

RIFLESSIONI SU UN'ISPIRATA ED EFFICACE POLITICA ANTIDISCRIMINATORIA IN MATERIA DI ORIENTAMENTO SESSUALE NEL DIRITTO DEL LAVORO

[DRAFT 07-06-2012]

di MATTEO M. WINKLER^{*}

*Society has discovered discrimination
as a social weapon by which one may kill men
without any bloodshed.*
Hannah Arendt

SOMMARIO: 1. Note introduttive (a margine di una statistica preoccupante). — 2. Perché discriminare sulla base dell'orientamento sessuale è svantaggioso e contrario alla legge. — 3. L'attuale sistema di tutela antidiscriminatoria: luci e ombre. — 4. La legge italiana tra omofobia istituzionale e incertezza del diritto. — 5. Alcune proposte di riflessione.

1. Note introduttive (a margine di una statistica preoccupante).

Secondo un rapporto pubblicato il 19 maggio 2012 col titolo *Unexplored Dimensions of Discrimination in Europe: Religion, Homosexuality and Physical Appearance*, in Italia le persone omosessuali hanno il 30% in meno delle possibilità di trovare un impiego¹.

^{*} Docente a contratto di diritto internazionale e dottore di ricerca nell'Università Bocconi; LL.M. (Master of Law), Yale Law School; Socio di Avvocatura per i diritti LGBTI - Rete Lenford; Avvocato in Milano. L'Autore desidera ringraziare, per gli utili consigli in sede di elaborazione e redazione di questo saggio, gli amici Ivan Scalfarotto, Francesco Bilotta, Massimiliano Riggi.

¹ Trattasi del lavoro di E. PATACCHINI, G. RAGUSA, Y. ZENOU, *Unexplored Dimensions of Discrimination in Europe: Religion, Homosexuality and Physical Appearance*, reperibile su Internet all'indirizzo <http://www.west-info.eu/files/indagine-discriminazione-lavoro-omosessuali-rapporto.pdf>.

Non si tratta della prima indagine statistica in materia. Se ne registrano di almeno tre tipi, condotte in altri Paesi.

Un primo tipo raggruppa i sondaggi riguardanti le esperienze di discriminazioni subite da lavoratori lesbiche, gay e bisessuali (LGB). In Italia, il 61,3% delle persone intervistate ha percepito discriminazioni fondate sull'orientamento sessuale.

La seconda tipologia è offerta dall'analisi dei procedimenti antidiscriminatori instaurati da singoli lavoratori, rispetto ai quali l'unica conclusione che può trarsi è l'esistenza di proporzioni simili rispetto alle cause per discriminazione promosse dalle donne.

Infine, esistono studi in materia di retribuzione. Da questi studi emerge una disparità di trattamento retributivo che va dal 10 al 32% a scapito dei lavoratori gay².

D'altra parte, il metodo degli esperimenti controllati è stato utilizzato in diversi Paesi per misurare la probabilità di trovare lavoro di candidati omosessuali rispetto a quelli eterosessuali.

Il primo di questi esperimenti risale al 1981, quando Adam Barry inviò diverse candidature a studi legali dell'Ontario e notò che i candidati dei quali compariva un dato sull'orientamento sessuale

L'indagine (*ibidem*, pp. 37-40) è stata effettuata nei primi due mesi del 2012 sotto forma di «*controlled experiment*», nell'ambito del quale sono stati inviati 2.320 *curricula vitae* in relazione a sette diverse occupazioni (impiegato amministrativo, libraio, operatore di *call center*, *receptionist*, addetto alle vendite, segretario e commesso). Di questi *curricula*, alcuni contenevano un esplicito riferimento all'orientamento sessuale della persona candidata, espresso attraverso la menzione di periodi di lavoro interinale presso associazioni ad esplicita partecipazione omosessuale quali CIG-Arcigay o Arcilesbica. L'indagine esclude (p. 43 s.) che possa mettersi in discussione il dato dell'appartenenza a tali associazioni sulla base della considerazione che «the measured discrimination effect may have been skewed by bias against social activism» (così BADGETT, SEARTS, LAU, HO, *Bias in the Workplace*, cit., p. 590).

I candidati richiamati sono stati 256, di cui 130 femmine e 126 maschi, pari rispettivamente all'11 e al 10% delle domande inviate. La percentuale di maschi omosessuali ai quali i potenziali datori di lavoro si sono mostrati interessati è pari al 3%. Da qui il risultato cui sopra si accennava: i gay hanno, rispetto ai maschi in generale, il 30% in meno delle possibilità di trovare un impiego.

² Per un'analisi sintetica di tutti questi studi v. M.V.L. BADGETT, B. SEARTS, H. LAU, D. HO, *Bias in the Workplace: Consistent Evidence of Sexual Orientation and Gender Identity Discrimination 1998-2008*, in 84 *Chicago-Kent Law Review*, 2009-2010, pp. 559-595, spec. rispettivamente p. 563, 579 e 581.

avevano ricevuto meno risposte degli altri. Il tratto distintivo, che evidentemente aveva rappresentato il discrimine tra la risposta positiva e il rifiuto, era dato dall'appartenenza all'associazione di attivisti omosessuali *Gay People's Alliance*³.

Una seconda interessante analisi è stata condotta da Doris Weichselbaumer nel 2003 e riguardava l'Austria. La studiosa aveva risposto ad alcune proposte di lavoro inviando *curricula* di tre candidate: una donna lesbica con aspetto mascolino, una donna lesbica con aspetto femminile e una donna eterosessuale. L'esito del test mostrava che le sorti delle prime due candidate erano pressoché simili, mentre la terza aveva ricevuto più proposte delle altre. Poteva quindi trarsi la conclusione che non fosse l'aspetto bensì l'orientamento sessuale dichiarato dalle candidate a dare luogo a una condizione di svantaggio per le candidate lesbiche⁴.

Nel 2007, inoltre, sono stati resi noti i risultati di un'ulteriore indagine, condotta questa volta in Grecia, dalla quale emergeva che i candidati contraddistinti da un dato legato al loro orientamento omosessuale avevano il 26% di possibilità in meno di essere richiamati per un colloquio⁵.

Tra gli esperimenti controllati si registrano altre interessanti ricerche realizzate durante episodi di interazione personale.

Ad esempio, nel 2002 un gruppo di studenti e studentesse del college del Texas provò ad inviare delle domande di lavoro ad alcuni negozi di grande distribuzione. Durante i colloqui, per metà del tempo i candidati indossarono un cappellino con la scritta «Gay & Proud», mentre per l'altra metà essi portavano un cappellino con la

³ V. A.D. BARRY, *Stigma and Employability: Discrimination by Sex and Sexual Orientation in the Ontario Legal Profession*, in 18 *Canadian Review of Society and Anthropology*, 1981, pp. 216-221.

⁴ Quindi, come notano BADGETT, SEARTS, LAU, HO, *Bias in the Workplace*, cit., p. 591, «[t]here was no statistically significant difference between the two groups of lesbians, suggesting that even feminine lesbians experience discrimination in the labor market». Per questo esperimento v. D. WEICHSELBAUMER, *Sexual Orientation Discrimination in Hiring*, in 10 *Labour Economics*, 2003, 629-642.

⁵ V. N. DRYDAKIS, *Dual Life for Equal Labour? Sexual Orientation Discrimination in the Greek Labour Market*, Working Paper No. 726, accessibile all'indirizzo <http://econpapers.repec.org/paper/crtwpaper/0726.htm>; dello stesso autore v. *Sexual Discrimination in the Labour Market*, in 16 *Labour Economics*, 2009, pp. 364-372.

scritta «*Texan & Proud*». Gli indici raccolti nel corso dei colloqui illustravano che, se dal punto di vista formale non si registravano differenze significative tra i candidati col primo e quelli col secondo cappellino, era stato possibile verificare episodi di «*interpersonal discrimination*» (o discriminazione informale), come si desumeva dalla durata del colloquio, dal ridotto numero di parole spese dagli intervistatori e dall'interesse percepito da questi ultimi nel caso dei candidati che si erano autoidentificati come omosessuali⁶.

Un altro esperimento di questo tipo risale al 1996. Un osservatore esterno registrò le reazioni dei commessi di 20 negozi alla vista di tre coppie separatamente — una gay, una lesbica ed una di sesso diverso. È degno di nota che, mentre in relazione a quest'ultima coppia i commessi si astenevano da commenti e atteggiamenti negativi, per le altre due coppie si verificò l'esatto contrario: i tempi di risposta alle richieste dei clienti erano triplicati e non si risparmiavano gli sguardi fissi e i commenti tra i commessi⁷.

Questi dati, presi tutti insieme, offrono un quadro preoccupante della condizione di discriminazione nella quale versano i cittadini LGB in molti Paesi e costituiscono, al riguardo, lo spunto per tre osservazioni di carattere generale.

Anzitutto, la discriminazione per orientamento sessuale esiste ed è un fenomeno attuale, empiricamente riscontrabile.

In secondo luogo, la discriminazione ha luogo in conseguenza dell'autoidentificazione del lavoratore come gay o lesbica, e si verifica in rapporto a lavoratori che — almeno presumibilmente — hanno preso coscienza del loro orientamento omosessuale e vivono a pieno titolo la loro condizione anche sul luogo di lavoro.

Infine, i candidati omosessuali qualificati come «*high-skilled*», cioè con una laurea triennale, un'eccellente conoscenza dell'inglese ed eccellenti conoscenze informatiche, lungi dal compensare con la propria preparazione il dato negativo discendente dalla discriminazione, soffrono invece di minori possibilità — pari

⁶ V. M.R. HEBL, *Formal and Interpersonal Discrimination: A Field Study of Bias Towards Homosexual Applicants*, in *28 Personality and Social Psychology Bulletin*, 2002, pp. 815-825.

⁷ Cfr. A.S. WALTERS, M.-C. CURRAN, "Excuse Me, Sir? May I Help You and Your Boyfriend?": *Salespersons' Treatment of Homosexual and Straight Customers*, in *31 Journal of Homosexuality*, 1996, pp. 135-152.

all'8% — di essere chiamati per un colloquio. Questo elemento rivela che le persone omosessuali, prevedendo di essere discriminate sul luogo di lavoro, non ritengono opportuno investire su se stesse in termini di educazione e formazione, realizzando così un'autentica «*self-fulfilling prophecy*» a proprio danno⁸.

2. Perché discriminare sulla base dell'orientamento sessuale è svantaggioso (e contrario alla legge).

A differenza delle altre caratteristiche personali, l'orientamento sessuale sfugge a un'analisi visiva del soggetto. Trattandosi dunque di una caratteristica invisibile, essa deve essere dichiarata o espressa dalla persona interessata (c.d. *coming out*), che per altro verso può essere costretta a svelarsi in conseguenza di pressioni esterne (c.d. *outing*)⁹.

Tra i lavoratori, anche omosessuali, e soprattutto tra i datori di lavoro vi è chi ritiene che non sia opportuno dichiararsi sul luogo di lavoro, per evitare discriminazioni. Dietro a questo modo di vedere si cela «*la difficoltà delle persone eterosessuali [...] a concepire lo svelamento dell'orientamento sessuale come espressione della propria vita affettiva e familiare*»¹⁰.

Tale impostazione è altrimenti nota in gergo sociologico con il termine «*passing*» («*disidentificazione*»)¹¹ e in capo giuridico con l'espressione «*Don't Ask Don't Tell*» — dal nome della legge americana approvata nel 1993 e abrogata nel 2010 in relazione

⁸ Secondo *Unexplored Dimensions*, cit., p. 9, «individuals of a specific group under-invest in human capital because they anticipate a discriminatory treatment and therefore that they will receive a low return to education».

⁹ La letteratura, soprattutto giornalistica, tende a confondere il concetto di *coming out* con quello di *outing*. Si tratta in realtà di due nozioni diverse. Nel primo caso, la dichiarazione è volontaria, perché fatta dallo stesso soggetto interessato. Al contrario, l'*outing* denota «l'essere esposto pubblicamente da parte di altre persone». Così G. TAGLIAFERRI, *Dentro e fuori l'armadio: la differenza tra outing e coming out*, sul sito *Linkiesta.it*, 31 maggio 2012.

¹⁰ M. GRAGLIA, *Omofobia. Strumenti di analisi e di intervento*, Roma, 2012, p. 156.

¹¹ La traduzione è di A. CAMAITI HOSTERT, *Passing. Dissolvere le identità, superare le differenze*, Roma, 2006, p. 20.

all'ordinamento militare¹² — e corrisponde a una sorta di «contratto implicito» a prestazioni corrispettive: il datore di lavoro garantisce ai lavoratori omosessuali che non intraprenderà alcuna caccia alle streghe, e dal canto loro dai lavoratori omosessuali si esige che non mettano in discussione la supremazia del modello eterosessuale e patriarcale¹³. Da qui, l'idea che l'omosessualità sia una questione meramente privata e che essa debba essere lasciata fuori dall'azienda. Non è un caso che dal punto di vista statistico sia proprio l'ambito occupazionale quello nel quale le persone LGB tendono a nascondersi maggiormente rispetto ad altre realtà quali la famiglia e gli amici¹⁴.

¹² Cfr. *Policy Concerning Homosexuality in The Armed Forces*, Public Law 103-160, codificata in 10 U.S.C. § 654 (1994), la quale [§ 654(a)(15)] impone il congedo forzato al soldato che «demonstrate a propensity or intent to engage in homosexual acts». Per un resoconto storico delle origini di questa legge v. C.C. CARTER, A.B. KOLENC, "Don't Ask Don't Tell": Has the Policy Met Its Goals?, in 31 *University of Dayton Law Review*, 2005, pp. 1-24; per un giudizio positivo sulla finalità e le applicazioni della normativa v. invece E.R. MILHIZER, *Don't Ask Don't Tell: A Qualified Defense*, in 21 *Hofstra Labor & Employment Law Journal*, 2004, p. 349 ss. e A.A. MURPHY, *Defending or Amending Don't Ask, Don't Tell*, in 102 *Dick. Law Review*, 1997/1998, 539; per un'esposizione delle ragioni per cui tale disciplina risulta inaccettabile sotto i profili politico, sociale e giuridico v. M. WINKLER, G. STRAZIO, *L'abominevole diritto. Gay e lesbiche, giudici e legislatori*, Milano, 2011, pp. 90-97. La legge è stata abrogata con atto del Congresso del 22 dicembre 2010, *Don't Ask Don't Tell Repeal Act 2010*, Public Law No. 111-321.

¹³ In letteratura si parla al riguardo di «contratto epistemic» (*epistemic contract*). V. a proposito K. YOSHINO, *The Epistemic Contract of Bisexual Erasure*, in 52 *Stanford Law Review*, 1999-2000, p. 353 ss., spec. pp. 391-395, p. 392, che lo definisce «a social norm that arises unconsciously». Come evidenza W.N. ESKRIDGE, *Privacy Jurisprudence and the Apartheid of the Closet, 1946-1961*, in 24 *Florida State University Law Review*, 1996-1997, pp. 703-838, p. 709, questo contratto implicito rafforza «the potential equilibrium whereby homosexuals would hide in the closet in exchange for society's promise not to open the door». Sul tema v. inoltre G. DALL'ORTO, *La "tolleranza repressiva" dell'omosessualità. Quando un atteggiamento legale diviene tradizione*, pubblicato sul sito Internet dell'Autore.

¹⁴ In questo senso v. le osservazioni di M. BARBAGLI, A. COLOMBO, *Omosessuali moderni. Gay e lesbiche in Italia*, Bologna, 2007, pp. 85-88, p. 85, per i quali «[s]ono molti gli ambiti extrafamiliari in cui il controllo delle informazioni sulla propria vita è cruciale, ma tra questi una posizione di rilievo spetta al lavoro. È sul lavoro che le donne e gli uomini intervistati percepiscono i maggiori rischi di una reazione negativa».

Tuttavia, relegare l'omosessualità alla sfera per così dire privata genera costi che si potrebbero evitare creando un ambiente di lavoro più favorevole al *coming out* di lavoratori LGB. Anzitutto, si eliminerebbero gli alti costi personali che il lavoratore non dichiarato impiega per impedire che giungano al datore di lavoro informazioni sensibili relative al suo orientamento sessuale¹⁵. Si convoglierebbero così sul lavoro le energie umane e professionali altrimenti dedicate a tale attività di *monitoring*.

In secondo luogo, su un piano più generale si aumenterebbe la salute dei lavoratori LGB, consentendo così al datore di lavoro di adempiere al proprio dovere, sancito dall'art. 2087 del codice civile, di «*tutelare l'integrità fisica e la personalità morale dei prestatori di lavoro*», ambito di tutela nel quale si può pacificamente ricomprendere la salute psichica. Si erode così quella condizione di *minority stress* sofferta dalle persone LGB, le quali possono dunque contare, se propriamente tutelate, su una piena affettività, vedendo altresì finalmente riconosciuta una parte importante della propria identità¹⁶. Del resto, è indiscutibile che «*[l]a salute psico-fisica e la crescita personale dei lavoratori sono un investimento con ritorni di gran lunga superiori agli investimenti in altri tipi di capitale necessario allo sviluppo dell'impresa*»¹⁷.

¹⁵ Secondo un'indagine condotta nel 2011 su iniziativa di Arcigay, il 48% dei lavoratori intervistati dichiara di essere d'accordo con un monitoraggio costante delle proprie informazioni, inclusa l'identità del partner e delle persone con cui essi passano il tempo libero, allo scopo di evitare trattamenti ingiusti. Questo dato è tratto dal rapporto a cura di R. LELLERI, *Report finale di "Io sono io lavoro" Prima indagine italiana sul lavoro e le persone lesbiche, gay, bisessuali e transgender/transessuali*, Bologna, 2011, p. 69.

¹⁶ Su questo aspetto v. V. LINGIARDI, *Citizen gay. Famiglie, diritti negati e salute mentale*, Milano, 2007, pp. 82-87; per M. GRAGLIA, C. CHIARI, *Visibilità e invisibilità nei contesti della salute*, in P. RIGLIANO, M. GRAGLIA (cur.), *Gay e lesbiche in psicoterapia*, Milano, 2006, pp. 209-234, p. 230, «*[l]'identità di una persona è multicomponentiale e l'orientamento sessuale ne è una parte. Se questa parte è impronunciabile, invisibile agli altri significativi, il benessere può risultare compromesso. Il coming out costituisce, quindi, una parte centrale dello sviluppo dell'identità omosessuale*».

¹⁷ Così M. ZOLLO, *È ora di pensare al benessere del dipendente*, in *Via Sarfatti 25*, disponibile all'indirizzo Internet <http://www.viasarfatti25.unibocconi.it/notizia.php?idArt=9944>, per il quale peraltro «*il benessere del dipendente è la chiave, la condizione necessaria (anche se non sufficiente), per il*

Inoltre, il datore di lavoro si troverebbe ad adempiere altresì al proprio obbligo di assicurare sia la dignità del lavoratore e la libera espressione della sua personalità, come prescrive l'art. 1 dello Statuto dei lavoratori, sia la protezione da indebite interferenze nella vita privata e familiare, come stabilisce l'art. 8 del medesimo Statuto, che proibisce al datore «di effettuare indagini [...] su fatti non rilevanti ai fini della valutazione dell'attitudine professionale del lavoratore».

Del resto, la stessa giurisprudenza in materia lavoristica, soprattutto all'estero, ha chiarito che la libera espressione del proprio orientamento sessuale non è solo una questione di uguaglianza, ma anche — e forse primariamente — di dignità e di libertà personali: «[s]o long as there is a right to be a particular kind of person, [...] it logically and morally follows that there is a right to say what one is»¹⁸.

In tema, la nostra Corte costituzionale ha notato che «l'identità personale costituisce [...] un bene per se medesima, indipendentemente dalla condizione personale e sociale, dai difetti del soggetto, di quisa che a ciascuno è riconosciuto il diritto a che la sua individualità sia preservata»¹⁹. Le persone omosessuali, in aggiunta, «hanno il diritto fondamentale di vivere liberamente la loro condizione di coppia»²⁰.

Del resto, che l'impresa che non consenta al lavoratore LGB di dichiararsi si trovi in una condizione *contra legem* è dimostrato dal fatto che il silenzio vigente nell'ambiente di lavoro non è volontario, bensì «prescrittivo», e il *coming out* non è una scelta libera ma

raggiungimento di alti livelli di sostenibilità non solo economica ma sociale e ambientale del vantaggio competitivo».

¹⁸ K. YOSHINO, *Covering. The Hidden Assault on Our Civil Rights*, New York, 2006, p. 70, corsivo originale, il quale riporta l'interessante opinione dissenziente nel William Brennan nel caso *Rowland v. Mad River Local School District*, 470 U.S. 1009, 1016 (1985) (Brennan, J., dissenting opinion from denial of certiorari), per il quale il *coming out* è «no more than a natural consequence of [one's] sexual orientation».

¹⁹ Corte cost., 3 febbraio 1994, n. 13.

²⁰ Corte cost., 15 aprile 2010, n. 138.

un'opzione priva di concrete alternative, imposta di fatto sotto la minaccia di trattamenti discriminatori o vessazioni²¹.

Alla luce di queste osservazioni, si può concludere che il riconoscimento della pluralità degli orientamenti sessuali comporti benefici in termini di benessere economico dell'azienda e di aumento del profitto del lavoratore, senza contare i vantaggi relativamente al livello di *compliance* dell'impresa con le prescrizioni di legge in materia di tutela del lavoratore in generale. In questo senso, non va dimenticato che quello di lavoro non è un mondo asettico e impersonale, bensì «un luogo anche di relazioni, dove le persone interagiscono e condividono aspetti come il proprio stato relazionale (con chi si vive) e i propri interessi (se e da quali donne o uomini si è attratti)»²².

3. L'attuale sistema di tutela antidiscriminatoria: luci e ombre.

Una volta stabilito che combattere la discriminazione fa bene all'azienda e al mondo del lavoro, occorre passare in rassegna gli attuali strumenti in materia, per verificare la loro efficacia concreta.

Lo strumento principale in tema è costituito dalla Direttiva 2000/78 del 27 novembre 2000, che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro²³. A tale direttiva è stata data attuazione in Italia con il Decreto legislativo 9 luglio 2003, n. 216²⁴.

La direttiva mira dichiaratamente a migliorare le condizioni di lavoro per favorire l'inserimento sociale di gruppi esclusi in virtù di caratteristiche personali, in modo da rendere i lavoratori più competenti e qualificati, aumentando il benessere complessivo della

²¹ Così ad es. GRAGLIA, *Omofobia. Strumenti di analisi e di intervento*, Roma, 2012, p. 161, che parla di «prescrizione al silenzio».

²² L. PIERANTONI, *Saperi innominabili: la ricerca psicosociale sulle tematiche gay e lesbiche in Italia*, in *Omosapiens*, 2006, pp. 15-21.

²³ La direttiva è pubblicata in G.U.C.E. L 303 del 2 dicembre 2000, p. 16 ss.

²⁴ Per un commento v. L. DI PAOLA, *Discriminazioni sul posto di lavoro: si amplia l'area dei divieti*, in *Nuove leggi civili commentate*, 2003, pp. 855-890; F. BILOTTA, *Luci e ombre del decreto legislativo n. 216/2003*, sul sito Internet di *Persona e danno*.

società²⁵. Essa si applica, come statuisce il suo art. 1, a tutte le discriminazioni fondate sulle «tendenze sessuali», che con la direttiva assurgono per la prima volta a «motivo odioso» di discriminazione²⁶.

Gli ambiti oggettivo e soggettivo di operatività della direttiva, permeati da un pressoché totale divieto di discriminazione ex art. 2, sono inoltre potenzialmente omnicomprensivi. L'art. 3, sotto questo profilo, prevede che essa si applichi al settore pubblico come al privato, alle condizioni di accesso così come a quelle di lavoro, al personale sia dipendente sia autonomo, tanto alle condizioni di licenziamento quanto a quelle di retribuzione. Dunque, il divieto di discriminazione è totalizzante e coinvolge non solo ciò che avviene nel corso dello svolgimento del rapporto di lavoro, ma anche la fase di accesso all'occupazione e le successive fasi patologiche del rapporto, quali la cessazione e il licenziamento.

La tutela contro la discriminazione è eminentemente processuale. Non è imposto al riguardo alcun obbligo di predisposizione, da parte dell'azienda, di rimedi interni, se non una mera raccomandazione, rivolta agli Stati membri dall'art. 13 («Dialogo sociale»), di «*incoraggiare il dialogo tra le parti sociali*» mediante l'adozione di codici di comportamento a livello endoaziendale o appositi contratti collettivi o buone pratiche.

In base all'art. 9, tutte le persone «*che si ritengono lese*» devono poter accedere «*a procedure giurisdizionali e/o amministrative*», comprese le procedure di conciliazione. La legittimazione attiva è attribuita sia alle singole vittime della discriminazione, sia alle associazioni e agli enti dotati di tale funzione «*per conto e a sostegno della persona che si ritiene lesa e con il suo consenso*». La corretta esecuzione della parità di trattamento prevista dalla direttiva, pertanto, passa sempre attraverso l'iniziativa individuale.

Giustamente, al fine di favorire le azioni per discriminazione, la direttiva interviene sul regime dell'onere della prova a favore del-

²⁵ Cfr. i *consideranda* 7 e 8 della citata direttiva, che mirano a favorire «*la promozione di una forza lavoro competente, qualificata e adattabile*» e di agevolare «*l'inserimento sociale formulando un insieme coerente di politiche volte a combattere la discriminazione nei confronti di gruppi*».

²⁶ L'espressione «tendenze sessuali» è poi stata sostituita nell'ordinamento dell'Unione europea con la più corretta «orientamento sessuale».

la vittima. Infatti, le azioni per discriminazione si presentano estremamente difficili per il lavoratore, sia per la probabile assenza di documenti, sia per la ritrosia dei colleghi a testimoniare contro il datore di lavoro²⁷. In questo senso, l'art. 10 della direttiva stabilisce che gli Stati membri devono «assicurare che [...] incomba alla parte convenuta provare che non vi è stata violazione del principio della parità di trattamento». L'unica allegazione che si richiede all'attore riguarda «fatti dai quali si può presumere che vi sia stata una discriminazione diretta o indiretta».

Si tratta tuttavia di un approccio nel suo complesso discutibile. Sebbene infatti non sia richiesto alla vittima della discriminazione di dare dimostrazione in giudizio del proprio orientamento omosessuale — cosa che peraltro sarebbe molto difficile da provare nel concreto — è pure vero che ogni azione per discriminazione fondata sull'orientamento sessuale presuppone, seppure implicitamente, che l'attore ammetta davanti al giudice di essere gay o lesbica, e questo requisito potrebbe astrattamente frenare, ed anzi di fatto frena, l'uso dei rimedi processuali resi disponibili dalla direttiva²⁸.

Sempre a questo proposito, va ricordato che la maggior parte delle persone LGB cresce con l'idea che l'omosessualità sia una loro colpa, e che subire discriminazioni e trattamenti degradanti sia il loro destino ineluttabile. Questo fenomeno si aggancia al concetto di «falsa colpa», di cui da sempre le persone omosessuali soffrono in conseguenza delle pressioni esercitate dalla società nei confronti delle «diversità sessuali» in genere. Se per sradicarla occorre ben più di un beneficio di legge, è pur vero che la falsa colpa costituisce un ostacolo di ordine psicologico a una piena coscienza dell'ingiustizia insita in ogni discriminazione, e quindi di riflesso al

²⁷ Questi aspetti sono ricordati da BILOTTA, *Luci e ombre*, cit., p. 2.

²⁸ In questo senso, l'atteggiamento omofobico od omonegativo nella società potrebbe spingere le vittime della discriminazione «a preferire sistemi 'tradizionali' a quelli che presuppongono l'ammissione pubblica della propria 'diversità'». Così R. SCORCELLI, S. HUGE, *Il diritto vivente e le discriminazioni fondate sull'orientamento sessuale* (Nota a Trib. Milano, 15 dicembre 2009, Marco Crippa c. Cassa mutua Nazionale per Personale delle Banche di Credito Cooperativo), in *Rivista critica del diritto del lavoro*, 2010, pp. 154-157, p. 157.

corretto uso degli strumenti predisposti in questo senso dalla legge²⁹.

4. La legge italiana tra omofobia istituzionale e incertezza del diritto.

Se già i meccanismi contemplati dalla direttiva apparivano scarsamente seducenti per le vittime della discriminazione per orientamento sessuale, si può immaginare la frustrazione del lettore che si addentri nelle maglie del decreto n. 216/2003 il quale, anziché sforzarsi di trasporre la disciplina contenuta nella direttiva, ne ha frustrato quasi completamente la *ratio*.

Cominciamo dalla legittimazione attiva nelle azioni per discriminazione. Si è visto che il legislatore europeo ha ritenuto di affidarne l'iniziativa alle associazioni che «*abbiano un interesse legittimo a garantire che le disposizioni della presente direttiva siano rispettate*». In questo modo, ad esempio, avrebbero legittimazione anche associazioni quali Arcigay e Arcilesbica.

Al contrario, il decreto n. 216/2003 assegna tale diritto solo alle «*rappresentanze locali delle organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative a livello nazionale*», dunque limitando il novero dei titolari ai sindacati³⁰.

Ma non è tutto. Il legislatore italiano, che di certo non si distingue per essere particolarmente *gay-friendly*, ha ritenuto che non fosse necessario introdurre un'inversione dell'onere della prova a favore delle vittime, come invece prescritto dalla direttiva. La norma del decreto dedicata a questo punto, infatti, si limita a sancire il potere del giudice di valutare «*elementi di fatto, in termini gravi, precisi e concordanti*», tenendo eventualmente in considerazione anche «*dati statistici*»³¹.

²⁹ Sul concetto di «falsa colpa» v. M. MIELI, *Elementi di critica omosessuale*, Milano, 2002, 2^a ed., p. 100.

³⁰ Così BILOTTA, *Luci e ombre*, cit., p. 2.

³¹ La versione originaria dell'art. 4, co. 4, del D. Lgs. n. 216/2003, così recitava: «[i]l ricorrente, al fine di dimostrare la sussistenza di un comportamento discriminatorio a proprio danno, può dedurre in giudizio, anche sulla base di dati statistici, elementi di fatto, in termini gravi, precisi e

La questione appare ancora più significativa ove si consideri — come già si è detto — che *«l'effettività di una forma di tutela può, in gran parte, dipendere da come si articolano e distribuiscono in giudizio gli oneri probatori delle parti»*³². Non può dirsi che il problema non sia stato affrontato dal legislatore in sede di elaborazione del decreto, il quale però si è limitato a rifiutare *«una radicale inversione dell'onere della prova»*, privilegiando per contro *«semplicemente un principio di favore per la parte debole che agisce in giudizio»*³³. La presunzione probatoria, che ha una sua precisa consistenza tecnica, si è così trasformata, manco a farlo apposta, in uno scudo difensivo a favore della parte «debole», sulla cui efficacia però è lecito dubitare, anche e soprattutto alla luce della farraginosità che caratterizza la lettera della norma³⁴.

Per correggere questo sistema — e difendersi da un'imminente procedimento d'infrazione annunciato in sede europea — il legislatore è poi intervenuto nel 2008 a modificare detta norma per riportarla nei binari tracciati dall'Unione europea. Così, dopo il 2008 l'emendato art. 4 del decreto n. 216/2003 stabilisce, questa volta con maggiore chiarezza, che *«[q]uando il ricorrente fornisce elementi di fatto idonei a fondare, in termini gravi, precisi e concordanti, la presunzione dell'esistenza di atti, patti o comportamenti discriminatori, spetta al convenuto l'onere di provare l'insussistenza della discriminazione»*. Chi ritenga che ora il legislatore abbia fatto le cose perbene si vedrà subito smentito: è infatti "magicamente" sparito il riferimento ai dati statistici, che invece rappresenta uno strumento molto utile per offrire al giudice con-

concordanti, che il giudice valuta ai sensi dell'articolo 2729, primo comma, del codice civile».

³² L. DI PAOLA, *Discriminazioni*, cit., p. 882.

³³ Così la Relazione governativa al D. Lgs. n. 216/2003 nota che «la previsione di una radicale inversione dell'onere della prova è apparsa non strettamente conforme ai principi del nostro ordinamento giuridico[, ove la stessa] esiste solo in alcune precise e tassative ipotesi previste dalla legge[, mentre] la legge [sic] comunitaria ha optato, più genericamente, per un regime di prova presuntiva per il quale non vi è una vera e propria inversione dei carichi probatori, ma semplicemente un principio di favore per la parte debole che agisce in giudizio».

³⁴ Per una discussione conclusiva v. M. VINCIERI, *I danni alla persona del discriminato*, in *La responsabilità civile*, 2009, pp. 840-854, spec. pp. 842-843.

tezza del contesto discriminatorio nel quale il caso a lui sottoposto di colloca³⁵.

Quello dell'onere probatorio non è stato l'unico intervento normativo realizzato nel 2008. Infatti, si è provveduto anche in tema di legittimazione attiva, ove alle organizzazioni sindacali originariamente menzionate si sono aggiunte «*le associazioni e le organizzazioni rappresentative del diritto o dell'interesse lesa*», che ora possono agire in giudizio in nome e per conto della vittima, con la precisazione però che tutto questo avverrà in forza di delega «*rilasciata per atto pubblico o scrittura privata autenticata*». Eliminato un'onere, se ne è aggiunto un altro, che costringerà la vittima a comparire davanti a un notaio.

Come se tutto questo non bastasse, nel 2011 il Parlamento ha messo nuovamente mano, per la terza volta, alle norme antidiscriminatorie, abrogando la norma testé citata e sostituendola con l'identico art. 28, co. 4, del Decreto legislativo 1° settembre 2011, n. 150, nel quale peraltro fa la sua ricomparsa il riferimento ai dati statistici³⁶. La ragione di questo successivo rimaneggiamento risiedeva nella volontà di rimettere ordine nelle varie disposizioni processuali sparse nel panorama legislativo.

Questi continui interventi legislativi, dettati da esigenze diverse dalla semplice volontà di perfezionare le relative norme, talvolta addirittura da mere necessità di ricollocazione sistematica, non favoriscono la certezza del diritto in una materia tanto delicata. Anzi, le modifiche apportate sul piano normativo rendono più difficile per le vittime di discriminazioni comprendere appieno quali sono i loro diritti e per chi li difende in giudizio, cioè gli avvocati, sfruttare efficacemente gli strumenti processuali disponibili e, soprattutto,

³⁵ Sull'uso di dati statistici (ovvero, detto altrimenti, di «test situazionali») v. D. DE MAFFEIS, *Discriminazione (dir. priv.)*, in *Enciclopedia del diritto*, Annali 2007, IV, Milano, 2007, pp. 490-510, p. 503.

³⁶ L'art. 28, co. 4, del D. L.gs. 1° settembre 2011, n. 150, ora stabilisce che: «[q]uando il ricorrente fornisce elementi di fatto, desunti anche da dati di carattere statistico, dai quali si può presumere l'esistenza di atti, patti o comportamenti discriminatori, spetta al convenuto l'onere di provare l'insussistenza della discriminazione. I dati di carattere statistico possono essere relativi anche alle assunzioni, ai regimi contributivi, all'assegnazione delle mansioni e qualifiche, ai trasferimenti, alla progressione in carriera e ai licenziamenti dell'azienda interessata».

ottenere il compiuto accertamento dei casi di avvenuta discriminazione.

L'incertezza sui contenuti dei diritti e sui corrispondenti rimedi finisce per ripercuotersi inevitabilmente sul destino dell'intera normativa, che — complice un legislatore pigro e disordinato — rimane così lettera morta. Si chiarisce così un aspetto sul quale molti autori hanno aperto una riflessione: l'assenza di giurisprudenza sul tema. L'insuccesso di una normativa in termini di ineffectività si misura con l'abbondanza della sua giurisprudenza. Nel caso che qui ci occupa, invece, i casi si contano col contagocce, il che fa supporre che la disciplina oggi esistente, e i meccanismi in essa previsti, siano del tutto insufficienti e inadeguati ad assicurare una protezione contro la discriminazione.

5. *Alcune proposte di riflessione.*

L'insufficienza e l'inadeguatezza del sistema attuale impone una riflessione sull'opportunità di un mutamento di vedute in tema di norme anti-discriminazione. Sinora, infatti, queste ultime sono state costruite attraverso l'attribuzione all'individuo di un diritto di citare in giudizio il datore di lavoro che non rispetti l'obbligo di parità di trattamento. Un modo nuovo e corretto di intendere le politiche antidiscriminatorie, invece, dovrebbe passare non tanto attraverso le azioni individuali previste dalla direttiva europea, quanto attraverso la valorizzazione del capitale umano aziendale, anche inteso in termini di responsabilità sociale dell'impresa.

Anzitutto, occorre superare il paradigma giuseconomico per cui l'unico costo a carico del datore di lavoro di un'impresa che discrimina sarebbe quello delle azioni legali presentate da lavoratori infelici. C'è molto più di questo.

Sotto questo aspetto, i dati citati all'inizio del lavoro rivelano l'esistenza di un pesante, congenito e sistematico blocco nella promozione dei talenti a causa di discriminazioni che si realizzano sin dal momento della selezione dei candidati, blocco che incide sul patrimonio aziendale e, più ampiamente, sul benessere economico e sull'efficienza del mercato del lavoro, che tende così ad autoescludere potenziali talenti. Questi ultimi non inizieranno azioni pro-

cessuali per discriminazione perché non hanno sufficienti informazioni sugli altri candidati e, pertanto, non sono in grado di percepire essi stessi la discriminazione di cui sono vittime.

Posta in questi termini la questione, è chiaro che assicurare la parità di trattamento a mezzo di una legge non basta: è invece necessario ripensare la posizione dell'azienda, facendo semplicemente notare che inibire ai propri lavoratori la libera espressione di sé è antieconomico e, di conseguenza, creare un ambiente privo di discriminazioni ed inclusivo contribuisce ad accrescere il capitale umano aziendale, con benefici economici e d'immagine per l'azienda stessa.

Il paradigma di questa proposta, pertanto, potrebbe essere ben espresso non nello slogan «noi non discriminiamo», bensì in quello «noi valorizziamo talenti». Si tratta, con tutta evidenza, di un modello positivo e proattivo, che rifiuta concettualmente — anche se certamente non esclude sul piano normativo — quello reattivo e sanzionatorio già previsto dalla legge. Tale modello è stato peraltro proposto recentemente da Parks, un'associazione di imprese che si occupa di *diversity* in vari campi, tra cui quello LGB.

Anzitutto, lo strumento privilegiato di una siffatta impostazione sarebbe il codice disciplinare interno all'azienda, mezzo attraverso il quale il datore di lavoro è in grado di far conoscere ai propri dipendenti le politiche aziendali in materia di contrasto alla discriminazione. Si tratta della voce più vicina ai dipendenti, indubbiamente molto più vicina della legge, che con le sue lacune e le sue continue modifiche è destinata invece ad essere completamente ignorata dal lavoratore. D'altro canto, è importante che sia quest'ultimo a percepire la discriminazione come un disvalore concreto ed attuale, cosa che gli sarebbe possibile comprendere proprio attraverso una chiara esposizione, all'interno dei codici aziendali, delle disposizioni antidiscriminatorie applicate dal suo datore di lavoro.

In secondo luogo, è essenziale formare i selezionatori del personale. Il selezionatore, infatti, non è neutrale rispetto all'attività che svolge e può subire, più o meno inconsciamente, i pregiudizi esistenti nel contesto culturale nel quale si trova ad operare. Non è un caso che nelle indagini riportate all'inizio di questo breve saggio le lesbiche risultino meno discriminate dei gay. Se si accosta questo

dato all'altro elemento emergente dalla ricerca *Unexplored Dimensions of Discrimination*, secondo cui l'aspetto fisico dei candidati gioca un certo ruolo nella fase di accesso, allora si potrebbe ipotizzare che non sia del tutto corretto affidare la selezione del personale a maschi eterosessuali, per i quali sia la bellezza fisica sia l'orientamento lesbico delle candidate donne corrispondono, notoriamente, al desiderio erotico del maschio italiano cresciuto in un contesto machista ed eterosessista.

Sarebbe interessante, a questo riguardo, predisporre e svolgere un'indagine statistica sulla possibilità di abbattere la discriminazione all'accesso del lavoro attraverso, ipoteticamente, la predisposizione di commissioni miste, onde verificare se vi sono strumenti — e quali siano in concreto — idonei a eliminare o abbattere il livello di discriminazione nella fase di ingresso nel mondo del lavoro.

Infine, la costruzione di un modello operativo di tecniche anti-discriminazione non può prescindere dallo specifico contesto culturale ed istituzionale italiano, che non emerge certo per essere in prima linea nella lotta all'Omofobia. La difficoltà nasce dal fatto che le aziende tendono a slegare la tutela del lavoratore omosessuale dal profitto economico che deriverebbe dalla creazione di un ambiente meno omofobico e più inclusivo. Vi è, in tale ambito, una difficoltà di comprensione e di comunicazione con le imprese. Per questa ragione, è importante ripartire dalle imprese, senza un intervento diretto del legislatore, ma attraverso la costruzione di un sistema antidiscriminatorio dal basso.

Tutto questo comporta, sul piano strategico, l'impossibilità di trapiantare nel nostro Paese realtà tipiche di altri ordinamenti. Così, mentre nell'Europa continentale fioriscono le reti LGB interne alle aziende e nel mondo anglosassone si diffondono associazioni di imprese come la citata esperienza di Parks, l'Italia resta indietro nel mercato internazionale del lavoro e le sue aziende rimangono, in tema di *diversity*, sempre meno competitive. Forse — questo sì — le battaglie condotte in altri Paesi possono servire da esempio per la costruzione di una cultura più inclusiva, anche se le dichiarazioni di alcuni esponenti italiani politici sembrano riportare l'orologio del tempo a trent'anni fa, quando Anita Bryant a Miami denunciava le

giuste rivendicazioni di Harvey Milk come un tentativo di corrompere l'infanzia del Paese.

Simili argomentazioni sono usate ancora oggi sul piano internazionale per opporsi all'abolizione della reclusione e della pena di morte (*sic!*) per gli omosessuali. Molte altre nazioni occidentali le hanno superate: quando sarà la volta del nostro?

* * *