

LA NUOVA STAGIONE DEL DIRITTO ANTIDISCRIMINATORIO

Il contenzioso nelle alte corti europee e il dialogo con le corti nazionali

AGI – Perugia – 10 giugno 2016

Avv. Paola Tradati

IL DIVIETO DI DISCRIMINAZIONE NELLE DIRETTIVE COMUNITARIE

LA LOTTA ALLA DISCRIMINAZIONE QUALE STRUMENTO PER RENDERE EFFETTIVO NEGLI STATI MEMBRI IL PRINCIPIO DELLA PARITA' DI TRATTAMENTO:

- **Direttiva 2000/43/CE del 29 giugno 2000**
- **Direttiva 2000/78/CE del 27 novembre 2000**
 - **Direttiva 2006/54/CE del 5 luglio 2006**



FATTORI DI DISCRIMINAZIONE VIETATI:

- **Razza e origine etnica;**
- **Religione; convinzioni personali; handicap; età; tendenze sessuali;**
- **Sesso.**

LA NOZIONE DI DISCRIMINAZIONE NEL DIRITTO COMUNITARIO (I)

DISCRIMINAZIONE DIRETTA: quando sulla base di uno qualsiasi dei motivi tipizzati una persona sia trattata meno favorevolmente di quanto sia, sia stata o sarebbe stata trattata un'altra persona in una situazione analoga.

- è sufficiente una mera comparazione ipotetica al fine di verificare la sussistenza di una discriminazione diretta

DISCRIMINAZIONE INDIRETTA: quando una disposizione, un criterio o una prassi apparentemente neutri possono mettere in una posizione di particolare svantaggio le persone cui sia riferibile uno dei motivi tipizzati, a meno che (i) l'effetto svantaggioso sia oggettivamente giustificato da una finalità legittima e (ii) i mezzi impiegati per il suo conseguimento siano appropriati e necessari.

- mera richiesta di una posizione di particolare svantaggio, senza che sia necessario un effettivo e attuale pregiudizio

MOLESTIA: comportamento indesiderato posto in essere a causa di uno dei motivi tipizzati, con lo scopo o l'effetto di violare la dignità di una persona e creare un clima intimidatorio, ostile, degradante, umiliante od offensivo.

LA NOZIONE DI DISCRIMINAZIONE NEL DIRITTO COMUNITARIO (II)

Nozione oggettiva: rileva l'effetto pregiudizievole, anche solo potenziale

Alleggerimento dell'onere della prova:

DISCRIMINAZIONE DIRETTA:

Il lavoratore ha l'onere di provare:

- a) il trattamento differenziato rispetto a quello che il datore di lavoro ha (o avrebbe riservato) agli altri;
- b) il nesso causale fra il trattamento meno favorevole e l'appartenenza a un certo gruppo protetto.

Non rilevano gli elementi soggettivi – quali il motivo o la volontarietà della condotta antidiscriminatoria.

DISCRIMINAZIONE INDIRETTA:

Il lavoratore ha l'onere di provare:

- a) la posizione di particolare svantaggio conseguente all'applicazione di una certa disposizione, criterio o prassi.

E' ammesso il ricorso a qualsiasi mezzo, inclusa l'evidenza statistica.

Spetta al datore di lavoro provare che (i) la disparità derivi da una giustificazione ragionevole e obiettiva e (ii) non vi siano mezzi alternativi idonei a evitare l'effetto discriminatorio.

TASSATIVITA' DEI FATTORI DI DISCRIMINAZIONE



CASO NAVAS, C-13/05: non è consentita l'estensione analogica dell'ambito di applicazione della disciplina, «*al di là delle discriminazioni fondate sui motivi enunciati in modo esaustivo*» nella direttiva 2000/78/CE → è esclusa la possibilità che la **malattia**, diversamente dall'handicap, possa rappresentare un fattore di discriminazione vietato per effetto di un'interpretazione estensiva.

CASO AGAFITEI E A., C-310/10: la presunta discriminazione retributiva in base all'appartenenza a una certa **categoria socio-professionale** non rientra nel campo di applicazione delle direttive comunitarie.

CASO FAG, C-354/13: l'**obesità** in quanto tale non può essere considerata un motivo che si aggiunge ai fattori di discriminazione espressamente vietati.

IL LICENZIAMENTO DISCRIMINATORIO NELLA LEGISLAZIONE E GIURISPRUDENZA ITALIANA (I)

Nuova apertura al diritto antidiscriminatorio:
con L. 92/2012 la tutela reintegratoria piena è riservata al licenziamento discriminatorio o affetto da vizio di nullità
«*CORSA ALLA DISCRIMINAZIONE*»

ART. 18 ST. LAV.:

Nullità del licenziamento:

- per ragioni discriminatorie ai sensi dell'art. 3 L. 108/1990;
 - per causa di matrimonio;
- per violazione dei divieti legati alla condizione di maternità della donna lavoratrice;
 - altri casi di nullità *ex lege*;
- per motivo illecito determinante ex art. 1345 cod. civ.

ART. 2 D.LGS. 23/2015:

Nullità del licenziamento:

- per ragioni discriminatorie a norma dell'art. 15 St. lav.;
- altri casi di nullità espressamente previsti dalla legge indipendentemente dal motivo formalmente addotto;
- per disabilità fisica o psichica del lavoratore.

IL LICENZIAMENTO DISCRIMINATORIO NELLA LEGISLAZIONE E GIURISPRUDENZA ITALIANA (II)

Art. 15 St. lav. (come modificato dal D.Lgs. 216/2003 di recepimento delle direttive comunitarie): **i motivi di differenziazione vietati comprendono ragioni di tipo politico, religioso, di affiliazione sindacale, di razza, di lingua o di sesso, di handicap, di età o basate sull'orientamento sessuale o sulle convinzioni personali**

Altri casi di nullità ex lege:

- licenziamento intimato in concomitanza di matrimonio, ex art. 35, D.Lgs. 198/2006;
- licenziamento della lavoratrice dall'inizio della gravidanza fino al termine del periodo di interdizione dal lavoro, nonché fino a un anno di età del bambino o connesso alla domanda e/o fruizione dei congedi parentali, ex art. 54, D.Lgs. 151/2001;
- discriminazione per accertata infezione da HIV, ex art. 5, c. 5, L. 135/1990;
- discriminazione per appartenenza a una certa cittadinanza, ex art. 43, c. 2, D.Lgs. 286/1998.

Oltre che per le ipotesi espressamente tipizzate, il rimedio della reintegrazione in forma specifica opera in ogni caso di violazione di una norma imperativa.

IL LICENZIAMENTO DISCRIMINATORIO NELLA LEGISLAZIONE E GIURISPRUDENZA ITALIANA (III)

Tendenziale equiparazione fra licenziamento *discriminatorio* e licenziamento *ritorsivo per motivo illecito determinante*
(*ex multis*, Cass. 3 dicembre 2015, n. 24648; Cass. 26 maggio 2015, n. 10834)

REQUISITI DEL LICENZIAMENTO DISCRIMINATORIO:

1. **ESCLUSIVITA' DEL MOTIVO ILLECITO** – con conseguente necessità di un'indagine sull'intenzionalità soggettiva
2. **ONERE DELLA PROVA A CARICO DEL LAVORATORE** – meccanismo presuntivo di cui all'art. 2729 cod. civ.

L. 92/2012 → applicabilità anche ai licenziamenti discriminatori del rito speciale e inapplicabilità del rito sommario di cognizione di cui all'art. 28, D.Lgs. 150/2011 per le controversie in materia di discriminazione: «*quando 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*».

IL LICENZIAMENTO DISCRIMINATORIO NELLA LEGISLAZIONE E GIURISPRUDENZA ITALIANA (IV)

Nuova apertura al diritto antidiscriminatorio comunitario con l'art. 2, D.Lgs. 23/2015:

- il mancato richiamo all'art. 1345 cod. civ. potrebbe favorire un'interpretazione del licenziamento discriminatorio conforme alla nozione oggettiva della fattispecie discriminatoria, come accolta dalle fonti e dalla giurisprudenza comunitaria
- possibile superamento del sistema probatorio che pone a carico del lavoratore l'onere di provare la sussistenza di un motivo illecito determinante

Cass., Sez. Lav., 5 aprile 2016 n. 6575: «*la discriminazione, diversamente dal motivo illecito di cui all'art. 1345 cod. civ., opera obiettivamente, ovvero in ragione del mero rilievo del trattamento deteriore riservato al lavoratore quale effetto della sua appartenenza alla categoria protetta, a prescindere dalla volontà illecita del datore di lavoro*».

DIALOGO FRA LA CORTE DI GIUSTIZIA E LE CORTI NAZIONALI

DISCRIMINAZIONE DI GENERE

Corte di Giustizia, 17 dicembre 2015, C-407/14: costituisce una discriminazione diretta fondata sul sesso il licenziamento intimato a un'agente di sicurezza. Il danno subito deve essere risarcito in maniera integrale, nel senso che lo stesso non deve essere solo riparatorio del danno subito, ma deve avere anche un effetto dissuasivo → categoria dei danni punitivi.

Cass. 5 aprile 2016 n. 6575: caso di una lavoratrice licenziata dopo aver manifestato al datore di lavoro l'intenzione di sottoporsi a interventi in vitro per la fecondazione assistita → licenziamento discriminatorio per il *rapporto di causalità* fra la condotta lecita della lavoratrice e il *trattamento oggettivamente deteriore riservatole per la sua appartenenza alla categoria protetta*, indipendentemente dalla motivazione addotta dal datore di lavoro.



Maggior apertura al diritto antidiscriminatorio di derivazione comunitaria

DIALOGO FRA LA CORTE DI GIUSTIZIA E LE CORTI NAZIONALI

DISCRIMINAZIONE BASATA SULLA RELIGIONE

Conclusioni dell'Avv. Generale J. Kokott, 31 maggio 2016, C-157/15: caso di una *receptionist* musulmana licenziata dopo aver manifestato l'intenzione di indossare il velo islamico al lavoro → non costituisce discriminazione diretta fondata sulla religione il divieto di indossare il velo islamico sul posto di lavoro qualora la regola miri ad attuare una politica legittima di neutralità religiosa e ideologica in azienda e non si fondi su stereotipi o pregiudizi verso una o più determinate religioni.

Corte di Appello di Milano, 4 maggio 2016: essendo il *hijad* un abbigliamento che connota l'appartenenza alla religione musulmana, l'esclusione da un posto di lavoro a ragione del *hijad* costituisce una discriminazione diretta in ragione dell'appartenenza religiosa → rileva l'effetto discriminatorio dell'atto datoriale, restando estraneo al sindacato del giudice lo stato psicologico dell'autore – dolo, colpa, buona fede – dell'atto discriminatorio.



Sono ammesse disparità di trattamento nei limiti di un equo bilanciamento fra la libertà di espressione della religione e/o convinzioni personali e la libertà d'impresa.

DIALOGO FRA LA CORTE DI GIUSTIZIA E LE CORTI NAZIONALI

DISCRIMINAZIONE BASATA SULL'ORIENTAMENTO SESSUALE

Corte di Appello di Brescia, 11 dicembre 2014: le dichiarazioni rese da un noto avvocato nel corso di una trasmissione radiofonica con cui si manifesta la volontà di non assumere persone omosessuali hanno carattere discriminatorio, in quanto limitano le condizioni di accesso al lavoro → rileva il pregiudizio anche solo potenziale che una categoria di soggetti può subire rispetto ad altri non facenti parte della stessa categoria (*Caso Feryn C-54/07*).

Corte di Giustizia, 12 dicembre 2013, C-267/12: costituisce una discriminazione indiretta fondata sull'orientamento sessuale la normativa nazionale che non riconosce alle coppie omosessuali unite da un Patto civile di solidarietà (Pacs) il diritto al congedo matrimoniale e a un premio previsti in via esclusiva per i lavoratori subordinati che contraggano matrimonio → equiparazione fra il vincolo matrimoniale e l'unione fra persone dello stesso sesso per tutti gli istituti inerenti la parte economico-normativa del rapporto di lavoro.

Progressivo adeguamento della legislazione italiana alla giurisprudenza comunitaria con la L. 76/2016 sulle unioni civili.

DIALOGO FRA LA CORTE DI GIUSTIZIA E LE CORTI NAZIONALI

DISCRIMINAZIONE BASATA SULL'ETA'

Corte di Giustizia, 19 aprile 2016, C-441/14: è contraria al principio di non discriminazione in ragione dell'età la normativa nazionale danese che priva un lavoratore subordinato del diritto di beneficiare di un'indennità di licenziamento, allorché abbia titolo ad una pensione di vecchiaia, a prescindere dal fatto che scelga di andar in pensione o restare nel mercato del lavoro.

Corte di Appello di Milano, 15 aprile 2014 (Caso Abercrombie): ha natura discriminatoria la normativa che consente la stipulazione di un contratto di lavoro intermittente in considerazione dell'età anagrafica del lavoratore → con l'ordinanza interlocutoria del 29 febbraio 2016, la Corte Suprema ha sollevato questione pregiudiziale alla Corte di Giustizia sull'interpretazione del principio di non discriminazione in base all'età.



Una disparità di trattamento in base all'età non costituisce discriminazione solo se oggettivamente e ragionevolmente giustificata da una finalità legittima e attuata con mezzi appropriati e necessari.

DIALOGO FRA LA CORTE DI GIUSTIZIA E LE CORTI NAZIONALI

DISCRIMINAZIONE BASATA SULL'HANDICAP


Conclusioni dell'Avv. Generale Y. Bot, 26 maggio 2016, C-395/15: risulta discriminatorio il licenziamento intimato a un aiuto cuoco a seguito di un infortunio sul lavoro → l'inabilità al lavoro derivante da una lesione causata da un infortunio sul lavoro può rientrare nella nozione di «*handicap*» ai sensi della direttiva 2000/78/CE, laddove la disabilità sia durevole.

Trib. Pisa, 17 aprile 2015: è illegittimo il licenziamento per giustificato motivo oggettivo irrogato alla lavoratrice portatrice di handicap, qualora il datore di lavoro non provi di aver provveduto agli accomodamenti ragionevoli nel luogo di lavoro, utili a garantire parità di trattamento con gli altri lavoratori → è assolutamente influente ogni indagine in ordine all'esistenza di un motivo illecito del recesso, attesa la natura obiettiva e funzionale dei divieti di discriminazione imposti dal diritto dell'Unione Europea.



Con l'art. 2 del D. Lgs. 23/2015, la tutela reintegratoria forte è prevista anche per i casi in cui il giudice accerti «*il difetto di giustificazione consistente nella disabilità fisica o psichica del lavoratore*»: scelta normativa coerente con le direttive comunitarie.

Grazie!



Il presente documento è stato elaborato in modo indipendente da Gianni, Origoni, Grippo, Cappelli & Partners e consegnato a mero scopo informativo, pertanto, a causa dei continui cambiamenti di leggi, norme e regolamenti, potrebbe non essere aggiornato. Le informazioni qui contenute si basano su fonti ritenute attendibili e in buona fede. Tuttavia, non si rilascia nessuna dichiarazione o garanzia, espressa o implicita, né si garantisce l'imparzialità, l'accuratezza, la completezza o la correttezza delle informazioni contenute in questo documento. Questo documento, compresa ogni sua parte, non costituisce un riferimento per contratti o obblighi di alcun tipo, né può costituire in alcun modo una base affidabile per la conclusione di un accordo. Gianni, Origoni, Grippo, Cappelli & Partners non può essere ritenuto responsabile per eventuali danni, diretti o indiretti, derivanti dall'utilizzo del presente documento o del suo contenuto o comunque connessi al suo utilizzo. Il presente documento non può essere riprodotto, distribuito o pubblicato in tutto o in parte, per qualsiasi scopo, senza l'espressa autorizzazione da parte di Gianni, Origoni, Grippo, Cappelli & Partners. Per qualsiasi ulteriore chiarimento si prega di contattare Gianni, Origoni, Grippo, Cappelli & Partners.