tipo di discriminazione; in particolare, il 13% ha dichiarato di aver visto respinta la propria candidatura, sulla base del proprio orientamento sessuale o della propria identità di genere; il 4,8%, in maggioranza persone transessuali, ha subito un licenziamento. I comportamenti discriminatori non sono però stati denunciati ad autorità con funzioni di tutela (sindacati, giudice del lavoro ecc.); infatti ben il 70% delle persone intervistate afferma di averne parlato, ma all'interno delle proprie reti informali di supporto (amici e parenti in primis), senza che ciò portasse ad alcun effetto pratico.
- I comportamenti discriminatori "informali" sono quelli che creano un clima negativo per le persone omosessuali e transessuali sui luoghi di lavoro: il 54% delle persone intervistate afferma infatti che nel proprio contesto lavorativo ci sono pregiudizi negativi verso le persone LGBT e il 54,2% dichiara che è comune l'utilizzo di termini offensivi legati all'orientamento sessuale e l'identità di genere. Tale clima è causa di conseguenze dirette sulla salute psico-fisica, le relazioni personali, la motivazione ed il rendimento.



• LA DISCRIMINAZIONE INDIRETTA: IL DIRITTO FAMILIARE

Nella maggior parte dei Paesi occidentali, le coppie dello stesso sesso possono vedere riconosciute le loro unioni tramite il matrimonio o altri istituti giuridici più o meno equivalenti in termini di diritti e doveri. Al momento della stesura di questo opuscolo, in Italia non c'è la possibilità per le coppie omosessuali di accedere ad alcun tipo di tutela, nonostante un ampio dibattito che si sta orientando verso il modello tedesco: la creazione di un istituto giuridico apposito, equivalente al matrimonio, ma aperto solo ed unicamente alle coppie dello stesso sesso.

Negli ultimi anni, al di là di numerose proposte legislative che non hanno però concluso l'iter parlamentare, numerose sentenze di tribunale hanno cominciato ad influire sulla materia. La più rilevante, anche se solo dal punto di vista simbolico, è la sentenza della Corte Costituzionale n. 138 del 2010; alla Corte era stato chiesto se il fatto che solo le coppie eterosessuali possano sposarsi sia o meno incostituzionale. Con la sentenza 138, la Corte ha affermato che la Costituzione italiana non obbliga lo Stato ad aprire l'istituzione del matrimonio anche alle coppie dello stesso sesso (pur non vietandola); la Corte afferma però anche che le coppie omosessuali hanno il diritto costituzionale al riconoscimento della propria vita familiare ed ha quindi chiesto al Parlamento di creare gli strumenti giuridici adatti per garantire tale riconoscimento, specificando che spetta al legislatore individuare quali debbano essere (matrimonio o altra forma di riconoscimento).

La sentenza della Corte di Cassazione n. 4184 del 2012 ha poi stabilito che anche le coppie dello stesso sesso stabilmente conviventi debbano vedere riconosciuto il "diritto ad una vita familiare", comportante, in alcuni casi, un pari trattamento con le coppie eterosessuali coniugate. Sulla base di quest'ultima sentenza, il Tribunale di Grosseto tramite l'ordinanza del 9 aprile 2014, ha imposto al Comune di trascrivere un matrimonio contratto all'estero tra due uomini. Nel settembre 2014 è però intervenuta la corte d'appello di Firenze che ha disconfermato

l'ordinanza ed imposto al Comune di Grosseto la cancellazione del matrimonio precedentemente registrato; dovrà essere una sentenza della Corte di Cassazione a dirimere la questione.

Inoltre, nel momento della stesura del presente opuscolo, la questione sembra quanto mai complicata: alcuni Sindaci (in particolare di Bologna e Roma) si stanno spendendo attivamente per la registrazione delle unioni contratte all'estero, in aperto contrasto con il Ministero dell'Interno che, tramite le Prefetture, ne impone la successiva cancellazione.

È indubbio che anche in Italia si assiste ad un cambiamento culturale in materia, pur rimanendo di fatto la mancanza di tutela delle coppie dello stesso sesso. Non si tratta solo del valore simbolico del mancato riconoscimento giuridico, ma dell'esclusione da una serie di diritti (alcuni dei quali hanno anche una valenza economica) che vengono invece garantiti alle coppie che decidono di sposarsi: la legge italiana norma il matrimonio (come si accennava, l'unica forma di riconoscimento dei vincoli affettivi) tramite il titolo VI, libro primo, del Codice Civile (artt. 79-230); questo però illustra semplicemente i diritti ed i doveri che i coniugi hanno l'uno verso l'altra. Per capire in che modo la mancanza di riconoscimento dei vincoli affettivi tra persone dello stesso sesso risulti discriminatoria, è necessario analizzare altre norme ed i diritti che esse riconoscono al nucleo coniugale verso terzi.

Di seguito si trovano alcuni esempi (che riguardano anche le coppie di fatto eterosessuali):

•**Diritto successorio:** il Titolo 1, Libro II del Codice civile regola il diritto di successione; definisce quali siano gli eredi e quale sia la quota loro spettante. Ovviamente, nulla è previsto per il compagno o la compagna di chi decede, così che, in assenza di un testamento, tutti i beni andranno alla famiglia di origine. Anche in presenza di un testamento, però, chi decede non può decidere di lasciare il suo intero patrimonio al proprio compagno o alla propria compagna: la legge prevede una così detta "quota di riserva" pari ad 1/3 dei beni posseduti che va per legge alla famiglia di origine (cosa che non avviene nel caso in cui ci sia un coniuge). Inoltre, in caso di decesso, il/la convivente non ha diritto

alla pensione di reversibilità, riconosciuta invece al/la coniuge.

•**Diritto dell'immigrazione:** a norma del D.lgs 286/98 (Testo unico sull'immigrazione) lo straniero o la straniera che sposi un/una cittadino/a italiano/a o di un Paese terzo regolarmente residente in Italia, ha diritto al permesso di soggiorno per motivi familiari; inoltre l'art. 5 della legge 91 del 1992 prevede che il/la coniuge di cittadino/a italiano/a abbia diritto alla cittadinanza dopo due anni di residenza in Italia o, se non risiede in Italia, dopo 3 anni dal matrimonio. La circolare 8996/2012 del Ministero dell'Interno riconosce allo straniero non comunitario che abbia contratto matrimonio con una persona del suo stesso sesso in un Paese in cui questo sia riconosciuto, il diritto a ottenere la carta di soggiorno per familiari di cittadini UE. Questo però si limita alle coppie dello stesso sesso che abbiano potuto contrarre matrimonio in un Paese terzo; per le altre, non è prevista la possibilità di ricongiungimento.

•**Diritto all'assistenza:** nel caso in cui una persona si trovi in una situazione di limitazione della libertà personale o sia ricoverata in prognosi riservata, il diritto di informazione sullo stato di salute e di visita sono riservati a coniugi e familiari stretti (sono quindi esclusi i conviventi); parimenti, i congedi lavorativi per assistenza in caso di malattia o disabilità sono riconosciuti unicamente ai parenti di sangue o al coniuge.

•**La legge 5/2009 della Regione Emilia-Romagna:** l'articolo 48 "Parità di accesso ai servizi" della legge finanziaria della Regione Emilia-Romagna del 2010 (2) vieta qualunque tipo di discriminazione basata su razza, sesso, orientamento sessuale, lingua, religione, opinioni politiche, condizioni personali e sociali. Ancora più nello specifico, il comma 3 afferma che gli effetti della legislazione regionale in termini di diritti si applicano senza distinzione a tutte le forme di convivenza previste dalla normativa anagrafica: coppie sposate, parenti, affini e persone conviventi legate da vincoli affettivi. Si tratta di una norma avanzata e unica in Italia, che però, nel concreto, ha effetti principalmente formali, dato che la maggior parte dei nodi discriminatori vissuti dalle coppie di fatto si verifica in materie (immigrazione, successione, assistenza e rappresentanza) su cui lo Stato ha una competenza esclusiva.




• MOLESTIE: ATTI OMOFOBICI E TRANSFOBICI, LEGGE MANCINO E MANCATE TUTELE

Nel diritto europeo, che ha fornito il modello a quello italiano sul contrasto delle discriminazioni, oltre alle discriminazioni dirette e indirette si citano le molestie, come “comportamenti indesiderati, posti in essere per motivi di razza, della religione, delle convinzioni personali, degli handicap, dell’età o dell’orientamento sessuale, aventi lo scopo o l’effetto di violare la dignità di una persona e di creare un clima intimidatorio, ostile degradante, umiliante od offensivo”.

Nel caso in cui questo tipo di comportamento sia motivato dall’orientamento sessuale o dall’identità di genere, essi possono essere descritti come “comportamenti omofobici e transfobici”. In una recente ricerca dell’Unione Europea (3) l’Italia emerge come uno dei Paesi dell’Unione in cui i comportamenti omofobici sono più comuni e presenti: in Italia si rileva in particolare un uso molto comune di termini offensivi per indicare persone omosessuali e transessuali (il secondo Paese dopo la Lituania) e un elevato numero di aggressioni e maltrattamenti (il quinto Paese dopo Ungheria, Bulgaria, Romania e Lituania).

Nell'ordinamento giuridico italiano, la Legge 205 del 1993 (la così detta Legge Mancino) prevede aggravanti specifiche quando un'aggressione, fisica o verbale, è motivata da odio razziale o religioso; la stessa legge poi vieta la diffusione di idee basate sulla superiorità razziale e religiosa. I tentativi di approvare una norma speculare per i crimini legati ad omofobia e transfobia non si sono mai concretizzati; è al momento in discussione in parlamento un ampliamento della legge Mancino, per portarla a comprendere anche le aggressioni motivate dall'orientamento sessuale o dall'identità di genere delle vittime. La formulazione della nuova legge ha però destato molte critiche a causa di eccezioni piuttosto ampie che potrebbero legittimare determinati comportamenti, portando con sé anche una diminuzione dell'efficacia della legge esistente contro le aggressioni di stampo razzista.



LA DISCRIMINAZIONE SPECIFICA SULLA BASE DELL'IDENTITÀ DI GENERE

Oltre ai punti esaminati in precedenza, è necessario sottolineare che le persone transgender, per la particolarità del loro percorso di vita, incontrano ostacoli specifici nella fruizione di pieni diritti.

L'argomento è piuttosto complesso e meriterebbe un maggiore approfondimento. In sintesi la questione del transessualismo è normata dalla legge 164 del 1982, che rispondeva ad una situazione e ad un contesto socio-culturale differente da quello odierno. Tale norma infatti presenta alcuni limiti, soprattutto se paragonata alle legislazioni più avanzate in materia, di Paesi come la Spagna o il Brasile.

In particolare, la legge concepisce il transessualismo solo come passaggio da un sesso all'altro; non viene concepita dall'ordinamento italiano una alternativa all'ordine binario maschio/femmina (come avviene invece in Brasile, dove di recente è stato formalizzato il Transgenere, con la possibilità di vederlo riconosciuto anche sui documenti come sesso alternativo al "maschio" e alla "femmina").

Inoltre, la norma italiana prevede che la variazione del sesso (e del nome sui documenti) sia possibile solo a compimento del transito, inclusi gli interventi chirurgici demolitivi (l'asportazione dell'apparato genitale); in questo modo, alle persone transessuali viene imposto di vivere il periodo di transito (momento particolarmente delicato, nella costruzione della propria nuova identità sessuale) con il nome ed il sesso di origine. Questo non avviene, per esempio, in Spagna, dove la legislazione permette il cambiamento di sesso sui documenti nel momento dell'avvio del percorso. Il fatto di dover vivere il periodo del transito (che può durare da un minimo di alcuni mesi ad un massimo di anni, a seconda della persona) come formalmente appartenenti al sesso di origine, porta moltissime persone transessuali ad avere difficoltà ad entrare nel mondo del lavoro: nella ricerca di Arcigay citata in precedenza, il 45% delle persone trans intervistate affermava di aver visto rifiutata la propria candidatura ad un posto di lavoro solo a causa della loro transessualità.

Note

1)

Il comma 3 dell'art.3 del D.lgs 216/2003 prevede un'eccezione piuttosto ampia al divieto di discriminazione, che secondo alcuni giuristi (tra cui Maiorca e Pastore di ASGI di cui si ripropone l'analisi) vanificano nella sostanza il portato della norma. Le disposizioni contenute nella direttiva europea di cui il D.lgs è il recepimento, infatti prevedevano che: "gli Stati membri possono stabilire che una differenza di trattamento [...] non costituisca discriminazione laddove, per la natura di un'attività lavorativa o per il contesto in cui essa viene espletata, tale caratteristica costituisca un requisito essenziale e determinante per lo svolgimento dell'attività lavorativa, purché la finalità sia legittima e il requisito proporzionato", (dir. 2000/78/CE, art. 4, 1° comma). Gli Stati membri possono cioè identificare eccezioni al divieto di discriminare che devono essere precise, legittime e proporzionate. Il testo è stato modificato nel D.lgs italiano come segue:

*"Nel rispetto dei principi di proporzionalità e ragionevolezza, 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**" (art. 3.3, d.lgs. 215/03 e 216/03).*

Il legislatore italiano introduce così un'eccezione ampia e generica, che permette al singolo datore di lavoro (e non al legislatore come affermato dalla norma europea) di stabilire se la natura dell'attività lavorativa giustifichi un'eccezione al divieto di discriminare.

2)

Legge Finanziaria regionale, 22 dicembre 2009, n. 24

3)

LGBT Survey, Fundamental Rights Agency, 2014



*Questo opuscolo è stato prodotto dalla Regione Emilia-Romagna,
Assessorato Politiche Sociali
Servizio Politiche per l'Accoglienza e l'Integrazione sociale*

Quaderni contro le discriminazioni: n.6

PER INFO: www.regione.emilia-romagna.it/antidiscriminazioni

A cura di: Miles Gualdi, Viviana Bussadori, Anna Paola Sanfelici
Con il contributo di:
Arcigay il Cassero di Bologna
Arcigay Frida Byron di Ravenna

