



Provare la discriminazione: Spostamento dell'onere della prova e accesso alle prove

Nicola Braganza

Garden Court Chambers, Londra

Nicolab@gclaw.co.uk

**VRA - Applicazione del diritto dell'UE
contro la discriminazione**

Treviri

24-25 settembre 2018



This training session is funded under the 'Rights, Equality and Citizenship Programme 2014-2020' of the European Commission.

Un contesto importante

Siamo tutti coinvolti - nelle nostre caratteristiche protette e per alcuni, in tempi diversi:

- se il nostro sesso, la nostra razza, l'etnia, le nostre disabilità fisiche o mentali, il nostro orientamento sessuale, la nostra religione e la nostra età.
- se percepito o reale

Discriminazione e disuguaglianza: una realtà riconosciuta

E tuttavia, (molto) difficile da dimostrare

- Colloquio di lavoro - visibile, poi respinta - come provare?
- Un modulo di domanda - disabilità - in seguito respinta - perché?
- Condizioni di lavoro - pettegolezzi circa l'essere gay - cambiamento di trattamento - come provare perché?
- e poi c'è anche un pregiudizio inconscio.....

In questi casi, sono in gioco i nostri diritti umani fondamentali - dignità, rispetto, uguaglianza => le nostre leggi devono combattere il male sociale nascosto della disuguaglianza e della discriminazione e salvaguardare dallo stesso.

Una realtà riconosciuta

"La prova della discriminazione ha la fama di essere particolarmente difficile da fornire. Tale constatazione è a maggior ragione vera nel caso di discriminazione nelle procedure di assunzione. Consapevole di tale scoglio, il legislatore dell'Unione ha adottato delle misure intese a semplificare il compito dei ricorrenti che ritengono di essere vittime di una discriminazione fondata, segnatamente, sul sesso, l'età o l'origine.

Esso ha dunque consentito un alleggerimento dell'onere della prova, senza spingersi tuttavia fino a consacrare un'inversione totale, dal momento che, effettivamente, non era possibile prescindere totalmente dalla libertà di cui gode tradizionalmente il datore di lavoro, consistente nell'assumere persone di sua scelta».

Conclusioni dell'Avvocato Generale Paolo Mengozzi 12/1/2012

Meister contro Speech Design Carrier Systems GmbH Caso C-415/10

Perchè?

"Da tempo è riconosciuto che provare le richieste di risarcimento per discriminazione può porre grandi difficoltà ai ricorrenti

Igen v Wong [2005] EWCA Civ 142

“È importante ricordare che è insolito trovare prove dirette di discriminazione razziale. Pochi datori di lavoro saranno disposti ad ammettere tale discriminazione anche a se stessi. In alcuni casi, la discriminazione non sarà basata sulle cattive intenzioni, ma solo sul presupposto che “la persona non si sarebbe integrata”.

Re v Gran Bretagna - Centro Cina [1992] ICR 516

Concetti chiave del diritto antidiscriminatorio

- Onere della prova – Su chi grava l'onere di provare la discriminazione o la sua infondatezza?
- Prove - Come si dimostra la discriminazione o la sua infondatezza?
- Su quali prove è possibile contare?

Onere della prova

Chi prova cosa?

" Le norme in materia di onere della prova devono essere adattate quando vi sia una presunzione di discriminazione prima facie e, nel caso in cui tale situazione si verifichi, l'effettiva applicazione del principio della parità di trattamento richiede che l'onere della prova sia posto a carico del convenuto"

"Non c'è bisogno di applicare le regole sull'onere della prova quando spetta all'autorità giudiziaria indagare sui fatti del caso. "

Perché così essenziale?

- "[13] Bisogna poi sottolineare che, in una situazione in cui è in gioco un sistema di integrazioni salariali individuali **completamente privo di trasparenza**, le lavoratrici possono dimostrare una disparità solo tra retribuzioni medie. Esse **sarebbero private di qualsiasi mezzo efficace** per far rispettare il principio della parità di retribuzione dinanzi ai giudici nazionali, se l'esibizione di tali prove non avesse la conseguenza di imporre al datore di lavoro l'onere di provare che la sua pratica in materia di retribuzioni non è di fatto discriminatoria.
- [14] Infine, va osservato che, ai sensi dell'articolo 6 della direttiva sulla parità di retribuzione, gli Stati membri devono, conformemente alla loro situazione nazionale e ai loro ordinamenti giuridici, adottare le misure necessarie per garantire l'applicazione del principio della parità di retribuzione e la disponibilità di mezzi efficaci per garantirne il rispetto. La **preoccupazione per l'efficacia che è alla base della direttiva** significa che essa **debba essere interpretata nel senso che comporta adeguamenti** delle norme nazionali in materia di onere della prova in casi particolari, qualora tali adeguamenti siano necessari per l'effettiva attuazione del principio di uguaglianza".

Danfoss C-109/88

Uno strumento essenziale.....

Enderby contro Frenchay Health Authority C-127/92

- [13] Normalmente spetta alla persona che adduce i fatti a supporto di una pretesa produrre la prova di tali fatti. Pertanto, in linea di principio, l'onere di provare l'esistenza di una discriminazione basata sul sesso per quanto riguarda la retribuzione grava sul lavoratore che, ritenendosi vittima di tale discriminazione, intenta un'azione legale contro il suo datore di lavoro al fine di eliminare la discriminazione.
- [14] Tuttavia, dalla giurisprudenza della Corte emerge chiaramente che l'onere può essere spostato quando ciò è necessario per evitare di privare i lavoratori che sembrano essere vittime di discriminazioni di qualsiasi mezzo efficace per far rispettare il principio della parità retributiva. Di conseguenza, quando una misura che distingue i lavoratori in base all'orario di lavoro ha in pratica un impatto negativo su un numero sostanzialmente più elevato di membri dell'uno o dell'altro sesso, tale misura deve essere considerata contraria all'obiettivo perseguito dall'**art. 119** CEE, a meno che il datore di lavoro dimostri che essa si basa su fattori **obiettivamente** giustificati non connessi a qualsiasi discriminazione fondata sul sesso. Analogamente, qualora un'impresa applichi un sistema retributivo del tutto privo di trasparenza, spetta al datore di lavoro dimostrare che la sua pratica in materia di retribuzione non è discriminatoria, se una lavoratrice dimostra, rispetto ad un numero relativamente elevato di dipendenti, che la retribuzione media delle donne è inferiore a quella degli uomini.

Come funziona?

"1. Quando persone che si ritengono lese espongono fatti dai quali si può presumere che vi sia stata una discriminazione diretta o indiretta, spetta alla parte **convenuta** provare che non vi è stata violazione del principio della parità di trattamento.

"Il paragrafo 1 non osta a che gli Stati membri introducano un regime probatorio più favorevole alla parte ricorrente. "

Prove

- Kelly C-104/10 - La domanda di partecipazione ad un corso maschile è stata rifiutata, le copie di altri sono state rifiutate, nessun diritto, ma può compromettere l'efficacia, il giudice nazionale deve valutare.
- Meister C-415/10 – Speech Design, 2x respinto, l'informazione richiesta (sulla procedura di selezione) rifiutata, non autorizzata, ma può essere un fattore di accertamento dei fatti.
- Asociatia ACCETTO C-81/12 - colloquio caratterizzato da omofobia, nessuna legittimazione ad agire ma il datore di lavoro non ha preso le distanze.

Passi

Fase 1

Il dipendente ricorrente deve stabilire un caso di discriminazione prima facie.

Fase 2

Se lo fa, l'onere di provare il motivo o la causa della decisione si sposta - spetta al datore di lavoro convenuto e non al ricorrente.

Fase 3

Il datore di lavoro convenuto deve dimostrare che il motivo del trattamento lamentato NON è causato da alcuna discriminazione.

Il ricorrente prova di avere una caratteristica protetta

"Tuttavia, **non** spetta al convenuto dimostrare che il ricorrente aderisce a una particolare religione o convinzione, ha una particolare disabilità, ha una particolare età o un particolare orientamento sessuale".

(considerando della Direttiva 2000/78)

Prove

Come si fornisce la prova in un ricorso?

- Concetto chiave specifico della discriminazione
- Inferenze
- "La valutazione dei fatti da cui si può **dedurre** che vi sia stata una discriminazione diretta o indiretta è di competenza degli organi giudiziari nazionali o di altri organi competenti (comprese le prove statistiche).
- "fatti dai quali si può presumere che vi sia stata una discriminazione diretta o indiretta".

Orientamenti pratici e prove pratiche

- Agire per conto del datore di lavoro - Cosa cercare? Cosa consigliare?
- Agire per conto del dipendente - come comprovare la vostra richiesta?
- In qualità di Giudice - quali prove saranno di aiuto?

Tipi di prove?

- Quali sono le prove che supportano il ricorso?
- prove dirette? Prove documentali?
Testimonianze? I fascicoli del personale? Note aziendali? Statistiche di impatto diverso?
- Ci sono prove circostanziali, osservazioni, statistiche generali, altri reclami in passato, comportamenti incoerenti/ contraddittori (datore di lavoro cattivo/ sleale o discriminatorio?)
- In che modo il dipendente/datore di lavoro ha gestito la questione internamente? Reclamo? Ritardo? Condotta in qualche indagine?

Quali altri fattori?

- Spiegazione? Ragionevolezza della spiegazione?
- Grado di trattamento?
- Informazione? Richiesta di informazioni? Questionario - inferenze
- Quali sono le politiche per le Pari Opportunità del datore di lavoro?
- Contratto di lavoro?
- Induzione/formazione su Pari Opp. ? E' aggiornato / ripetuto?

E infine.....

buone pratiche e prevenzione

- Sistemi in atto per combattere la discriminazione?
- Prove dell'impegno per affermare l'uguaglianza? Politiche per le Pari Opportunità?
- Risorse umane? Responsabile per le Pari Opportunità?
- Formazione del personale? A tutti i livelli? Revisioni regolari?
- Statistiche sulla forza lavoro? Aggiornate? Monitorate? Analizzate?
- Procedure interne eque, indipendenti e tempestive di reclamo?
- Reclami del passato - come sono stati affrontati? Come sono stati gestiti?
- Contratti di lavoro con disposizioni relative alla lotta contro la discriminazione? Dimostrano un serio impegno?
- Conformità con le linee guida statutarie o sulle migliori pratiche emanate dagli organismi per le pari opportunità?
- In casi specifici, c'è una spiegazione per il comportamento denunciato?
- I fascicoli del personale? Corretta manutenzione e revisione?



Grazie.

