

Introduzione al divieto di discriminazione per motivi di orientamento sessuale nella normativa dell'Unione europea (direttiva n. 2000/78)

a cura di Walter Citti
ASGI

Seminario ASGI sul diritto anti-discriminatorio italiano ed europeo,
Firenze 21-22 gennaio 2010

La protezione contro la discriminazione fondata sull'orientamento sessuale nel diritto dell'Unione europea.

- Fonti di diritto originario:
 - Art. 19 del TFUE (ex art. 13 TCE): clausola di competenza (potere del Consiglio europeo con approvazione del Parlamento europeo di adottare i provvedimenti per combattere tra l'altro le discriminazioni fondate sull'orientamento sessuale)
 - Art. 21 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea – principio di non discriminazione (divieto di discriminazione sulla base dell'orientamento sessuale)

La protezione contro la discriminazione fondata sull'orientamento sessuale nel diritto dell'Unione europea

- Fonti di diritto derivato:
 - Direttiva 2000/78/CE che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro

Campo di applicazione:

- Accesso all'occupazione (selezione, reclutamento, ...)
- Condizioni di lavoro (licenziamento, retribuzione, organizzazione del personale, promozioni,...)
- Diritti sindacali e di affiliazione

La protezione contro la discriminazione fondata sull'orientamento sessuale nel diritto dell'Unione europea

- Problema della “gerarchia” all’interno del diritto anti-discriminatorio europeo:
 - Campo di applicazione “ristretto” del divieto di discriminazioni fondate sull'orientamento sessuale rispetto a quello previsto in relazione alla discriminazione fondata sul genere o sul fattore etnico-razziale (9 dei 27 Stati membri dell'UE mantengono tale gerarchia, tra cui l'Italia);
 - Competenza dell'Autorità nazionale indipendente anti-discriminazioni (solo 7 Stati membri hanno un'Autorità nazionale anti-discriminazioni il cui mandato non si estende alle discriminazioni fondate sull'orientamento sessuale, tra cui l'Italia).

Proposta di una Direttiva europea che estenda il divieto di discriminazioni fondate sull'orientamento sessuale anche al di fuori dell'ambito dell'occupazione, includendovi gli ambiti della protezione sociale e della sanità, dell'educazione, dell'accesso ai beni e servizi offerti al pubblico, inclusa l'abitazione (Proposta adottata dalla Commissione europea il 2.7.2008, Risoluzione del Parlamento eur. Dd. 2.4.2009 (ultimo consiglio europea sull'argomento nel giugno 2010 ha discusso un progress report sottoposto dalla Presidenza spagnola, senza raggiungere un consenso politico).

Diritto dell'UE *versus* Diritto internazionale europeo (CEDU)

Sistema a “due velocità”:

Giurisprudenza della Corte di Strasburgo (CEDU) quale fattore decisivo di condizionamento delle pronunce della CG UE

- Orientamento sessuale quale ambito coperto dall'art. 14 della CEDU (“una disparità di trattamento fondata esclusivamente sull'orientamento sessuale di una persona per essere legittima deve essere giustificata da ragioni particolarmente fondate (*“particularly weighty reasons”*), tali da soddisfare requisiti di necessità e proporzionalità. Il margine di apprezzamento concesso agli Stati è ridotto (*Karner c. Austria*, 24.07.2004, *Kozak c. Polonia*, 2 marzo 2010).
- Art. 14 CEDU può essere usato solo in relazione con un altro diritto previsto dalla Convenzione: non presuppone una violazione di un altro articolo della CEDU, ma i fatti del caso devono ricadere nell'ambito ricompreso da uno o più disposizioni della Convenzione.

Protocollo n. 12 alla CEDU : “Divieto generale di discriminazione nel godimento di ogni diritto previsto dalla legge” (non ratificato dall'Italia).

La “vecchia” giurisprudenza della CGE riguardante la discriminazione per orientamento sessuale

- Causa 13/94 P. c. Sand Cornwall County Council: licenziamento di un *transgender* a seguito della sua decisione di modificare il sesso di appartenenza

Violazione del divieto di discriminazioni fondate sul sesso. La sfera di applicazione della direttiva in materia di parità di trattamento di genere si estende anche alle discriminazioni determinate dal cambiamento del sesso→

Case-law quale punto di partenza della definizione giurisprudenziale dell'identità di genere→punto di arrivo legislativo: direttiva n. 2006/54/CE (parità di trattamento tra uomini e donne in materia di occupazione e impiego, recepita in Italia con d.lgs. n. 5/2010), *considerando* n. 3.

La “vecchia” giurisprudenza della CGE riguardante la discriminazione per orientamento sessuale

- Causa C-249/96, *Grant v. South West Train* (diniego alla riduzione tariffe ferroviarie al partner omosessuale di un lavoratore, quando tale riduzione veniva concessa al partner eterosessuale):
 - La discriminazione su base di orientamento sessuale non può essere ricompresa nella discriminazione fondata sul sesso e pertanto all'epoca, prima della direttiva n. 2000/78/CE, non poteva essere riconosciuta e vietata dalla Corte di Giustizia europea
 - In realtà, tale caso di giurisprudenza giovò alla causa della parità di trattamento in materia di orientamento sessuale perché accelerò i tempi dell'adozione della direttiva 2000/78/CE.

La “vecchia” giurisprudenza della CGE riguardante la discriminazione per orientamento sessuale

- C- 111/71 , *K.B. v National Health Service*

(diritto alla pensione di reversibilità a seguito della morte del partner transessuale; diniego opposto per mancanza del legame matrimoniale, in ragione dell'impossibilità prevista dalla legge del Regno Unito di contrarre matrimonio con una persona dopo il cambio di sesso→tale diniego alla capacità matrimoniale di una persona di un sesso acquisto a seguito di operazione chirurgica con una una persona del sesso opposto era stato giudicato incompatibile con la CEDU nella sentenza *Christine Goodwin v. UK*, 11 luglio 2002).

La Corte di Giustizia riconduce la fattispecie ad una discriminazione fondata sul sesso (vietata dall'art. 141 TCE) > Conferma sentenza *Richards v. UK*, 27.04.2006 (età di pensionamento di una lavoratrice il cui sesso è stato trasformato chirurgicamente).

La “vecchia” giurisprudenza della CGE riguardante la discriminazione per orientamento sessuale

- C- 122/99, C- 125/99 *D. e Svezia c. Consiglio europeo* (assegno familiare per i dipendenti del Consiglio dell'UE previsto a favore soltanto delle unioni coniugali, con esclusione di coloro che hanno sottoscritto un'unione registrata)

L'unione registrata non può essere equiparata al matrimonio, il quale secondo la definizione comunemente accolta dai Paesi membri, designa un'unione tra due persone di sesso diverso per cui solo il legislatore comunitario può influire sulla situazione, modificando lo Statuto del personale, così come successivamente avvenuto.

Direttiva n. 2000/78/CE e recepimento in Italia (d.lgs. n. 216/2003)–

Quadro riassuntivo

- Definizione di “orientamento sessuale”
 - In astratto: “preferenze o inclinazioni di una persona di ordine sessuale”;
 - In termini concreti: “condotte, pratiche, espressioni o manifestazioni varie (fisiche, verbali e non verbali) di natura sessuale”

(L. Calafà, *Il nuovo diritto anti-discriminatorio*, Giuffrè, p. 178)

Direttiva n. 2000/78/CE e recepimento in Italia (d.lgs. n. 216/2003) –
Quadro riassuntivo

- Campo di applicazione:
 - Inclusione delle condizioni di accesso all'occupazione (selezione del personale);
 - Non solo casi di licenziamento o di mancata promozione, ma anche conseguenze legate al rapporto di lavoro per le coppie omosessuali (caso CG UE, Maruko – pensione di reversibilità: interpretazione comunitaria del concetto di retribuzione versus prestazione di sicurezza sociale o di protezione sociale (clausola di esenzione art. 3 c. 3 direttiva));

Giurisprudenza italiana: Tribunale di Milano, sez. lavoro, 15.12.2009, C. c. Cassa Mutua Nazionale per il Personale BCC, sull'estensione della nozione di convivenza *more uxorio* tanto alle coppie eterosessuali quanto omosessuali.

Direttiva n. 2000/78/CE e recepimento in Italia (d.lgs. n. 216/2003) –
Quadro riassuntivo

- Eccezione al principio di parità di trattamento quando la caratteristica costituisce un requisito essenziale e determinante per lo svolgimento dell'attività lavorativa, in relazione alla natura dell'attività o del suo contesto e sempre nel rispetto dei requisiti di obiettività e proporzionalità (Il d.lgs. n. 59/2008 ha tolto il riferimento alla supposta rilevanza della categoria, tra l'altro, dell'orientamento sessuale ai fini dell'idoneità allo svolgimento delle funzioni svolte presso le forze armate, i servizi di polizia, penitenziari o di soccorso).

Direttiva n. 2000/78/CE e recepimento in Italia (d.lgs. n. 216/2003) –
Quadro riassuntivo

- Questione della discriminazione “percepita” (a) e/o per “associazione” (b)
 - a) Riguardo ad atti, patti o comportamenti che coinvolgono un omosessuale o bisessuale erroneamente ritenuto tale;
 - b) Riguardo ad atti, patti o comportamenti che coinvolgono l’associazione a omosessuali o bisessuali o a iniziative ad essi riconducibili e che comportano un trattamento deteriore di una persona che non lo è.

Direttiva n. 2000/78/CE e recepimento in Italia (d.lgs. n. 216/2003) – Quadro riassuntivo

- In sostanza, la direttiva protegge solo la persona che soffre di un trattamento deteriore in quanto appartenente alla categoria protetta (applicazione *ratione personae*) ovvero anche la persona che soffre di un trattamento deteriore sulla scorta del motivo dell'orientamento sessuale (applicazione *ratione materiae*) ?
 - A favore della seconda tesi:
 - a) Nella direttiva e nella legislazione italiana di recepimento non sono stati aggiunti pronomi personali come “*suo*” alla definizione del divieto (interpretazione letterale);
 - b) Il considerando n. 31 della direttiva riguardo all'onere della prova stabilisce che non spetta al convenuto dimostrare l'orientamento sessuale dell'attore - Interpretazione logico-sistematica;
 - c) Le finalità del legislatore comunitario: un'interpretazione restrittiva della direttiva finirebbe per privarla di una parte importante del suo effetto utile.

Giurisprudenza della Corte di Giustizia europea, causa *Coleman* in materia di discriminazione per disabilità C- 303/06, 17 luglio 2008, par. 33-50-51).

Direttiva n. 2000/78/CE e recepimento in Italia (d.lgs. n. 216/2003) – Quadro riassuntivo

- Tutela giurisdizionale

Azione civile anti-discriminazione (art. 44 del T.U. immigrazione);

Giudice amministrativo (solo per i magistrati ordinari, amministrativi e contabili, gli avvocati e procuratori dello Stato, il personale militare e le Forze di polizia di Stato, il personale della carriera diplomatica e della carriera prefettizia);

Onere della prova : parziale inversione (o ripartizione) dell'onere probatorio. diffomità rispetto alla norma prevista per le discriminazioni di genere o etnico-razziali: la presunzione della discriminazione deve essere fondata su elementi di fatto non solo precisi e concordanti, ma anche gravi; non si fa cenno della possibilità di fondare la presunzione anche su dati statistici.

Legittimazione ad agire: Organizzazioni sindacali, associazioni e organizzazioni rappresentative del diritto o interesse leso.

a) In nome e/o per conto del soggetto passivo;

b) Diretta nei casi di discriminazione collettiva ove non siano individuabili in modo diretto e immediato le persone lese.

La giurisprudenza della CGE dopo la direttiva n. 2000/78/CE

- Il caso “Maruko” (C-267/06): una sentenza solo “apparentemente” innovativa.
 - Partnership registrata (secondo il diritto tedesco)
 - Partner del sig. Maruko lavorava in un teatro ed era assicurato in un fondo pensionistico “speciale” sulla base di un contratto nazionale collettivo;
 - Richiesta del sig. Maruko di godere della pensione di reversibilità;
 - Rifiuto del fondo pensionistico perché tale possibilità è prevista solo all’interno dei nuclei familiari fondati sul matrimonio

La giurisprudenza della CGE dopo la direttiva n. 2000/78/CE: Il caso Maruko

Questioni legali nel caso *Maruko*:

- Applicabilità della direttiva a tale beneficio sociale.

Portata applicativa della clausola di esenzione relativa ai pagamenti effettuati dai regimi statali, inclusi quelli di sicurezza sociale o di protezione sociale (art. 3 c. 3; considerando n. 13)

Portata applicativa del considerando n. 22 (clausola di salvaguardia delle norme nazionali in materia di stato civile e di prestazioni relative)

- L'impossibilità per il partner omosessuale di accedere alla pensione di reversibilità costituisce una discriminazione diretta o indiretta ?

La giurisprudenza della CGE dopo la direttiva n. 2000/78/CE: il caso Maruko

- La direttiva n. 2000/78 trova certamente applicazione rispetto alla “retribuzione”, nell’autonomo significato del termine secondo il diritto europeo.

“Retribuzione” include pensioni strettamente collegate ad un rapporto di impiego, in particolare quelle versate ad una categoria professionale, in opposizione a quelle derivanti da un regime di origine legale e aventi carattere generale; pensioni in cui venga soddisfatto un criterio di proporzionalità rispetto agli anni di servizio prestati e l’importo venga calcolato sulla base dell’ultima retribuzione.

In Maruko, pertanto, non ha trovato applicazione la clausola di esclusione di cui all’art. 3 c. 3 della direttiva, né il considerando n. 22 della direttiva.

La giurisprudenza della CGE dopo la direttiva n. 2000/78/CE: il caso Maruko

- L'impossibilità per il partner omosessuale di accedere alla pensione di reversibilità costituisce una discriminazione diretta o indiretta ?
- Per la Corte, si tratta di una discriminazione diretta, in quanto il progressivo allineamento previsto dal diritto tedesco del regime applicabile all'unione solidale registrata a quello esistente per il matrimonio, determina la comparabilità delle situazioni > partner di un'unione registrata si trova in una situazione comparabile con quella del coniuge e, dunque, il diverso trattamento del primo rispetto al secondo è direttamente collegato all'orientamento sessuale e non passa attraverso l'intermediazione del criterio apparentemente "neutro" dell'istituto matrimoniale).

La giurisprudenza della CGE dopo la direttiva n. 2000/78/CE: il caso Maruko

- In sostanza l'accertamento della “situazione analoga” tra il partner registrato e il coniuge non deve fondarsi sulla confronto *in astratto* degli istituti giuridici, quanto in termini *concreti* rispetto alla prestazione sociale controversa.

L'aver risolto la questione in termini di accertamento della discriminazione diretta limita la portata applicativa della sentenza al di fuori del contesto giuridico tedesco o almeno di quei paesi ove la partnership solidale sia riconosciuta esclusivamente a favore delle coppie omosessuali e conferisca alle persone uno status giuridico tendenzialmente allineato a quello dei coniugi.

Sviluppi dopo il caso Maruko: il caso Römer

- Caso C-147/08:

Römer è un dipendente in pensione della Città di Amburgo;

Dal 1969 ha un partner omosessuale con il quale nel 2001 conclude un'unione solidale in accordo con la legislazione federale tedesca;

Ricorre contro il sistema di calcolo della pensione che risulta penalizzante nei confronti delle persone unite in una partnership registrata rispetto alle persone unite in matrimonio.

Sviluppi dopo il caso Maruko: il caso Römer

- Conclusioni dell'Avvocato generale della CG UE (15 luglio 2010):
- La pensione goduta dal sig. Römer ha natura di retribuzione ai sensi del diritto UE e dunque trova applicazione la direttiva n. 2000/78;
- Sulla portata applicativa del considerando n. 22 (non trova applicazione qualora la prestazione abbia natura di retribuzione); deve essere interpretato nel senso che:
 - l'Unione europea non ha competenza a legiferare per quanto riguarda lo stato civile e le prestazioni che ne derivano; tuttavia nell'esercizio della competenza loro riservata, gli Stati membri devono rispettare il diritto comunitario ed in particolare le disposizioni relative al principio di non discriminazione
- > regolamentazione del matrimonio e di unione civile registrata, nonché lo status giuridico dei figli e degli altri familiari è riservata agli Stati membri. La mancanza di un riconoscimento giuridico per le unioni tra persone dello stesso sesso potrebbe costituire una discriminazione connessa all'orientamento sessuale, in quanto verrebbe lesa la dignità umana delle persone omosessuali, tuttavia la materia rimane al di fuori della sfera di intervento del diritto dell'Unione).

Sviluppi dopo il caso Maruko: il caso Römer

- Conclusioni dell'Avvocato generale della CG UE (15 luglio 2010):
- Discriminazione diretta – se: (1) l'istituto della partnership registrata (o unione civile) è analogo al matrimonio (criterio della comparabilità delle situazioni), e (2) le coppie dello stesso sesso sono escluse da alcuni benefici o hanno un trattamento deteriore rispetto alle coppie coniugate;
- In subordine:
Discriminazione indiretta – se (1) l'istituto della partnership registrata non è analogo al matrimonio, e (2) le coppie dello stesso sesso sono escluse da alcuni benefici o hanno un trattamento deteriore rispetto alle coppie coniugate.
- In ulteriore subordine:
Qualora dovesse trovare applicazione la clausola di esclusione di cui all'art. 3 c. 3 della direttiva n. 2000/78, la disparità di trattamento dovrebbe ugualmente essere vietata in quanto il divieto di discriminazioni in base all'orientamento sessuale costituisce principio generale di diritto dell'Unione (CG UE, casi *Mangold* e *Kucukdevici* con riferimento al divieto di discriminazioni fondate sull'età) > conseguente applicazione del principio generale di diritto dell'UE a qualsiasi ambito rientrante nella sfera di competenza del diritto dell'Unione.

Giurisprudenza della Corte di Strasburgo (CEDU) quale fattore decisivo di condizionamento delle pronunce della CG UE

- Sviluppi positivi “relativi” o “parziali” nella giurisprudenza CEDU:
- Sentenza *Schalk and Kopf c. Austria*, 24 giugno 2010

Le relazioni tra partner dello stesso sesso che convivono entro un partnership de facto ricadono nella nozione di “vita familiare” protetta dall’art. 8 della CEDU;

Il riconoscimento legale delle coppie omosessuali conviventi in relazioni stabili deve essere considerato quale un diritto in corso di evoluzione che non ha maturato ancora un consolidato consenso ove gli Stati ancora godono di un margine di apprezzamento riguardo alla tempestività dell’introduzione di riforme legislative (paragrafo 105);

Ugualmente dall’art. 8 e 14 della CEDU non può derivare un obbligo per gli Stati che introducono il riconoscimento giuridico delle coppie omosessuali di conferire ad esse uno status corrispondente a quello dei coniugi uniti in matrimonio, soprattutto nel campo dei diritti parentali (ad es. adozione), in quanto non sussiste un consolidato consenso tra gli Stati al riguardo (teoria del margine di apprezzamento).