

# GenIUS

RIVISTA DI STUDI GIURIDICI  
SULL'ORIENTAMENTO SESSUALE E L'IDENTITÀ DI GENERE

PUBBLICAZIONE TELEMATICA SEMESTRALE REGISTRATA TRIB. BOLOGNA · ISSN 2384-9495 · LUGLIO 2017

2017 / 1

**Direzione scientifica**

Daniel Borrillo, Gilda Ferrando, Stefano Rodotà, Robert Wintemute

**Direzione editoriale**

Marco Gattuso, Barbara Pezzini

**Redazione**

*Diritto Internazionale:* Giacomo Biagioni, Adriana Di Stefano, Luca Paladini, Pietro Pustorino, Chiara Ragni, Livio Scaffidi, Roberto Virzo, Chiara Vitucci

*Diritto dell'Unione Europea:* Elisabetta Bergamini, Carmelo Danisi, Daniele Gallo, Alexander Schuster

*Diritto Costituzionale:* Anna Lorenzetti, Ilaria Rivera, Francesco Saitto, Angelo Schillaci, Angioletta Sperti, Paolo Veronesi, Giacomo Viggiani

*Identità di genere:* Roberta Dameno

*Diritto Penale:* Luciana Goisis, Luca Morassutto, Marco Pelissero

*Diritto Privato:* Stefano Celentano, Ines Corti, Leonardo Lenti, Joelle Long, Guido Noto La Diega, Giuseppina Palmeri, Stefania Stefanelli, Anna Maria Tonioni, Monica Velletti

*Diritto Comparato:* Denise Amram, Mia Caielli, Michele Di Bari, Francesca Brunetta d'Usseaux, Elena Falletti, Anna Maria Lecis Coccu Ortu, Mathias Moschel, Matteo Winkler

*Diritto del Lavoro:* Carla Ponterio, Laura Tomasi, Tiziana Vettor

**Referees**

Emanuela Abbatecola, Rosalba Alessi, Esther Arroyo Amayuelas, Chris Ashford, Marzia Barbera, Vittoria Barsotti, Maria Caterina Baruffi, Roberto Bin, Nerina Boschiero, Giuditta Brunelli, Frances Burton, Ruggiero Cafari Panico, Carlo Casonato, Massimo Cavino, Eleonora Ceccherini, Paolo Cendon, Nicola Cipriani, Roberta Clerici, Giovanni Comandé, Marco Cuniberti, Marilisa D'Amico, Marcella Distefano, Massimo Dogliotti, Emilio Dolcini, Ascensión Elvira Perales, Carla Facchini, Carla Faralli, Vincenzo Ferrari, Arianna Fusaro, Alfredo Galasso, Orsetta Giolo, Victor Luis Gutiérrez Castillo, Francesca Ippolito, Silvia Marino, Francesco Munari, Gaetano Natullo, Silvia Niccolai, Fernanda Nicola, Rosanna Pane, Luigi Pannarale, Baldassare Pastore, Marco Pelissero, Mario Perini, Tamar Pitch, Salvatore Patti, Alessandra Pioggia, Antonio Prunas, Roberto Pucella, Andrea Pugiotto, Roberto Romboli, Giulia Rossolillo, Francesco Salerno, Amedeo Santosuosso, Scott Titshaw, Roberto Toniatti, Elena Urso, Maria Carmela Venuti, Filippo Viglione, Alessandra Viviani, Chiara Volpato, Danaya C. Wright, Andreas R. Ziegler

Registrazione presso il Tribunale di Bologna del 30/4/2014 n. Rgvg 2023 n. 4089/14 cron.

Codice ISSN 2384-9495

Direttore responsabile: Beppe Ramina

Impaginazione: Samuele Cavadini

# Sommario

5 Ricordo di Stefano Rodotà

## Focus: Coscienza, religione e non-discriminazione

*a cura di Alexander Schuster*

8 *Alexander Schuster*: Introduzione al Focus

15 *Federica Grandi*: Unione civile e obiezione di coscienza: “questo matrimonio non s’ha da fare, né domani, né mai”

25 *Roberto Toniatti*: Un parere accomodante, interlocutorio e fondato sull’ineguaglianza delle forme familiari

34 *Andreas Yiannaros*: Protecting the ‘rights of others’ in the UK: Religious expression, reasonable accommodation and the real meaning of non-discrimination

43 *Laura Calafà*: Organizzazioni di tendenza e orientamento sessuale: il valore (non solo simbolico) del caso di Trento

## Interventi

53 *Anna Lorenzetti*: Carcere e transessualità: la doppia reclusione delle persone transgeneri

## Commenti

70 *Ilaria Rivera*: La trascrizione dell’atto di nascita formato all’estero tra tutela dell’ordine pubblico internazionale e superiore interesse del minore

78 *Alessandra Viviani*: *Paradiso e Campanelli* di fronte alla Grande Camera: un nuovo limite per le “famiglie di fatto”?

87 *Giovanni Galasso*: Unione omoaffettiva e adozione

## **Osservatorio documenti** *a cura di Carmelo Danisi*

- 99 **Unione europea:** Regolamento (UE) 2016/1104 del Consiglio, del 24 giugno 2016, che attua la cooperazione rafforzata nel settore della competenza, della legge applicabile, del riconoscimento e dell'esecuzione delle decisioni in materia di effetti patrimoniali delle unioni registrate, in GUUE, 8 luglio 2016, L 183

## **Osservatorio decisioni** *a cura di Carmelo Danisi*

- 122 **Corte europea dei diritti dell'Uomo:** Decisione del 6 aprile 2017, *A.P., Garçon e Nicot c. Francia*, n. 79885/12, 52471/13 e 52596/13
- 137 **Corte europea dei diritti dell'Uomo:** Decisione del 15 gennaio 2013, *Eweida e altri c. Regno Unito*, n. 48420/10, 59842/10, 51671/10 e 36516/10.
- 145 **Corte di Cassazione, sesta sezione civile:** Ordinanza del 19 aprile 2017, n. 9946
- 147 **Corte di Appello di Milano, quinta sezione delle persone, dei minori e della famiglia:** Sentenza del 9 febbraio 2017
- 161 **Tribunale di Rovereto:** Ordinanza del 21 giugno 2016
- 168 **Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia - Brescia, prima sezione:** Sentenza del 29 dicembre 2016, n. 1791

Alexander Schuster\*

## Introduzione al Focus

### Sommario

1. Il conflitto fra diritti. *In medio stat virtus*? Bilanciare non significa accomodare – 2. Una questione oramai europea – 3. La risposta italiana – 4. Le organizzazioni di tendenza – 5. Bilanciamento non significa compromesso

### 1. Il conflitto fra diritti. *In medio stat virtus*? Bilanciare non significa accomodare

Secondo l'*Etica Nicomachea* di Aristotele la virtù sta nel mezzo. Da giuristi possiamo domandarci se anche il giusto debba seguire la medesima *misura*, evitando la tutela piena di un diritto a favore della tutela di un altro, così da evitare in ogni caso quelli che per l'illustre filosofo erano estremi. La questione può essere calata nel confronto acuitosi in tempi assai recenti fra le istanze di rispetto delle convinzioni personali – latamente intese – di un individuo, talvolta dell'*ethos* di un'organizzazione, e gli obblighi giuridici di adottare approcci non discriminatori da parte di singoli o di organizzazioni.

Il presente *Focus* intende offrire alcune prospettive di diritto italiano, europeo e straniero. La dimensione europea offre alcune coordinate per definire l'esperienza di altri ordinamenti con riguardo *in primis* all'obiezione di coscienza di un pubblico dipendente quando l'atto che è richiesto di compiere collida con le sue convinzioni più intime, sovente di matrice religiosa. In secondo luogo, vuole dare spunti per affrontare il tema, altrettanto complesso, del conflitto fra i valori propri di un'organizzazione (sia quella fondata su un *ethos* filosofico o religioso che quella neutra o mirante all'inclusione, quale può essere un ente pubblico) e quelli di un lavoratore. In quest'ultimo ambito l'attenzione sarà dedicata alla posizione del lavoratore associato a caratteristiche LGBT. Esula da questo *Focus* il fronte del conflitto interindividuale, ad esempio il conflitto fra libertà di espressione e la tutela della dignità delle persone LGBT.

### 2. Una questione oramai europea

Il tema è emerso in maniera significativa a livello europeo quando la Corte europea per i diritti umani decise il caso *Ladele*, analizzato in particolare nel saggio di Federica Grandi<sup>1</sup>. La sentenza rigettò il ricorso di un ufficiale di stato civile di un comune inglese che non intendeva celebrare le unioni registrate fra persone dello stesso genere invocando l'incompatibilità di tale atto con le proprie convinzioni religiose. Peraltro, rifiutò anche di compiere atti prodromici o successivi alla celebrazione in sé. Nel non accertare una violazione della Convenzione europea i giudici di Strasburgo hanno valutato per quel caso specifico che la regola di un ente pubblico che imponesse a propri dipendenti il rispetto di politiche di eguaglianza, senza consentire loro di esercitare una legittima obiezione di coscienza, non violava i diritti

\* Progetto Biodiritto, Università di Trento.

<sup>1</sup> *Ladele e McFarlane c. Regno Unito*, n. 51671/10 e 36516/10, CEDH 2013 (estratti).

fondamentali della persona, segnatamente l'art. 9, considerato isolatamente e congiuntamente con l'art. 14 Cedu. Le scelte discrezionali di *policy* volte all'inclusione e alla non discriminazione sono, quindi, legittime e consentono di escludere istanze individuali volte ad opporvisi.

La sentenza *Ladele* non consente di concludere che soluzioni accomodanti sarebbero in conflitto con la Convenzione, ad esempio perché la tutela della libertà religiosa di cui all'art. 9 sarebbe eccessivamente lesiva di altri beni protetti dalla stessa Convenzione. Nella stessa pronuncia si ricostruisce come altre municipalità del Regno Unito avessero invece optato per modalità organizzative degli uffici che consentivano ad alcuni dipendenti di astenersi dal celebrare le unioni, fintantoché comunque il servizio ai cittadini fosse garantito.

Nei Paesi Bassi si è registrata per lungo tempo una dinamica simile<sup>2</sup>. Primo Stato al mondo ad introdurre il matrimonio egualitario, ha conosciuto anch'esso pubblici ufficiali che chiedevano di astenersi dal celebrare sodalizi fra persone dello stesso genere. Per molti anni il tradizionale approccio olandese improntato alla massima inclusività di tutte le sensibilità e culture, ha determinato in alcuni contesti in cui tali istanze individuali erano emerse soluzioni accomodanti. Alcuni dipendenti potevano così effettivamente obiettare ed astenersi dal celebrare unioni percepite come contrarie ai propri valori. Negli anni più recenti, tuttavia, è emerso in seno alla società olandese un vivo confronto. Ci si è domandati se tale accomodamento, legittimando l'obiezione di un pubblico ufficiale a celebrare ciò che la legge stabilisce essere un diritto fondamentale dei cittadini, non fosse in realtà contrario proprio ai valori fondamentali che sono alla base del matrimonio – detto per l'appunto – egualitario. A dare la stura alla discussione fu la dichiarazione politica del Governo insediato nel 2007 che riteneva legittime queste istanze<sup>3</sup>.

Il Governo chiese in data 3 gennaio 2012 al Consiglio di Stato di esprimersi. L'organo consultivo affermò in un approfondito parere non vincolante<sup>4</sup> che non solo doveva ritenersi lecita una tale prassi rispettosa dell'obiezione di coscienza, ma che essa poteva ritenersi forse dovuta proprio per evitare una violazione dell'art. 9 Cedu nella forma di una discriminazione quantomeno indiretta. Questa interpretazione pone alcuni dubbi, considerato che, se la stessa sentenza *Ladele* lascia un certo qual margine per soluzioni che tendono a rispettare obiezioni di coscienza di singoli dipendenti, il rigetto del ricorso non può che significare che non vi è un diritto ad obiettare e ad astenersi – quantomeno in chiave generale – dal partecipare in qualsivoglia maniera alla formazione di tali unioni.

Successivamente, è intervenuto il legislatore stesso nel 2014<sup>5</sup>. Il Parlamento olandese ha emendato il Codice civile e sancito l'obbligo per i pubblici dipendenti di adempiere ai propri doveri senza alcuna distinzione, ponendo così termine alle prassi di alcuni comuni e sancendo il primato dell'adempimento degli obblighi stabiliti dallo Stato in capo ai funzionari sulle loro convinzioni personali.

L'impossibilità di esercitare un'obiezione di coscienza con riguardo alla celebrazione di matrimoni egualitari è stata sancita anche dalla giurisprudenza spagnola e francese. Quest'ultima si concretizza nella statuizione del *Conseil constitutionnel*<sup>6</sup>, di cui dà ampio conto il saggio di Grandi e a cui si rinvia anche per l'analisi delle statuizioni a livello nazionale.

Anche i giudici spagnoli hanno trattato la questione, forse primi in Europa, considerata la riforma dell'istituto del matrimonio operata già nel 2005. La fattispecie assume una certa particolarità rispetto ad altri ordinamenti di stato civile come quelli italiano, francese e tedesco, in ragione delle specifiche competenze attribuite ai magistrati spagnoli. Trattasi di una situazione che ricorda quindi il caso, noto al giudice costituzionale italiano, della sentenza n. 196 del 1987 sull'obiezione di coscienza del giudice tutelare in merito all'autorizzazione all'interruzione volontaria della gravidanza<sup>7</sup>. Il *Tribunal Supremo*<sup>8</sup> ha così stabilito che non è data possibilità al magistrato di obiettare ed astenersi dall'adempiere agli ob-

2 Vedasi S. Smet, *Conscientious Objection to Same-sex Marriages: Beyond the Limits of Toleration*, in 11 *Religion & Human Rights* 114–39 (2016).

3 Maggiori dettagli sono offerti nell'analisi di tipo sociologico di M. Derks, *Een smet op de mooiste dag van je leven: de controverse van geweigerambtenaar*, in 11 *Religie & Samenleving* 101–21 (2016).

4 Consiglio di Stato, Parere del 9 maggio 2012, *Kamerstukken II*, 2011/12, 32550, n. 35.

5 *Wet van 4 juli 2014 tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek en de Algemene wet gelijke behandeling met betrekking tot ambtenaren van de burgerlijke stand die onderscheid maken als bedoeld in de Algemene wet gelijke behandeling*, pubbl. in *Staatblad*, n. 260, del 15 luglio 2016, in <https://zoek.officielebekendmakingen.nl/stb-2014-260.html>

6 Consiglio costituzionale, decisione n. 2013-353 QPC del 18 ottobre 2013.

7 In *Il foro italiano*, 1988, I, 758, con nota E. Rossi, a cui si rinvia anche per le annotazioni critiche all'*obiter* di cui al considerato in diritto n. 3 della Corte secondo cui l'estrinsecazione di una fondamentale libertà individuale quale quella di associazione "soffre per il magistrato di limitazioni, avuto riguardo al dover questi pronunciare, tra l'altro, proprio sulle questioni familiari".

8 *Tribunal Supremo*, sentenza dell'11 maggio 2009, n. 3059.

blighi lui imposti quale incaricato dei registri dello stato civile, *inter alia* per la necessaria soggezione alla legge e per il rispetto dei caratteri di indipendenza, imparzialità e responsabilità, pena minare questi stessi principi fondamentali<sup>9</sup>.

### 3. La risposta italiana

La questione dell'obiezione di coscienza in Italia si è naturalmente posta molto tardi, quantomeno negli aspetti più pratici, stante il ritardo con cui l'Italia ha adottato una forma di riconoscimento delle coppie formate da persone dello stesso genere per il tramite della L. 20 maggio 2016, n. 76. Trattasi di una legge che non disciplina tale aspetto, di talché si dovrebbe concludere che la mancata previsione di un diritto all'obiezione di coscienza non la consenta. Almeno, ciò è necessaria inferenza se si accede alla tesi, invero nettamente maggioritaria in dottrina e giurisprudenza, che il nostro ordinamento si fonda su un modello di tipizzazione delle fattispecie lecite di obiezione<sup>10</sup>. Tuttavia, soprattutto quando si verte di conflitti fra diritti fondamentali, vi è sovente margine per operare bilanciamenti che potrebbero introdurre, quale tutela implicita al sistema, liceità altrimenti non giustificabili sulla base delle disposizioni.

L'obiezione di coscienza, sulla falsariga di altre obiezioni previste dall'ordinamento italiano, ad esempio in materia di interruzione volontaria della gravidanza e di riproduzione umana medicalmente assistita, può non attentare ai diritti degli altri soggetti interessati dall'atto oggetto dell'obiezione, laddove l'amministrazione riesca ad attuare modalità organizzative tali da garantire il servizio senza che, quindi, l'esercizio della funzione pubblica nel suo complesso subisca alcuna menomazione. Grandi focalizza l'attenzione sull'art. 54, comma 1, Cost. e ritiene che il dovere di fedeltà alla Repubblica e di osservanza delle leggi e della Costituzione sia la norma che limita, fino ad escluderla, la possibilità di sottrarsi a tali doveri. Si tratta, quindi, di una lettura già fatta propria anche da altri giudici apicali stranieri. Essa pone la matrice della non obiezione non nella tutela di valori quali eguaglianza o dignità delle persone gay o lesbiche, che si sentirebbero escluse da un servizio pubblico che ammette che le si possa escludere, bensì nel principio generale di ubbidienza e di soggezione del pubblico dipendente alle leggi dello Stato.

Il contributo di Roberto Toniatti porta, invece, sul parere del Consiglio di Stato al cosiddetto decreto ponte, ovvero sul DPCM 23 luglio 2016, n. 144, *Regolamento recante disposizioni transitorie necessarie per la tenuta dei registri nell'archivio dello stato civile, ai sensi dell'articolo 1, comma 34, della legge 20 maggio 2016, n. 76*. È un parere che può essere letto in maniera ancipite, poiché da una parte nega un diritto ad un'obiezione di coscienza, dall'altra di fatto lo introduce alla chetichella. Ad avviso della sezione consultiva, infatti, la questione perderebbe di importanza e una clausola di riconoscimento della legittimità dell'obiezione non è necessaria, in quanto il sindaco potrebbe astenersi dal celebrare le unioni civili e dal provvedere alle incombenze connesse, delegando l'ampia fascia di soggetti che possono officiare in sua vece. La soluzione della fungibilità viene inquadrata da Toniatti nei seguenti termini: "Non si tratta, di certo, di una soluzione accomodante studiata *ad hoc* quanto di una soluzione accomodante che si avvale delle norme di efficienza già esistenti nell'ordinamento".

E tuttavia queste norme di efficienza appaiono per tali ipotesi di obiezione vittime di una eterodeterminazione dei fini. Esse nascono dall'evidenza empirica per la quale, che si tratti del Sindaco di Morterone o quello di Roma, le competenze quale ufficiale di stato civile sono le medesime. La materiale necessità di delegare tali atti spiega le diverse e ampie categorie di soggetti delegabili. Il DPR n. 396/2000 prevede addirittura che, nel caso di dipendenti a tempo indeterminato la delega si perfezioni per accettazione tacita e la rinuncia sia legittima solo "per gravi e comprovati motivi" (art. 2, comma 3). Si tratta di delega non necessitante di giustificazione e tuttavia non per ciò stesso assoggettabile a

9 Si legge al punto 9: "En efecto, no se trata de que sea posible o no sustituir al encargado del Registro Civil en un caso concreto, ni de que haya formas de evitar perjuicios a terceros, sino del principio que somete al juez a la Ley en cualquiera de los cometidos que tiene atribuidos y convierte su intervención, precisamente por esa sumisión y por los otros rasgos que le caracterizan --independencia, imparcialidad, responsabilidad-- en garantía de los derechos e intereses legítimos de todos. Principio fundamental que se vería en cuestión desde el momento en que se subordinara a consideraciones de conciencia el cumplimiento de las funciones judiciales o, en este caso, registrales, previstas por normas legales válidas, especialmente, si como, en este caso, tienen un carácter técnico, absolutamente desvinculado de toda práctica religiosa".

10 Secondo altri vi sarebbe un diritto all'obiezione latente, che poi affiora secondo ipotesi tipizzate. Così, si è proposta una classificazione fra "obiezioni riconosciute" e "obiezioni non (ancora) riconosciute o rivendicate", vedi V. Turchi, "Obiezione di coscienza", in *Digesto/civ.*, XII, Torino, Utet, 1995, 518 ss. Più ampiamente sull'obiezione di coscienza nell'ordinamento italiano, L. Musselli, C.B. Ceffa, *Libertà religiosa, obiezione di coscienza e giurisprudenza costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2017.



qualsiasi fine. Si pensi ad un sindaco che espressamente – sull'esempio di quanto avvenuto per le unioni civili – dichiarasse di delegare per principio tutti i matrimoni fra italiani e "arabi". A differenza dell'orientamento sessuale (età, disabilità, religione, convinzioni personali, ma non del genere<sup>11</sup>), caratteristica per la quale la direttiva 2000/78<sup>12</sup> limita la tutela non discriminatoria al solo settore dell'occupazione, l'origine etnica trova tutela anche nei settori dell'accesso e della fornitura di beni e servizi, all'istruzione, alla protezione sociale. Una tale condotta del sindaco, allora, potrebbe certamente essere inquadrata quale discriminazione nell'accesso ai servizi dello stato civile, con tutte le conseguenze, anche sotto il profilo probatorio (si pensi ad esternazioni alla stampa, alle rilevanze statistiche e alla prassi, fino a determinare la nota ripartizione aggravata dell'onere probatorio). Il fatto che la discriminazione per orientamento sessuale non copra anche l'accesso a tali servizi non consente, tuttavia, di ritenere ogni condotta dei sindaci irrilevante sotto tale profilo, anche se, come pare suggerire il Consiglio di Stato, un uso accorto dello strumento in sé neutro della delega consentirebbe – ma qui sta il *vulnus* del parere – di coprire siffatte condotte animate non da esigenze organizzative, bensì ideologiche, tanto più che la sezione consultiva declassa gli adempimenti di stato civile a mero "dovere civico"<sup>13</sup>.

Il collegio, pur negando spazio ad un'obiezione di coscienza in materia, che dovrebbe essere sempre espressa perché sia lecita, tuttavia delinea una prassi che segue in tutto e per tutto il calco della tradizionale disciplina dell'obiezione di coscienza tipizzata, così introducendo e legittimando alla chetichella ciò che aveva poc'anzi espressamente escluso, per di più con considerazioni talmente ampie da abbracciare non solo il sindaco, ma anche i dipendenti pubblici comunali e ogni altra figura di ufficiale di stato civile (capitano di nave, autorità consolare, ecc.)<sup>14</sup>.

Quanto al settore privato e alla possibilità per un lavoratore di sottrarsi ad adempimenti contrattualmente previsti, in Italia non constano casi. Tuttavia, sull'esempio del caso *Cedu McFarlane*, considerata anche l'importante presenza di organizzazioni dall'*ethos* religioso nel cosiddetto terzo settore, anche in Italia potrebbero emergere situazioni simili. Diversamente quanto già avvenuto in altri ordinamenti e, per l'appunto, nel Regno Unito. Il saggio di Andreas Yiannaros guarda tanto al settore pubblico quanto privato ed è volto proprio ad indagare il quadro normativo che si registra in Inghilterra a fronte di diversi casi, tutti risolti nel senso di non consentire ipotesi di obiezione di coscienza.

#### 4. Le organizzazioni di tendenza

La seconda parte del *Focus* è dedicata, invece, ad una prospettiva speculare alla prima. L'attenzione è rivolta non al lavoratore portatore di convinzioni personali (siano esse di matrice religiosa o filosofica) in contrasto con previsioni normative che possono essere associate all'eguaglianza dei diritti per orientamento sessuale, bensì all'organizzazione che discrimina in ragione di tale caratteristica o che comunque esprime valori che con tale caratteristica possono entrare in tensione.

La prima riflessione è condotta in parte da Andreas Yiannaros e s'interessa di come tali conflitti siano disciplinati nell'ordinamento inglese non solo con riguardo al lavoratore, ma anche all'organizzazione (es. le agenzie cattoliche per l'adozione). In quel contesto, infatti, negli anni più recenti il legislatore

11 *Direttiva (CE) n. 2006/54 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 5 luglio 2006, riguardante l'attuazione del principio delle pari opportunità e della parità di trattamento fra uomini e donne in materia di occupazione e impiego (rifusione)*, in *GUUE.*, L 204 del 26 giugno 2006, pp. 23 ss.

12 *Direttiva 2000/43/CE del Consiglio, del 29 giugno 2000, che attua il principio della parità di trattamento fra le persone indipendentemente dalla razza e dall'origine etnica*, in *GUUE.*, L 180 del 19 luglio 2000 pp. 22 ss.

13 Consiglio di Stato, sez. cons., parere n. 1695 del 21 luglio 2016, punto 4.

14 Si confronti il limite che la Sezione consultiva ha individuato per l'esercizio di questa surrettizia obiezione di coscienza. Dapprima ha offerto una ricostruzione assai originale dell'uso della nozione di "ufficiale dello stato civile", secondo cui nel non riferirsi espressamente al Sindaco il legislatore avrebbe voluto "proprio [...] tener conto che, tra questi, vi possa essere chi affermi un "impedimento di coscienza", in modo che altro ufficiale di stato civile possa compiere gli atti stabiliti". Sennonché basterebbe legge il R.D. 09/07/1939, n. 1238, *Ordinamento dello stato civile*, in un'epoca in cui l'obiezione di coscienza non era certo riconosciuta dall'ordinamento, per comprendere che non è certo questa la *ratio* d'impiego di tale locuzione. Ciò che colpisce è il parallelismo fra le istruzioni operative che il Consiglio di Stato offre con la regolamentazione delle ipotesi tipizzate, con una coincidenza precisa dei confini. Per la Sezione consultiva la delega è risolutiva del problema, con il solo limite di non "in discussione - il che la legge non consentirebbe in alcun caso - il diritto fondamentale e assoluto della coppia omosessuale a costituirsi in unione civile". Si confronti tale previsione con quella di cui all'art.9, comma 4, della L. 22/05/1978, n. 194, *Norme per la tutela sociale della maternità e sull'interruzione volontaria della gravidanza*: "Gli enti ospedalieri e le case di cura autorizzate sono tenuti in ogni caso ad assicurare l'espletamento delle procedure . . .".



è intervenuto in maniera importante per introdurre una serie di divieti di discriminazione, non solo per orientamento sessuale e non solo nell'ambito lavorativo. Così, il divieto di non discriminare le persone gay e lesbiche anche nell'ambito dell'accesso a beni e servizi ha condotto a diversi pronunciamenti a sfavore di chi non offriva accesso al proprio *bed & breakfast* a coppie gay oppure di chi si rifiutava di offrire beni e servizi accessori alla celebrazione di una *civil partnership* o di un matrimonio.

Il commento di Laura Calafà riguarda, invece, il primo caso di discriminazione individuale verso una lavoratrice per orientamento sessuale e il secondo caso per quanto riguarda la discriminazione collettiva. Ancora più rilevante è che si tratta del primo caso che contrappone un'organizzazione di tendenza nella sua forma più significativa, ovvero un'organizzazione religiosa e segnatamente romano cattolica, ai diritti di un lavoratore in ragione delle vere o presunte caratteristiche della sua persona. Questa giurisprudenza è senz'altro di primaria rilevanza, perché vi era carenza di pronunciamenti coinvolgenti organizzazioni di tendenza successivi alla direttiva 2000/78, la quale interviene in maniera importante per ridelimitare i confini concessi ai datori di lavoro che siano portatori di un *ethos* filosofico o religioso. Il commento di Calafà ha il pregio proprio di soffermarsi su questo fronte e di mostrare come la tesi fatta propria dal Tribunale di Rovereto innovi rispetto al pregresso diritto pretorio, che antecede, come detto, l'entrata in vigore della normativa italiana di trasposizione della direttiva.

Successivamente alla ricezione del contributo è stata pubblicata anche la sentenza della Corte di appello di Trento di data 7 marzo 2017<sup>15</sup>, la quale ha in parte riformato l'ordinanza di primo grado. È stata confermata la natura discriminatoria individuale del rifiuto di riassumere la lavoratrice in ragione della sua indisponibilità a confermare o meno che convivesse con una donna, la natura di discriminazione collettiva delle dichiarazioni successive sull'inidoneità delle persone omosessuali a insegnare a minori, ma è stata altresì riconosciuta la condotta diffamatoria e ritorsiva posta in essere successivamente al primo evento, quando l'insegnante era stata accusata di aver parlato durante le sue lezioni di sesso con i minori, determinandone un grave turbamento. L'identificazione di una ritorsione, tanto più nelle forme della diffamazione, è elemento importante, perché testimonia del fatto che la parte datoriale, che notoriamente è in una posizione di forza, quantomeno economica, rispetto al lavoratore, non può porre in essere atti che mirino ad ostacolare la rivendicazione dei diritti fondamentali dell'individuo e rendere, almeno psicologicamente, più difficile il suo diritto di accedere alla giustizia. Il riconoscimento di un danno morale più importante, unitamente alle altre poste pecuniarie, ha determinato una condanna complessivamente di circa 65.000 euro, un importo che potrà efficacemente determinare condotte più prudenti e sperabilmente produrre quell'effetto dissuasivo a cui devono ispirarsi le sanzioni antidiscriminatorie secondo il diritto dell'Unione europea<sup>16</sup>.

Sulla scorta della giurisprudenza euroconvenzionale e della disciplina unionale, oggi le organizzazioni di tendenza vedono margini di manovra a tutela dell'integrità del proprio *ethos* nettamente inferiori al passato. Ciò è inevitabile, se si considera che negli ultimi decenni gli strumenti in favore della non discriminazione sono aumentati progressivamente, testimonianze di un *favor* verso l'individuo che maggiormente prevale rispetto alle esigenze di un'organizzazione che si suole chiamare in Italia di tendenza, sul calco del *Tendenzbetrieb* del diritto tedesco. Che la direttiva 2000/78 incida sul diritto pretorio che ha legittimato questa figura datoriale appare evidente anche nel contesto tedesco. Proprio nel 2016 sono state sollevate ben due questioni pregiudiziali alla Corte di giustizia che riguardano la tutela da accordare a tali organizzazioni in casi in cui si lamenta una discriminazione a danno del lavoratore in ragione delle sue convinzioni personali. Nel caso *Egenberger*<sup>17</sup> la controparte è la Chiesa evangelica luterana e attiene al rigetto di una candidatura per un posto attinente ad un sportello antidiscriminatorio per ragioni etniche. Nell'altro caso, *I.R.*<sup>18</sup>, la questione attiene ad una clinica cattolica e al licenziamento di un medico a causa della sua vita familiare e della fine del legame coniugale. Sullo sfondo di questo caso, che pende da diversi anni e ha visto pronunciarsi diversi giudici, si pone anche il dialogo fra due corti portatrici di punti di vista diversi: da una parte la Corte federale del lavoro, che tende a limitare i margini dell'organizzazione e tutelare maggiormente il lavoratore; dall'altra la Corte costituzionale fe-

15 La sentenza di appello, al momento della chiusura redazionale, non era passata in giudicato e, quindi, ancora suscettibile di ricorso in Cassazione.

16 Su cui vedi L. Calafà, *Sul risarcimento 'dissuasivo' del danno da discriminazione nel diritto UE*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2016, pp. 444 ss.

17 Il rinvio pregiudiziale in *Egenberger*, causa C-414/16, in GUUE, C 419 del 14 novembre 2016, p. 27, trova origine in *Bundesarbeitsgericht*, decisione del 17 marzo 2016 - 8 AZR 501/14 (A).

18 Il rinvio pregiudiziale in *IR*, causa C-68/17, in GUUE, C 144 dell'8 maggio 2017, p. 26, è stato deliberato pochi mesi dopo il precedente da *Bundesarbeitsgericht*, decisione del 28 luglio 2016, 2 AZR 746/14 (A).

derale, che, invece, nel caso specifico aveva imposto di tutelare primariamente l'organizzazione<sup>19</sup>. Con il rinvio, il giudice federale del lavoro intende porre al vaglio dei giudici dell'Unione la compatibilità con la direttiva della soluzione dei togati di Karlsruhe.

Infine, non si può non evidenziare che il rafforzamento della posizione del lavoratore si ritrova anche nella giurisprudenza di Strasburgo. In alcuni casi lo Stato è stato condannato per aver mal interpretato il bilanciamento fra gli interessi del datore di lavoro e il lavoratore. Complessivamente emerge dalle sentenze un derivato convenzionale che tende a riconoscere la prevalenza dell'organizzazione solo in quelle ipotesi in cui sarebbe altrimenti lesa la sostanza dell'indirizzo ideologico dell'organizzazione.

Preso atto che né la direttiva dell'Unione, né la giurisprudenza di Strasburgo accordano più un diritto assoluto all'integrità interna ed esterna dell'ortodossia ideologica, la tutela dell'*ethos* rileva e prevale laddove gli atti del lavoratore, per come posti in essere, possano minarne i tratti distintivi. Questa, almeno, parrebbe essere una nuova ipotesi ricostruttiva volta sì a tutelare l'*ethos* delle organizzazioni, ma nei limiti strettamente necessari a tutelarne l'esistenza più che la pretesa conformativa sui propri lavoratori<sup>20</sup>.

## 5. Bilanciamento non significa compromesso

Identificare gli interessi in gioco, misurarne la pertinenza e legittimità è la prima componente dell'opera di bilanciamento. Tuttavia, non si può concludere che bilanciare vuol dire concedere comunque un qualcosa a ciascun interesse. Se ogni dipendente deve garantire fedeltà alla Repubblica e rispetto delle sue leggi, allora non si può concludere che il bilanciamento si determini a favore di modalità pratiche che surrettiziamente consentono al funzionario di anteporre le proprie convenzioni agli obblighi cui soggiace.

Se la legge, invece, dovesse espressamente prevedere modalità di obiezione sul modello dell'interruzione volontaria di gravidanza, allora in tutta evidenza non si pone alcun problema di violazione della legge se questa comunque consente comunque di tutelare i diritti fondamentali in gioco. Tuttavia, estendere misure eccezionali quali l'obiezione di coscienza incide gravemente sulla tenuta del sistema e stimola la rivendicazione anche di obiezioni speculari. Si pensi al funzionario che rivendica il diritto di non celebrare matrimoni, in quanto, così facendo, contribuirebbe alla realizzazione di un istituto che, dal suo punto di vista, storicamente veicola e perpetra lo stigma verso minoranze sessuali.

Ancora, non tutelare il lavoratore in ragione della pretesa di un'organizzazione di far prevalere l'ortodossia di cui si ritiene portatrice (e, *ça va sans dire*, unica interprete) significa consentire ad una parte privata di delimitare i confini di efficacia dei diritti fondamentali caso per caso. *L'actio finium regundorum* non può che competere allo Stato, pena uno sgretolamento diffuso dell'ordinamento giuridico statale. Infatti, la platea di soggetti che potrebbero rivendicare un *ethos* sarebbe assai ampia.

L'art. 8 della Costituzione, nel riconoscere eguale libertà alle religioni, suggerisce che i margini di manovra siano li stessi tanto per cattolici che per evangelici, che per ebrei e indù. L'art. 9 Cedu suggerisce, poi, che i margini di manovra siano gli stessi tanto per le organizzazioni religiose quanto per quelle filosofiche. Il giudice non può farsi interprete delle diverse fedi ed ideologie. Non a caso la tradizione giurisprudenziale tedesca ha imposto una tipizzazione delle condotte ritenute contrarie al dovere di lealtà, una indicazione della gravità delle condotte e una preventiva definizione della sanzione proporzionata a tale gravità. In tal guisa il giudice non si fa interprete della religione, ma di un codice disciplinare in cui sono trasfusi i valori datoriali. Rimane salvo, in ogni caso, il sindacato del giudice sull'eventuale illegittimità di parti di tale codice.

Di fronte ad un innegabile genuino conflitto fra diritti fondamentali, i casi di contenzioso si profilano all'orizzonte sempre più numerosi, anche in Italia. D'altra parte, si è in presenza di una zona ancora

19 Corte costituzionale federale, decisione del 22 ottobre 2014, 2 BvR 661/1, BVerfGE 137, 273, e FamRZ - Zeitschrift für das gesamte Familienrecht, 2015, 118.

20 Si tratta di soluzioni non facilmente sussumibili in formule standard, poiché poi le organizzazioni adottano accorgimenti operativi per ampliare i limiti individuati dalla giurisprudenza. Si pensi al *Hosanna-Tabor Evangelical v. EEOC*, 132 S. Ct. 694, una decisione che ha riconosciuto ampi margini ogniqualvolta sia possibile sollevare l'eccezione ministeriale. La soluzione di molte organizzazioni è stata allora quella di attribuire la qualifica ministeriale a lavoratori che in sé svolgono mansioni che secondo gli schemi italiani definiremmo neutre. Per un commento alla sentenza *Hosanna-Tabor* si rinvia a M. Ventura, *L'eccezione ministeriale in Hosanna-Tabor. Dall'ingerenza visibile all'ingerenza invisibile*, in *La Corte Roberts e la tutela della libertà religiosa negli Stati Uniti d'America*, P. Annicchino (a cura di), Firenze, European University Institute, 2017, pp. 66 ss.

troppo grigia, anche a livello dottrinale<sup>21</sup>, in ragione di diversi fattori: l'assenza di giurisprudenza successiva all'entrata in vigore della Direttiva 2000/78; precedenti – per quanto risalenti – non armoniosi e talvolta con soluzioni di assoluto favore per le organizzazioni datoriali a detrimento delle libertà dei lavoratori; la problematica trasposizione nel decreto legislativo n. 216/2003. La dottrina giuslavoristica, ecclesiastica e costituzionale è chiamata a incrementare gli sforzi per proporre nuovi schemi di analisi. L'apporto ermeneutico che darà la Corte di giustizia, pur non riguardando l'orientamento sessuale, consentirà di capire se finalmente la persona, il lavoratore conquisterà quella centralità nella tutela dei diritti che è il portato più importante del ventesimo secolo. Tanto più nella Repubblica italiana, che sul lavoro e la dignità dei lavoratori è fondata.

---

21 A livello dottrinale italiano, tuttavia, forse si sta registrando un interesse rinnovato e che per certo aumenterà in ragione dei casi pendenti avanti il giudice di Lussemburgo. Tra i saggi più recenti si segnalano M. Ranieri, *Tendenza e organizzazione: emersione di un fenomeno e destrutturazione di una fattispecie*, in *Diritti lavori mercati*, 2016, pp. 607 ss., nonché i diversi contributi in A. Viscomi (cur.), *Diritto del lavoro e società multiculturale*, Napoli, Editoriale scientifica, 2011, *passim*.