

The anti-discrimination directives 2000/43
e 2000/78 in practise
Trier 9 – 10 may 2011

Restablishing equality: remedies and sanctions for discrimination

avv. Alberto Guariso
guariso@polizziguariso.it

L'elaborazione della CGE prima delle direttive 43 e 78 del 2000

“Von Colson” 10.4.84 causa C 14/83

La direttiva n. 76/207 non impone che la discriminazione basata sul sesso in occasione dell'accesso al lavoro sia repressa mediante l'obbligo imposto al datore di lavoro, di stipulare un contratto con il discriminato.

*La direttiva n. 76/207, benché lasci agli Stati membri per reprimere la trasgressione del divieto di discriminazione, **la libertà di scegliere** fra le varie soluzioni atte a conseguire lo scopo, implica tuttavia che se uno Stato membro decide di reprimere la trasgressione del divieto di cui trattasi mediante un **indennizzo**, **questo deve comunque essere adeguato** rispetto al danno subito e deve quindi andare oltre il risarcimento puramente simbolico quale, ad esempio, il mero rimborso delle spese causate dalla candidatura*

(segue)

Commissione c. Grecia 21.9.89, causa C- 68/88

..qualora una disciplina comunitaria non contenga una specifica norma sanzionatoria di una violazione o rinvii in merito alle disposizioni legislative , regolamentari e amministrative nazionali, l'art. 5 del trattato impone agli stati membri di adottare tutte le misure atte a garantire la portata e l'efficacia del diritto comunitario.

*A tal fine, pur conservando la scelta delle sanzioni, essi devono segnatamente vegliare a che le violazioni del diritto comunitario , siano **sanzionate**, sotto il profilo sostanziale e procedurale , in termini analoghi a quelli previsti per le violazioni del diritto interno simili per natura ed importanza ...*

(segue)

“Marshall” 2.8.93, causa, C- 271/91

*Se la direttiva 76/207 (...) lascia agli Stati membri, per sanzionare la violazione del divieto di discriminazioni, la libertà di scegliere fra le diverse soluzioni idonee a realizzare il suo obiettivo, essa implica però che, qualora sia il risarcimento pecuniario ad essere deciso nell' ipotesi di un licenziamento discriminatorio, avvenuto in violazione dell' art. 5, n. 1, tale **risarcimento sia adeguato**, nel senso che consenta di compensare integralmente i danni effettivamente subiti a seguito del licenziamento discriminatorio, secondo le norme nazionali applicabili.*

*Pertanto, l' art. 6 della direttiva 76/207 deve essere interpretato nel senso che **osta** a che il risarcimento del danno subito da una persona pregiudicata a seguito di un licenziamento discriminatorio sia limitato dall' esistenza di un massimale fissato a priori (...)*

La codificazione dei principi nelle direttive 43 e 78 del 2000

MEZZI DI RICORSO

ART.7.1 (art.9 per la dir.78) - *Gli Stati membri provvedono affinché tutte le persone che si ritengono lese ... possano accedere, anche dopo la cessazione del rapporto che si lamenta affetto da discriminazione, a procedure giurisdizionali e/o amministrative, comprese, ove lo ritengono opportuno, le procedure di conciliazione finalizzate al rispetto degli obblighi derivanti dalla presente direttiva.*

Quindi:

DIRITTO DI AGIRE IN GIUDIZIO

DIRITTO A UNA PROCEDURA “FINALIZZATA”

(dunque speciale ?)

DIRITTO DI AGIRE DOPO LA FINE DEL RAPPORTO

ART. 7.2. - “*Gli Stati membri riconoscono alle associazioni, organizzazioni e altre persone giuridiche che, conformemente ai criteri stabiliti dalle rispettive legislazioni nazionali, abbiano un interesse legittimo a garantire che le disposizioni della presente direttiva siano rispettate, il diritto di avviare, in via giurisdizionale o amministrativa, per conto o a sostegno della persona che si ritiene lesa e con il suo consenso, una procedura finalizzata all'esecuzione degli obblighi derivanti dalla presente direttiva”.*

Quindi:

- a) LEGITTIMAZIONE DI SOGGETTI COLLETTIVI
- b) “INTERESSE LEGITTIMO” VALUTATO IN BASE ALLE NORME NAZIONALI
- c) “PER CONTO O A SOSTEGNO” DUNQUE NON UN INTERESSE AUTONOMO DELL’ASSOCIAZIONE, NON UNA AZIONE AUTONOMA DELLE ASSOCIAZIONI

Art.7.3 - *“I paragrafi 1 e 2 lasciano impregiudicate le norme nazionali a proposito dei termini per la proposta di azioni relative al principio della parità di trattamento”.*

Quindi:

a) LO STATO MEMBRO PUO' INTRODURRE UN TERMINE DI DECADENZA

b) MA RESTA IL PRINCIPIO DI EQUIVALENZA: SENTENZA CGE REWE 16.12.1976 c-33/76

“Il diritto non vieta a coloro che impugnano un provvedimento dell'amministrazione nazionale per incompatibilità col diritto comunitario di opporre il mancato rispetto di un termine contemplato da norme interne, a condizione che le modalità procedurali dell'azione giudiziale non siano meno favorevoli di quelle relative ad analoghe azioni del sistema processuale nazionale”

(segue)

SANZIONI (art. 15 dir. 43 e 17 dir.78)

*“Gli stati membri determinano le sanzioni da irrogare in caso di violazione ... e prendono tutti i provvedimenti necessari per la loro applicazione. Le sanzioni, che possono prevedere un risarcimento del danno, devono essere **effettive, proporzionate, dissuasive.**”*

(segue)

Quindi il risarcimento deve essere:

- ⦿ Non necessariamente l'unica forma prevista
- ⦿ idoneo a **compensare** il discriminato per il danno subito.
- ⦿ proporzionato nel senso che riflette la gravità della lesione.
- ⦿ idoneo a determinare un effetto **dissuasivo**.

E' richiesto dunque un danno punitivo ?

Proporzionalità vs dissuasività ?

NB: le direttive 43 e 78 del 2000 NON
CONTENGONO una norma come l'art. 18
direttiva 54/06 (discriminazioni di genere)

·
*“Gli stati membri introducono le misure
necessarie per garantire, per il danno subito
da una persona lesa a causa di una
discriminazione fondata sul sesso, un
indennizzo o una riparazioni reali e effettivi,
da essi stessi stabiliti in modo da essere
dissuasivi e proporzionati al danno subito”.*

ALCUNE QUESTIONI APERTE:

1^a questione

E' compatibile con il diritto comunitario un ordinamento nazionale che preveda il solo risarcimento del danno ?

Se guardiamo alle tre sentenze citate (Von Colson, Grecia, Marshall) la risposta è **SI**, a condizione che rispetti le condizioni prima indicate.

Ma in senso contrario 2 argomentazioni:

A) CGE “*Bauer*” causa C – 187/00

Qualora le disposizioni legislative o di contratti collettivi creino una discriminazione in contrasto con la direttiva 207/76 e siano quindi incompatibili con questa , i giudici nazionali sono tenuti ad **eliminare la suddetta discriminazione con tutti i mezzi possibili**, e in particolare **applicare le suddette disposizioni a favore del gruppo svantaggiato** senza dover chiedere o attendere la previa rimozione (...)

B) Il diritto alla non discriminazione dopo Lisbona è rafforzato dalla inclusione dei divieti di cui alla Carta di Nizza (art. 21) e CEDU (art. 14) nel Trattato (art. 6); è riconosciuto come “principio generale” dell’Unione (sentenza CGE “Mangold” 2005). A fronte di principi così solennemente affermati l’ordinamento non può limitare a priori le possibilità di ripristino del diritto violato.

2^a questione

Se il giudice deve provvedere a una “riparazione reale e effettiva” deve sempre porre il discriminato nella medesima situazione in cui si sarebbe trovato in assenza di discriminazione ?
Sono quindi ammissibili solo pronunce “estensive”?

Sentenza CGE “Caballero” 12.12.2002 causa C – 442/00

“Quando venga accertata una discriminazione, incompatibile col diritto comunitario, e finché non siano adottate misure volte a ripristinare la parità di trattamento, l'osservanza del principio di uguaglianza può essere garantita solo mediante la concessione alle persone appartenenti alla categoria sfavorita degli stessi vantaggi di cui beneficiano le persone della categoria privilegiata”.

- Sentenza CGE 16.1.2008 “Molinari” C- da 128/07 a 131/07
“*Nei casi di discriminazioni incompatibili con il diritto comunitario, **finché non siano adottate misure volte a ripristinare la parità di trattamento**, l’osservanza del principio di uguaglianza può essere garantita solo mediante la concessione alle persone appartenenti alla categoria sfavorita degli stessi vantaggi di cui beneficiano le persone della categoria privilegiata. In tale ipotesi, il giudice nazionale è tenuto a disapplicare qualsiasi disposizione nazionale discriminatoria, senza doverne chiedere o attendere la previa rimozione da parte del legislatore, e deve applicare ai componenti del gruppo sfavorito lo stesso regime che viene riservato alle persone dell’altra categoria”.*

(segue)

Dunque il principio generale è l'uguaglianza “verso l'alto” e non “verso il basso”

Questo risponde anche alla *ratio* del diritto antidiscriminatorio che non nasce per affermare una uguaglianza solo formale, ma per garantire una diversa distribuzione dei beni a vantaggio dei gruppi esclusi.

Ma che significa : “*finchè non siano adottate misure volte a ripristinare ...*”? Lo Stato membro, a fronte di una norma in contrasto con una direttiva , può integralmente riformularla (vedi caso Molinari): ma dal punto di vista dei rimedi alla discriminazione questi si attuano sempre “al rialzo”.

E' comunque un punto centrale del diritto antidiscriminatorio: per un caso particolare vedi le conclusioni AVV.GEN. VILLALON 3.3.11 in causa C-399/09 “*Landtova*”

3^a questione

quali conflitti possono crearsi in ipotesi di pronunce “estensive” ?

Alcune ipotesi:

- ⊙ A) Nessun tipo di conflitto: es. ordine di rimuovere un cartello discriminatorio, ordine di consentire il lavoro con velo ecc.
- ⊙ B) Casi di conflitto “lieve” con posizioni di terzi : es. l’ordine di ammissione a concorso.
- ⊙ C) Casi di conflitto con altre posizioni (del discriminatore o di terzi) tutelate dall’ordinamento giuridico

(segue)

C1) mancata assunzione. Le soluzioni possibili :

- solo risarcimento sulla base delle probabilità di assunzione, perché non si può imporre al datore di lavoro né il licenziamento del lavoratore assunto con criteri discriminatori, né l'assunzione di un numero di dipendenti superiore alle sue esigenze;
- costituzione del rapporto di lavoro come mezzo per rimuovere integralmente la discriminazione; oltre al risarcimento del danno pregresso
- obbligo del datore di lavoro di formulare una proposta di assunzione anche al soggetto escluso e di risarcire il danno pregresso

C2) erogazione di un sussidio assistenziale con criteri discriminatori: es Corte EDU, 1^a sezione, 28.10.2010, Fawsie c. Grecia (sussidio alle famiglie numerose per i soli cittadini). Le soluzioni italiane:

- accertamento e inammissibilità di un ordine estensivo;
- accertamento e ordine di estendere con possibilità per l'amministrazione di rideterminare gli importi in base al più ampio numero di beneficiari
- accertamento e ordine di estendere

Qual è la regola comunitaria per la soluzione di questo tipo conflitti?

A) Prevalenza del diritto a non essere discriminati quale diritto fondamentale della persona e principio generale dell'ordinamento europeo: le sentenze Caballero, Molinari ecc. citate

B) art. 9 dir. 43 e 11 dir.78: “protezione delle vittime”:
“Gli Stati membri introducono nei rispettivi ordinamenti giuridici le disposizioni necessarie per proteggere le persone da trattamenti o conseguenze sfavorevoli, quale reazione a un reclamo o a un'azione volta a ottenere il rispetto del principio della parità di trattamento”

Ogni ripristino della parità al ribasso è, per chi già aveva il beneficio, una “reazione sfavorevole”.

Il caso del “bonus bebè” di Brescia (IT)

- ◉ Delibera del Comune che prevede un “bonus bebè” riservato ai **cittadini** italiani.
 - ◉ Decisione del giudice che ordina l'estensione
 - ◉ Conseguente decisione del comune di **revocare il bonus per tutti, italiani e stranieri** “*non potendo piu perseguire la finalità originaria*”
 - ◉ Nuova decisione del giudice – ai sensi dell’art. 9 dir. 43 – che ordina di reintrodurre il bonus per tutti
- * Il bonus era introdotto mediante decisione della assemblea elettiva (consiglio comunale)

4[^] questione:

La rimozione rivolta al passato, quali limiti incontra ?

- ⦿ Le situazioni di fatto esaurite e non ripetibili (es. le prestazioni già rese senza indossare il velo)
- ⦿ Le situazioni di fatto esaurite e ripetibili (il concorso già espletato).
- ⦿ Le situazioni giuridicamente esaurite (il diritto a quel bene della vita è prescritto)
- ⦿ Le situazioni giuridicamente esaurite a causa del comportamento discriminatorio (es. e' scaduto il termine fissato dal bando che conteneva la clausola discriminatoria)

5^a questione

Le direttive trovano applicazione anche se non e' identificabile alcun soggetto leso ?

SENTENZA CGE 10.7.08 "**FERYN**"

La direttiva 2000/43 trova applicazione anche qualora il **soggetto leso non sia immediatamente identificabile.**

A)

Non perché la dichiarazione costituisce per sé stessa discriminazione (cfr. conclusioni avv. Generale) ma perché la dichiarazione ha un effetto di "**scoraggiamento**" **nell'accesso al lavoro .**

Con quale rigore va provato questo effetto ? Il caso "**Gerenzano**" (IT).

CHI PUO' AGIRE IN GIUDIZIO ?

- **Feryn rimette la questione della “legittimazione attiva” agli Stati Membri** *“Punto 27: L’art. 7 direttiva 2000/43 non si oppone in alcun modo a che gli stati membri , nella loro normativa nazionale, riconoscano alle associazioni...il diritto di avviare procedure giurisdizionali o amministrative intese a far rispettare gli obblighi derivanti dalla direttiva senza agire in nome di un denunciante determinato, ovvero in mancanza di un denunciante identificabile”*
- Tuttavia la direttiva non impone la legittimazione del soggetto collettivo (...). **Ma senza un soggetto collettivo il “principio Feryn” sarebbe difficilmente applicabile.**

In assenza di un soggetto leso, quali provvedimenti può prendere il Giudice ?

- **constatazione** della discriminazione
- adeguato **rilievo pubblicitario**
- ingiunzione al datore di lavoro di **porre fine alle pratiche discriminatorie**
- **sanzione pecuniaria**
- **Risarcimento danni** in favore dell'organismo che ha avviato l'azione

6^a questione

Quale estensione soggettiva deve avere la pronuncia di rimozione della discriminazione?

Deve il giudice assumere provvedimenti generali che non riguardano solo le persone che hanno agito in giudizio ?

Ordinanza di rimessione ex art. 267 TFUE
del Tribunale di Bolzano 24.11.2010

- **Oggetto del giudizio** : se, in presenza di una norma di legge che prevede requisiti più gravosi per gli extracomunitari nell'accesso a una prestazione assistenziale (“sussidio casa”), un extracomunitario lungosoggiornante tutelato dalla direttiva 2003/109, abbia invece diritto allo stesso trattamento di un italiano o comunitario (la causa è promossa da un lungosoggiornante).

- **Il giudice rileva che vi sono ulteriori discriminazioni**, in particolare:
 - Discriminazione tra comunitari e extracomunitari in generale (anche non lungosoggiornanti).
 - Discriminazione tra comunitari , in quanto tutti, per accedere al sussidio, devono rendere una dichiarazione di aggregazione ad uno dei tre gruppi linguistici della provincia di Bolzano.
 - Discriminazione tra comunitari perché il requisito della residenza quinquennale crea una discriminazione indiretta.

Formula quindi alla Corte il seguente quesito:

l'art. 15 direttiva 2000/43 nella parte in cui prevede sanzioni effettive, proporzionate e dissuasive deve essere interpretato nel senso di ricomprendere, tra le discriminazioni accertate e gli effetti da rimuovere, anche al fine di evitare discriminazioni alla rovescia, **TUTTE** le violazioni che incidono sui destinatari della discriminazione, **ANCHE SE NON SONO PARTI DEL GIUDIZIO ?**

● ALTRE SOLUZIONI POSSIBILI

- Cassazione 15.2.2011 n.3670 *“il giudice è chiamato a stabilire ... se il contributo assistenziale tuttora spetti all'attore e agli altri richiedenti non cittadini italiani e non anche a ripristinarlo con effetti erga omnes ...”*
- Tribunale Milano 29.9.10 : su ricorso promosso solo da una associazione il giudice ordina a un Comune di offrire la prestazione assistenziale a tutti gli stranieri che ne erano stati originariamente esclusi.

Altri rimedi non risarcitori

A) Ordine del giudice:

- Di attuare all'interno dell'impresa delle politiche di pari opportunità.
- Di riformulare i criteri di assunzione del personale.
- Di seguire dei corsi di formazione sulla discriminazione, in modo particolare per quanto riguarda i soggetti che fanno selezione del personale.
- Di pubblicare la decisione

B) Ulteriori sanzioni

- Divieto di esercitare la professione
- Divieto di operare nel mercato pubblico
- Esclusione da gare o appalti
- Pagamento di somme a soggetto diverso dal discriminato