



Funded by
the European Union

PROVARE LA DISCRIMINAZIONE AI SENSI DEL DIRITTO DELL'UE

Lilla Farkas, 14-15 Nov 2024
farkas.lilla@tatk.elte.hu



Reversing the burden of proof: Practical dilemmas at the European and national level

European Network of Legal Experts in the Non-discrimination field

Written by Lilla Farkas and Orlagh O'Farrell

Relazione sull'onere della prova

<https://www.equalitylaw.eu/downloads/1076-burden-of-proof-en>

L'inversione dell'onere della prova: dilemmi pratici a livello europeo e nazionale

Rete europea di esperti legali nel campo della non discriminazione

di Lilla Farkas e Orlando O'Farrell

- Nel diritto civile e del lavoro, la persona che avanza una richiesta di risarcimento deve fornire delle prove.
- Tuttavia, la discriminazione contiene un elemento (l'intento o il movente discriminatorio) che è pienamente noto solo al discriminatore.
- Inoltre, solo il discriminatore ha pieno accesso a tutte le prove.
- Il diritto all'uguaglianza previsto dalla legislazione UE è privo di significato se non è accessibile nella pratica, in particolare in tribunale (accesso alla giustizia).
- Si noti che l'inversione dell'onere della prova è motivata nei casi della CGUE sia dalla necessità di ottenere le prove in possesso del convenuto, sia di stabilire una spiegazione plausibile per la sua condotta.

Principi chiave e legislazione iniziale

Efficacia

Efficacia della tutela giurisdizionale

Legge "fatta dal giudice":

Direttiva BoP 97/80/CE

- Casi di parità retributiva in cui il BOP è passato al datore di lavoro per dimostrare che il differenziale retributivo tra uomini e donne era oggettivamente giustificato quando:
 - i. Le lavoratrici erano pagate in media meno degli uomini e il sistema di retribuzione che portava a questo risultato era completamente privo di trasparenza(Danfoss)
 - ii. Valide e significative statistiche hanno dimostrato che un sistema di contrattazione collettiva ha fatto sì che un gruppo professionale prevalentemente femminile venisse pagato meno rispetto a gruppi professionali prevalentemente maschili(Enderby)

La giurisprudenza iniziale

Danfoss - Causa 109/89
[1989]

Enderby - Causa C-127/92
[1993]

“Gli Stati Membri provvederanno a prendere le misure necessarie, in conformità con i loro sistemi giudiziari nazionali, per garantire che, quando le persone che si ritengono lese dalla mancata applicazione nei loro confronti del principio della parità di trattamento espongono, dinanzi a un tribunale o a un'altra autorità competente, fatti dai quali si possa presumere che vi sia stata una discriminazione diretta o indiretta, spetti alla parte convenuta dimostrare che non vi è stata alcuna violazione del principio della parità di trattamento.”

Legislazione recente sulla BoP Genere

Ricostruzione della direttiva sul genere 54/2006/CE (impiego) Articolo 19(1)

Direttiva sull'accesso ai servizi 113/2004/CE, Articolo 9

Direttiva sulla trasparenza delle retribuzioni (UE) 970/2023, Articolo 18 (succ. Articolo 7).

- Le norme nazionali possono essere più vantaggiose per i ricorrenti. Ad esempio, in Bulgaria e in Ungheria, i ricorrenti devono stabilire il motivo protetto e lo svantaggio, non il nesso causale tra i due (presunzione legale).
- Non si applica ai procedimenti penali.
- Può essere applicato ai procedimenti amministrativi (organismi di parità, ispettorati del lavoro, ecc.).
- Gravidanza: praticamente nessuna giustificazione
- Discriminazione intersettoriale: la giustificazione per la discriminazione razziale diretta è limitata

BoP II Genere

Discrimination on certain grounds can only be justified under limited conditions - **relevance for intersectional discrimination**

1. Raccolta delle prove

2. Creare una causa prima facie: presentare i fatti da cui si può "presumere" che ci sia stata una discriminazione.

Stabilire il nesso causale tra motivo protetto e condotta

Stabilire il nesso causale tra la condotta e il danno/svantaggio

3. Tracciare le inferenze: la discriminazione sembra più o meno probabile.

4. Giustificazione e confutazione: giustificare la discriminazione: stabilire la ragione della condotta, il genere non deve essere una motivazione

e/o

confutare le prove (convenuto, richiedente)

Determinare la discriminazione: le fasi principali

Deve applicarsi alla discriminazione diretta e indiretta

Può applicarsi alle molestie
Istruzione alla discriminazione
Vittimizzazione

- Discorso pubblico del datore di lavoro come prova (causa Feryn C-54/07 e causa ACCEPT C-81/12)
- Verifica della situazione - Verifica acquisto (Causa C-236/09) un test può provare una pratica discriminatoria?
- Prove statistiche e documentali:
 - se il ricorrente non è impiegato: indagine da parte dell'organismo di parità, richiesta di informazioni (per analogia, si veda la direttiva sulla trasparenza delle retribuzioni (Articolo 7))
 - assistenza sindacale per ottenere statistiche di genere (Danfoss, Enderby)
 - - dimensione del campione, temporalità, comparabilità

Raccolta delle prove: tipo di prove

Documenti

Discorso pubblico

Testimonianze

Verifica della situazione

Registrazioni audio e video

Dati statistici

Combinazione di prove -
Feryn

I ricorrenti ai sensi della direttiva sulla trasparenza retributiva hanno accesso alle informazioni:

la persona in cerca di lavoro è stata informata in tempo utile del salario iniziale o della fascia di retribuzione?

È stata classificata in base alla sua storia retributiva?

I criteri utilizzati per determinare la retribuzione e la progressione di carriera sono neutrali rispetto al genere?

Rapporti sui livelli medi di retribuzione, suddivisi per sesso, per categorie di dipendenti che svolgono lo stesso lavoro o un lavoro di pari valore

Richiesta di documenti che rivelano dati personali Kelly (Causa C-104/10)

- Il richiedente non è stato assunto e, avendo ricevuto in precedenza documenti redatti, ha richiesto prove che contengono dati personali

Ampia richiesta di documenti contenenti dati personali Meister (Causa C-415/10) (GDPR: raccolta di dati etnici anonimizzati)

Raccolta delle prove: errori da evitare

Trovare le giuste proxy per il genere e altre motivazioni

- Kelly (par. 34): ...sebbene l'art. 4(1) della direttiva 97/80 non conferisca specificamente alle persone che si ritengono lese dal fatto che il principio della parità di trattamento non è stato correttamente applicato nei loro confronti, il diritto di essere informate al fine di accertare "fatti", non è tuttavia inconcepibile che un rifiuto di comunicazione da parte del convenuto, nell'ambito dell'accertamento di tali fatti, sia idoneo a compromettere la realizzazione dell'obiettivo perseguito da tale direttiva e, in particolare, a privare tale disposizione della sua efficacia.
- Meister: ... **si deve garantire che un rifiuto di divulgazione da parte del convenuto non sia tale da compromettere il raggiungimento degli obiettivi perseguiti dalle direttive 43/2000, 78/2000 e 54/2006**

Accesso ai
documenti in
possesso del
convenuto

Apparentemente
amichevole con i querelanti
GIA'

interpretato dai tribunali
nazionali a favore dei
convenuti

- Il direttore in Feryn: "Non sono solo gli immigrati a fare irruzione. Non sono razzista. Anche i belgi entrano nelle case della gente. E' ovvio che la gente ha paura. Quindi la gente spesso dice: 'no agli immigrati'. Devo soddisfare le richieste dei miei clienti. Se mi dici "voglio un prodotto particolare o lo voglio così e così" e io ti dico "non lo faccio, mando queste persone", allora tu dici "non mi serve quella porta". Allora mi metto fuori gioco. Dobbiamo soddisfare le esigenze dei clienti. ... Non ho creato io questo problema in Belgio. Voglio che l'azienda vada bene e voglio che raggiungiamo il nostro fatturato alla fine dell'anno, e come lo faccio? Nel modo in cui il cliente vuole che sia fatto!"
- L'azionista di maggioranza della Steaua Bucuresti in ACCEPT: non assumere omosessuali

Il «discorso pubblico» del ricorrente

Può dimostrare una pratica discriminatoria?

Può provare la discriminazione successiva?

Sono necessarie altre prove per "verificare" la confessione di discriminazione?

Nuovo Codice civile ceco n. 89/2012 Sb. (§88 par. 1: l'uso di registrazioni private per la tutela dei diritti, §90: proporzionalità)

Sentenza della Corte costituzionale ceca del 9 dicembre 2014, n. II. ÚS1774/14:

“In circostanze normali, la registrazione arbitraria di conversazioni private all'insaputa dei partecipanti costituisce una grave violazione della loro privacy. [...] La Corte Costituzionale si oppone fermamente alla pratica scorretta della sorveglianza elettronica e della registrazione occulta di incontri privati e professionali, che, di norma, non solo contravviene alla legge ma, giudicata dal punto di vista sociale ed etico, diffonde un'atmosfera di sospetto, paura, incertezza e sfiducia nella società. Tuttavia, un approccio completamente diverso deve essere adottato nei casi in cui la registrazione segreta di una conversazione sia parte della difesa della vittima di un crimine contro l'autore del reato o sia un mezzo per ottenere la protezione legale di una parte significativamente più debole in una controversia civile importante e, in particolare, di lavoro. L'interferenza con il diritto alla privacy della persona il cui discorso viene registrato è pienamente giustificata in questo caso dall'interesse a proteggere la parte più debole del rapporto giuridico che rischia di subire un grave danno (tra cui, ad esempio, la perdita del posto di lavoro).

Registrazioni audio e video

(Zdenek Kühn)

Chi agisce illegalmente?

Squilibrio di potere

Diritto penale: azione pubblica o privata?

Diritto civile: proporzionalità tra il diritto del ricorrente alla parità di trattamento e il diritto del convenuto alla privacy

Diritto comparato

- L'essenza del BoP invertito
- L'attore deve stabilire il nesso causale tra la condotta (azione, omissione) e il danno/svantaggio come in qualsiasi caso di illecito civile, relativamente facile.
- Stabilire il nesso causale tra motivo protetto e condotta è difficile e il querelante si assume questo onere in modo parziale

- Un test utile è quello di chiedere: MA PER SESSO questo trattamento sarebbe stato subito?
- Se sembra plausibile che il ricorrente sarebbe stato trattato in modo diverso se fosse stato di sesso diverso, ecc

Before the
burden of proof
shifts

Drawing inferences

Un test utile è quello di chiedere: MA PER SESSO questo trattamento sarebbe stato subito? Se sembra plausibile che il ricorrente sarebbe stato trattato in modo diverso se fosse stato di sesso diverso, l'onere della prova dovrebbe essere spostato. La precedente dichiarazione di un datore di lavoro di non voler assumere dipendenti appartenenti a determinate minoranze etniche "può costituire fatti di natura tale da far presumere una politica di assunzione discriminatoria (ancora esistente)

"...un datore di lavoro convenuto non può negare l'esistenza di fatti da cui si possa dedurre che abbia una politica di assunzione discriminatoria semplicemente asserendo che le dichiarazioni suggestive dell'esistenza di una politica di assunzione omofobica provengono da una persona che, pur sostenendo e sembrando svolgere un ruolo importante nella gestione di tale datore di lavoro, non è giuridicamente in grado di vincolarlo in materia di assunzione)... Il fatto che un datore di lavoro possa non aver preso chiaramente le distanze dalle dichiarazioni in questione è un fattore che il tribunale... può prendere in considerazione nel contesto della valutazione complessiva dei fatti" (ACCEPT)

Tracciare inferenze

Una sola prova è di solito insufficiente

MA

Il contesto è importante: quali sono le tendenze e i modelli di discriminazione dell'imputato?

- Pretendere che l'attore dimostri l'intento in qualsiasi fase è contrario al diritto dell'UE
- Intento mascherato da pratiche apparentemente neutre:
 - Nikoloudi (Causa C-196/02): una norma che riservava i posti di lavoro stabiliti a persone con un lavoro a tempo pieno. Tuttavia, non solo tutti i lavoratori a tempo parziale erano donne, ma il regolamento del personale consentiva solo alle donne di ottenere un contratto a tempo parziale per la categoria di lavoro in questione.
 - CHEZ (Causa C-83/14)

Intento

L'intento, come il legame causale diretto tra il motivo protetto e la condotta, non deve essere dimostrato dall'attore.

TUTTAVIA

I giudici tendono a esaminare l'intento, soprattutto in caso di discriminazione razziale o etnica.

- L'imputato è tenuto a fornire prove su ciò che è realmente accaduto.
- Se la condotta è stata priva di qualsiasi motivo o elemento discriminatorio, l'eccezione di giustificazione ha esito positivo.
- Se si deduce che c'è stata una discriminazione, la giustificazione dipende dalla forma che essa ha assunto-CHEZ
 - Discriminazione diretta: alcune forme possono essere giustificate in modo limitato: gravidanza, discriminazione razziale, eccetto che per requisiti professionali reali e determinanti e misure di azione positiva.
 - Discriminazione indiretta
 - Molestie
 - Istruzione alla discriminazione
 - Vittimizzazione

Dopo il
trasferimento
dell'onere della
prova

**La giustificazione può
essere confutata dall'
interessato**

In caso di discriminazione indiretta, può giustificare la propria condotta dimostrando che il criterio, la disposizione o la prassi apparentemente neutri che metterebbero le persone di un motivo protetto in una posizione di particolare svantaggio sono oggettivamente giustificati da una finalità legittima e i mezzi per raggiungere tale finalità sono appropriati e necessari.

- Obiettivo legittimo
- Appropriato e necessario: esistono soluzioni alternative?
- Proporzionalità: danno causato vs. necessità del discriminatore

Ruiz Cornejero (Causa C-270/16):

Lotta all'assenteismo sul lavoro - congedi di malattia intermittenti di oltre due mesi (20 giorni)

La limitazione non si applica a condizioni assimilabili all'invalidità

Giustificare la discriminazione indiretta

La discriminazione diretta può essere giustificata anche con eccezioni, in particolare per motivi di razza o di origine etnica.