

CONFERENZA ERA
APPLICARE LA LEGGE EUROPEA ANTIDISCRIMINAZIONE
TREVIRI, 8-9 DICEMBRE 2014

Quadro generale dell'attuale legislazione UE in materia di parità di trattamento e definizione dei concetti chiave: discriminazione diretta, discriminazione indiretta, molestia



Prof. Marzia Barbera
Dipartimento di Giurisprudenza – Università degli Studi di Brescia

Schema della presentazione

- Il fondamento logico alla base della legge UE antidiscriminazione?
- Una nuova generazione di norme antidiscriminazione
- Motivi per cui abbiamo bisogno di un concetto condiviso di discriminazione
- I concetti chiave:
 - Campo d'applicazione materiale e personale
 - Forme di discriminazione:
 - ❖ Discriminazione diretta
 - ❖ Discriminazione indiretta
 - ❖ Molestia
 - Eccezioni e giustificazioni
- I gruppi protetti
- Altre forme di comportamento illecito



2

Il fondamento logico alla base della legge UE antidiscriminazione

Il fondamento economico

- Il principio di non discriminazione è un principio generale del diritto dell'UE, espressamente citato in numerose disposizioni dei trattati
- Vietare la discriminazione è un complemento necessario al progetto economico di creare un mercato interno
- Nella misura in cui vi sia una fonte identificabile di discriminazione, anche una differenza arbitraria nel trattare settori industriali comparabili può compromettere la legalità del diritto comunitario.



3

Il divieto di discriminazione in materia di occupazione e libera circolazione all'interno del trattato CE

- Art. 119 (oggi art. 157): divieto di discriminazioni salariali tra uomini e donne
- Articoli 6 e 48 (oggi articoli 18 e 45): divieto della discriminazione fondata sulla nazionalità
- Tali divieti, con effetto diretto e orizzontale, hanno un'origine funzionale: erano stati previsti per promuovere il corretto funzionamento del mercato comune



4

Un quadro diverso: principio di antidiscriminazione come espressione di un principio generale della parità di trattamento...

- Gradualmente, la Corte ha interpretato il diritto di non essere discriminati come un diritto fondamentale
- **Il primo passo:** i divieti sono letti come particolari espressioni di un principio generale della parità di trattamento, che, benché non espressamente sancito dai Trattati, rappresenta un principio fondamentale del diritto comunitario (cfr. *Causa C-10/79 Bershar contro Bundesversicherungsanstalt für Angestellte*)



5

...e come un diritto umano fondamentale...

- **Il secondo passo:** il riconoscimento da parte della CGUE che il principio della parità di trattamento previsto dall'articolo 157 del TFUE sancisce un diritto fondamentale: *"la finalità economica... riveste un carattere secondario rispetto all'obiettivo sociale... che costituisce l'espressione di un diritto fondamentale della persona umana"* (*Defrenne II, Causa 43/75*)
- Cfr. anche *P., Causa C-13-94; Test Achats, Causa 236/09*



6

...che produce un effetto orizzontale diretto?

- **Il terzo passo controverso:** Nella *Causa C-144/04 Mangold*, la Corte ha interpretato il divieto specifico della discriminazione basata sull'età di cui alla nuova direttiva quadro come l'espressione di un principio generale di parità che deve essere considerato un principio generale del diritto comunitario. La fonte di tale principio deve essere reperita nei vari strumenti internazionali e nelle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri
- Pertanto, la direttiva quadro era di applicazione, benché non fosse ancora stata recepita
- Effetto orizzontale diretto del principio? Approccio più prudente nelle decisioni recenti (*Bartsch, Causa C-427/06* e *Kücükdeveci, Causa C-555/97*)



7

L'importanza dell'art. 21 della Carta UE

- Tuttavia, nella *Causa Association de Mediation Sociale C-176/12*, basandosi sulla Carta UE, la CGUE sostiene che il principio di non discriminazione basata sull'età di cui all'articolo 21(1) della Carta è *"sufficiente per conferire ai singoli un diritto soggettivo invocabile in quanto tale"*.



8

Una nuova generazione di norme antidiscriminazione

- Partendo dal trattato di Amsterdam, il diritto UE ha esteso portata e profondità del principio di antidiscriminazione
- Art. 13 (oggi art. 19) TFUE: l'UE ha la competenza per "prendere i provvedimenti opportuni per combattere le discriminazioni fondate sul sesso, la razza o l'origine etnica, la religione o le convinzioni personali, la disabilità, l'età o l'orientamento sessuale"
- Art. 21 della Carta UE dei diritti fondamentali
- Base giuridica per una nuova generazione di direttive antidiscriminazione.



9

Le direttive sulla parità di trattamento

- Direttiva 2000/43/EC che attua il principio della parità di trattamento fra le persone indipendentemente dalla [razza e dall'origine etnica](#)
- Direttiva 2000/78/CE che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro (motivi vietati: [religione o convinzioni personali](#), [handicap](#), [età](#), [tendenze sessuali](#))
- Direttiva 2006/54/CE riguardante l'attuazione del principio delle pari opportunità e della parità di trattamento fra [uomini e donne](#) in materia di occupazione e impiego (rifusione)
- Direttiva 2010/41/CE sull'applicazione del principio della parità di trattamento fra [gli uomini e le donne](#) che esercitano un'attività autonoma
- Direttiva 2004/113/CE che attua il principio della parità di trattamento tra [uomini e donne](#) per quanto riguarda l'accesso a beni e servizi e la loro fornitura



Stesse definizioni, tutele differenziate

- I concetti di discriminazione diretta, discriminazione indiretta, molestia e ordine di discriminare sono comuni alle varie direttive
- Le tutele continuano a essere parzialmente diverse (per es. campi d'applicazione differenti, numero variabile di eccezioni)



Motivi per cui abbiamo bisogno di un concetto condiviso di discriminazione

- Un nuovo concetto di discriminazione nella legislazione, a seguito dell'art. 13 (oggi 19) del TFUE, incentrato non solo sulla parità di trattamento ma anche sulla differenza fra persone fisiche e gruppo
- Se si parla la stessa lingua è possibile evitare di mettere a repentaglio la protezione contro la discriminazione
- Elementi che devono essere definiti:
 - Elementi costitutivi delle nozioni di discriminazione
 - Gruppi protetti



Continuità e innovazione

- Le definizioni riflettono la giurisprudenza della CGUE e sono influenzate dall'esperienza nordamericana (teoria del diverso impatto) e dal diritto internazionale (nozione obiettiva di discriminazione, nessuna importanza attribuita all'intenzione)
- Ma presentano anche elementi originali e innovativi (per es. la nozione qualitativa di discriminazione indiretta)
- Una nuova dottrina sulla discriminazione ancora in fase di sviluppo



I concetti chiave

Campo d'applicazione materiale I

Tutte le direttive vietano la discriminazione nel lavoro, definito come:

- accesso a occupazione, lavoro autonomo e impiego;
- consulenza e formazione professionale;
- occupazione e condizioni di lavoro, tra cui;
- licenziamenti e retribuzione;
- affiliazione a organizzazioni.



Campo d'applicazione materiale II

La direttiva sulla parità di trattamento indipendentemente dalla razza tratta anche della discriminazione nei seguenti campi:

- istruzione;
- protezione sociale, compresa la sicurezza sociale e l'assistenza sanitaria;
- prestazioni sociali;
- beni e servizi, compresa l'abitazione.



Ridurre l'impatto delle direttive riducendone il campo d'applicazione materiale

- *Causa Runevic-Vardyn C-391/09*

Il rifiuto da parte delle autorità lituane di utilizzare la lingua nazionale d'origine di una persona (in questo caso il polacco) nei documenti di stato civile non è una discriminazione basata sulla razza o sull'origine etnica, in quanto non costituisce un "servizio".



Campo d'applicazione personale

- Le direttive si applicano a tutte le persone (fisiche o giuridiche) nell'UE, **indipendentemente** dalla loro nazionalità (ma non **sulla base** della loro nazionalità): dalla *Causa C-54/07, Feryn* alla *Causa C-571/10, Kamberaj*. La nazionalità come caso di discriminazione indiretta basata sulla razza?
- A tutti i datori di lavoro pubblici e privati (che sono responsabili anche del comportamento di azionisti che si presentano come investiti di un ruolo di primo piano all'interno dell'organizzazione e sono percepiti come tali - *Asociația Accept, Causa C-81/12*)
- Ai lavoratori dipendenti ma anche ai lavoratori autonomi



Definizioni di discriminazione

- Le direttive antidiscriminazione vietano la discriminazione sia **diretta** che **indiretta**, nonché la **molestia** – e forniscono la stessa definizione di discriminazione
- Le direttive rendono illeciti anche **l'ordine di discriminare** (considerato alla stregua della discriminazione) e la **vittimizzazione**



Discriminazione diretta

- Sussiste **discriminazione diretta** quando una persona è 1) **trattata meno favorevolmente** di quanto 2) **sia, sia stata o sarebbe** trattata **un'altra** in una **situazione analoga** 3) **sulla base di uno qualsiasi dei motivi** per cui la discriminazione è vietata.
- Le direttive fissano talune **eccezioni**, definite con precisione, tra cui requisiti essenziali per lo svolgimento dell'attività lavorativa, azioni positive, eccezioni specificate per discriminazioni basate sull'età e sulla religione, forze armate (solo sulla base di età e handicap)



Elementi costitutivi

- Trattamento differenziato (*e negativo*)
- Comparazione
- Nesso causale
- Eccezioni



Trattamento differenziato (e negativo)

- Azione o inazione
- Individuale o collettiva
- Raffronto fra trattamento e intenzione
- Con o senza vittima identificabile
- Semplice dichiarazione: “Dichiarazione dissuasiva”
(*Feryn, Causa C-54/07*)



Comparazione

Quando una persona

- è (circostanze concrete e attuali)
- è stata (circostanze concrete successive, raffrontate a una circostanza del passato)
- sarebbe (circostanze ipotetiche)

trattata meno favorevolmente di un'altra in una situazione analoga



“L’importanza dell’essere comparabile”

- In alcune circostanze non è necessario alcun elemento di comparazione: *Dekker, Causa C-177/88*
- In alcune circostanze non si trova alcun elemento di comparazione: *Z., Causa C-363 12*
- In alcune circostanze i tribunali sono in disaccordo sui termini di comparazione: *Hay, Causa C-267/12*



23

Nesso causale: “sulla base di”

- Meccanismo causale del motivo di discriminazione che forma oggetto di protezione
- Causalità obiettiva: l’elemento soggettivo non è decisivo
- Si riferisce alle **caratteristiche stesse**, non all’individuo che ne possiede una: *Coleman, Causa C-303/06*
- Causa necessaria ma anche decisiva o piuttosto codeterminante? (“qualsiasi discriminazione”).



Eccezioni

- In principio, nessuna giustificazione è ammissibile
- Sono previste eccezioni al principio, consentite per legge:

Eccezioni generali

- Requisiti essenziali per lo svolgimento dell'attività lavorativa
- Azione positiva
- Sicurezza pubblica, ordine pubblico, salute pubblica e tutela dei diritti e delle libertà altrui

Eccezioni sulla base di criteri specifici

- Età
- Chiese e altre organizzazioni fondate sull'etica
- Forze armate
- Giustificazione inaccettabile: il mercato (come elemento unico), la preferenza del cliente



Requisiti essenziali e determinanti per lo svolgimento dell'attività lavorativa

- Ogni situazione deve essere esaminata nel merito perché un'eccezione *generale* al principio della parità di trattamento non è ammissibile, e qualsiasi eccezione deve essere proporzionata
- In *Sirdar, Causa C-273/97* il rifiuto di assumere una donna come cuoco nel corpo dei Royal Marines britannici è stato ritenuto compatibile con il diritto comunitario, in quanto tutti i componenti del corpo in questione dovevano essere in grado di combattere in un'unità d'assalto ed era previsto un divieto di combattimento per le donne.
- Successivamente, tuttavia, nella *Causa Kreil C-285/98*, la legislazione tedesca che esclude *in generale* le donne dagli impieghi militari che comportano l'uso delle armi è stata ritenuta contraria al diritto Comunitario; tale esclusione può essere giustificata in base alla **natura specifica dell'impiego** in questione o al **particolare contesto** in cui le attività in questione venivano svolte



Eccezioni sulla base di criteri specifici:

1. Discriminazione basata sull'età

- L'articolo 6 della direttiva quadro stabilisce:
"Gli Stati membri possono prevedere che le disparità di trattamento in ragione dell'età non costituiscano discriminazione laddove esse siano oggettivamente e ragionevolmente giustificate, nell'ambito del diritto nazionale, da una finalità legittima, compresi **giustificati obiettivi di politica del lavoro, di mercato del lavoro e di formazione professionale**, e i mezzi per il conseguimento di tale finalità siano appropriati e necessari."



Eccezioni sulla base di criteri specifici

2. Religione e convinzioni personali.

- L'articolo 4.2. stabilisce che gli Stati membri possano mantenere nella legislazione nazionale disposizioni in base alle quali una differenza di trattamento fondata sulla religione o sulle convinzioni personali non costituisca discriminazione.
- (a) in caso di attività professionali di: i. chiese o ii. altre organizzazioni pubbliche o private (la cui etica è fondata sulla religione o sulle convinzioni personali) e
- (b) per la natura di tali attività (o per il contesto in cui vengono espletate), la religione o le convinzioni personali rappresentino un requisito essenziale
- (c) Tale differenza di trattamento non può giustificare una discriminazione basata su altri motivi.



Discriminazione indiretta

- Sussiste discriminazione indiretta quando 1) una disposizione, un criterio o una prassi **apparentemente neutri** possono mettere 2) le persone facenti parte di un gruppo protetto, in 3) una **posizione di particolare svantaggio** rispetto ad altre persone.
- 4) a meno che tale disposizione, tale criterio o tale prassi siano **oggettivamente giustificati** da una finalità legittima e i mezzi impiegati per il suo conseguimento siano appropriati e necessari.



Elementi costitutivi

- Trattamento apparentemente neutro
- Diverso impatto (posizione di particolare svantaggio)
- Comparazione
- Nesso causale
- Giustificazioni



Trattamenti o criteri apparentemente neutrali

- Esempi
 - Anzianità, esperienza: età
 - Organizzazione dell'orario di lavoro, abbigliamento: religione
 - Conoscenza della lingua, procedura di selezione: razza, origine etnica



Posizione di particolare svantaggio

- Direttiva 97/80 sull'onere della prova: *“una quota nettamente più elevata di individui di uno dei due sessi”* (formula *Bilka Kaufhaus*: l'80%, o più del gruppo in posizione di svantaggio era composto di donne)
- Giurisprudenza della CGE: nella *Causa Allué e Coonan C-33/88* la Corte constatava la discriminazione illegittima delle misure oggetto del ricorso sulla base del 64% di assistenti linguistici stranieri sproporzionatamente interessati dalle misure in questione
- Divergenza dall'analisi statistica: difficoltà nell'individuare gruppi di riferimento e volumi statisticamente significativi (*Causa O'Flynn C-237/94*)



Comparazione

- Condizione preliminare per l'adozione di una legislazione antidiscriminazione è la consapevolezza che esiste una discriminazione strutturale nei confronti di determinati gruppi
- Nell'attuale diritto UE, sussiste discriminazione indiretta quando una disposizione contiene **il rischio** di mettere in posizione di svantaggio persone appartenenti a un gruppo caratterizzato da un motivo di discriminazione che forma oggetto di protezione
- Basta, pertanto, che una persona risulti lesa nella pratica per dimostrare la sussistenza di una discriminazione (cfr. *Causa O'Flynn*)
- Dalla comparazione dei gruppi alla comparazione dei singoli?



Nesso causale

- Impatto potenziale (metterebbe): è tale da poter causare una posizione di particolare svantaggio
- Il nesso casuale deve essere adeguato, ossia tale da provocare il particolare effetto, in base a un criterio di prevedibilità
- Per esempio, in varie cause della CGUE riguardanti presunti casi di discriminazione indiretta conseguente alle condizioni di soggiorno, il buon senso (ossia ciò che avviene nella pratica) è sufficiente per stabilire una potenziale discriminazione indiretta (cfr. *Causa O'Flynn*)



Giustificazioni

Non tutte le differenze di impatto sono illecite: “a meno che”

Giustificazione della finalità: test Bilka Kaufhaus

- Le regole o i criteri imposti sono **diversi** al fine di discriminare?
- Le regole o i criteri selezionati corrispondono a un'**esigenza reale**?
- Sono **appropriati** per conseguire l'obiettivo in questione?
- Sono **necessari** per conseguire l'obiettivo in questione?

Il solo elemento del costo non può rappresentare una giustificazione



La giustificazione speciale nei casi di disabilità

“Soluzione ragionevole”

- Il datore di lavoro accusato di una presunta discriminazione illecita nei confronti di un disabile può difendersi mostrando di aver adottato (o di poter adottare, su richiesta) una soluzione ragionevole (misure appropriate) per le persone disabili in questione.
- Misure che non sono più **“appropriate”** quando impongono un **“onere finanziario sproporzionato”** a carico del datore di lavoro
- La riduzione dell'orario di lavoro può essere considerata una soluzione ragionevole che il datore di lavoro deve adottare per consentire a una persona disabile di lavorare (*Cause congiunte Ring e Skouboe Werge, C-335/11 e C-337/11*)
- Gli Stati membri devono istituire **l'obbligo** per i datori di lavoro di adottare misure pratiche ed efficaci (*Commissione contro Italia, Causa C-312/11*)



Un'area grigia

- La differenza fra discriminazione diretta e indiretta può risultare vaga se il criterio riguarda solo un gruppo protetto o se è inseparabile dal motivo di discriminazione che forma oggetto di protezione: per es. gravidanza, cambiamento di sesso, matrimonio fra persone dello stesso sesso



37

Molestia

- Comportamento **indesiderato**, adottato per uno dei motivi di discriminazione che sono oggetto di protezione, avente lo **scopo o l'effetto** di violare la **dignità** di una persona e di creare un clima **intimidatorio, ostile, degradante, umiliante od offensivo**, che sia intenzionale o no.
- L'attenzione viene interamente rivolta alla capacità del comportamento in questione di violare la dignità umana, senza dover stabilire un raffronto con la situazione di altre persone, né di provare l'intenzionalità.
- Nella giurisprudenza in materia di mobbing l'attenzione è rivolta alla ripetitività. Si applica alle molestie basate su motivi specifici di discriminazione?
- Il comportamento indesiderato può essere respinto o subito



Molestie sessuali

- Comportamento indesiderato verbale, non verbale o fisico, di natura sessuale, avente lo scopo o l'effetto di violare la dignità di una persona, in particolare creando un clima intimidatorio, ostile, degradante, umiliante od offensivo.
- Due tipi di comportamento illegittimo:
 - Molestie da clima ostile (tutti i motivi di discriminazione)
 - Molestie di tipo "quid pro quo" (per lo più di natura sessuale)



Gruppi protetti

Discriminazione (diretta o indiretta) multipla (o intersettoriale)

- La persona subisce una discriminazione multipla quando è presente più un motivo di discriminazione (ne sono vittima soprattutto le donne: Direttive 2000/43, considerando 14, e 2000/78, considerando 3)
- Critica mossa all'intersettorialità: concetto troppo complesso per essere utile nei casi pratici
- Valutazione dell'intersettorialità: tale da rafforzare la parità di trattamento, nella misura in cui le persone più interessate sono donne



Il rifiuto di allargare il numero dei gruppi protetti

- *A) Causa Chacon Navas, C-13/05*: la disabilità è legata al concetto di limitazione permanente delle attività dell'interessato; anche se la disabilità può derivare da una malattia, la malattia è un concetto distinto che non significa disabilità.



Il rifiuto di allargare il numero dei gruppi protetti

- *B) Causa Agafiei, C-310/10*
Discriminazione, presente nel diritto rumeno, basata sulla categoria socio-professionale cui una persona apparteneva o sul suo luogo di lavoro, non contemplata dalla direttiva sulla discriminazione basata sulla razza né dalla direttiva quadro.



Anche se....

- *Cause congiunte Ring e Skouboe Werge, C-335/11 e C-337/11*

Una malattia curabile o incurabile può essere assimilata alla disabilità se comporta una limitazione fisica, mentale o psichica.



Il caso opposto. Ampliare il concetto: discriminazione per associazione

- *Causa Coleman, C-303/06* (discriminazione per associazione o trasferimento): la donna in questione era vittima di discriminazioni e molestie a causa della disabilità del figlio
- Il concetto include anche la **discriminazione per attribuzione?** (quando, per esempio, una persona, pur non avendo di fatto la caratteristica protetta, è percepita come appartenente al gruppo protetto, anche se è risaputo che non vi appartiene, e viene trattata come tale, a causa del possesso dell'immagine stereotipata).



Altre forme di comportamento illecito

- **L'ordine di discriminare è considerato come una forma di discriminazione diretta**, ed è vietato.
- **Vittimizzazione**: trattamento sfavorevole (come il licenziamento) quale reazione ad un reclamo o ad un'azione legale volta ad ottenere il rispetto del principio della parità di trattamento.
- Non viene protetta solo la persona vittima di discriminazione; sono protetti anche **coloro che esibiscono le prove** nell'ambito dell'azione in cui viene denunciata la discriminazione, o che sono comunque **coinvolte in qualsiasi altro modo** nell'azione stessa.
- Può essere considerata una forma di discriminazione per associazione?

