

..

# **RIMEDI E SANZIONI CONTRO LA DISCRIMINAZIONE TRIER 8-9 DICEMBRE 2014**

**avv. Alberto Guariso**

**[www.studiodirittielavoro.it](http://www.studiodirittielavoro.it)**

**[guariso@studiodirittielavoro.it](mailto:guariso@studiodirittielavoro.it)**

# I principi contenuti nelle direttive 43 e 78 del 2000: **i mezzi di ricorso**

- Art. 7.1. = Member States shall ensure that judicial and/or administrative procedures, including where they deem it appropriate procedures, for the enforcement of obligations under this directive are available to all persons who consider themselves wronged by failure to apply the principle of equal treatment to them, even after the relationship in which the discrimination is alleged to have occurred has ended

QUINDI:

- **DIRITTO DI AGIRE IN GIUDIZIO**
- **DIRITTO A UNA PROCEDURA «FINALIZZATA AL RISPETTO DEGLI OBBLIGHI...» (dunque speciale ?)**
- **DIRITTO DI AGIRE DOPO LA FINE DEL RAPPORTO**



segue

- ▶ Art. 7.2. Member States shall ensure that associations, organisations or other legal entities, which have, in accordance with the criteria laid down by their national law, a legitimate interest in ensuring that the provisions of this directive are complied with, may engage, either on behalf or in support of the complainant, with his or her approval, in any judicial and/or administrative procedure provided for the enforcement of obligations under this directive

QUINDI

- ▶ **Obbligo di riconoscere la legittimazione, ma solo in presenza di «interesse legittimo» e solo «on behalf or in support»**
- ▶ c'è quindi un obbligo di riconoscere il diritto delle associazioni di agire **in proprio** ?



segue

- ▶ Sembra di **NO** = cfr. sent. Feryn 2008 = punto 27: fermo restando che può sussistere discriminazione anche in assenza di un denunciante identificabile, «**competete solo al giudice nazionale**» valutare se la normativa interna contempla il diritto di una associazione di avviare in nome proprio procedure giurisdizionali
- ▶ **Tuttavia** la commissione aveva avviato una procedura contro l'Italia per criteri troppo restrittivi (legittimazione ai soli sindacati – proc.2006/2441)
- ▶ **Il paradossale caso italiano:** 4 diversi criteri per la legittimazione degli enti collettivi a seconda del fattore di discriminazione (genere – nazionalità - etnia – altri fattori)

## Le sanzioni. ART. 15 DIR. 2000/43 e 17 direttiva 2000/78

- ▶ *«Member States shall lay down the rules on sanctions applicable to infringements of the national provisions adopted pursuant to this Directive and shall take all measures necessary to ensure that they are applied. The sanctions which may comprise the payment of compensation to the victim, must be **effective, proportionate and dissuasive**».*
- ▶ Sono i tre principi-cardine comunitari, che vanno integrati da un quarto, di fonte giurisprudenziale: il principio di equivalenza :
- ▶ deve essere garantita una tutela non inferiore a quella prevista dal diritto interno per violazioni analoghe. Va applicato sia sul piano sostanziale (sent. Commissione c. Grecia 21.9.89) sia sul piano procedurale (sent. REWE 16.12.76)

# Primo principio: **proporzionalità**

- ▶ La giurisprudenza precedente le direttive:
- ▶ lo Stato membro può scegliere come reprimere la violazione della direttiva, ma se sceglie un indennizzo questo deve essere «**adeguato rispetto al danno subito**»; deve quindi «**andare oltre il risarcimento puramente simbolico**» (Von Colson 10.4.84) e «**consentire di compensare integralmente i danni effettivamente subiti**»: non è ammessa la fissazione di un massimale fissato a priori (Marshall 2.8.93)
- ▶ Ma ora che il diritto alla parità è «principio generale dell'unione» (Mangold 2005) e attiene alla sfera dei diritti fondamentali della persona, come va intesa la «proporzionalità»? »



## Secondo principio: Effettività = *«tutti i mezzi possibili»*

- In caso di contrasto tra norma nazionale e direttiva *«I giudici sono tenuti ad eliminare la suddetta discriminazione con tutti i mezzi possibili e in particolare ad applicare le suddette disposizioni a favore del gruppo svantaggiato senza dover chiedere o attendere la previa rimozione»* (CGE Kutz-Bauer 20.3.2003)
- *«..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**»* (CGE Caballero 12.12.2002)



segue

- ▶ «...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**» (CGE Molinari 16.1.2008)
  
- ▶ **E tuttavia** « Il diritto dell'Unione non osta, purchè siano rispettati i principi generali del diritto dell'Unione, **a provvedimenti che ripristino la parità di trattamento mediante una riduzione dei vantaggi delle persone in precedenza favorite**» (CGE Landtova 22.6.2011)





segue

**In conclusione :**

- La tutela è tendenzialmente **effettiva e ripristinatoria**, NON meramente risarcitoria
- il discriminato deve essere posto nella **medesima posizione** (di titolarità di un bene o di una chance) in cui si sarebbe trovato ove non fosse stato discriminato;
- **Dal punto di vista del ruolo del giudice** l'effettività comporta quindi una uguaglianza «verso l'alto» e non verso il basso («dottrina Nimz»)
- Questo risponde anche alla ratio del diritto antidiscriminatorio che non nasce per affermare una uguaglianza formale, ma per garantire una diversa distribuzione dei beni a vantaggio dei gruppi esclusi
- Resta però la facoltà dello Stato di intervenire.
- QUESTO PER I RAPPORTI UE/STATO MEMBRO.
- MA QUANDO LA DISCRIMINAZIONE E' ATTUATA DA UN PRIVATO O DA UN ATTO AMMINISTRATIVO ?

## Effettività.

### I casi problematici. 1) mancata assunzione

- **Mancata ammissione a selezione o concorso** per ragioni discriminatorie = ordine di ammissione del discriminato a parità di condizione con gli altri
- Per il diritto italiano è sempre diritto soggettivo « **la tutela rispetto alla discriminazione è sempre assicurata secondo il modulo del diritto soggettivo e delle relative protezioni giurisdizionali**» Cass. 7186/11
- Possibili conflitti in caso di selezioni già effettuate



segue

- **Mancata assunzione da parte di privato – il conflitto con la libertà contrattuale** - le soluzioni possibili:
- **A)** solo risarcimento del danno perché non è certo che, in assenza di discriminazione, l'assunzione vi sarebbe stata; quindi l'ordine di assumere violerebbe l'autonomia negoziale del datore di lavoro (**CASO FIAT decisione di primo grado**) ;
- **B)** costituzione del rapporto come mezzo per rimuovere integralmente la discriminazione, salvo prova contraria (**CASO FIAT sentenza di secondo grado**)
- **C)** obbligo del datore di lavoro di formulare una proposta analoga a quella formulata ai non-discriminati



## segue: 2) prestazioni assistenziali agli stranieri e conflitto con i vincoli di bilancio

- ▶ Questione di grande attualità per i vincoli di parità stabiliti in sede comunitaria (es. art. 12 Direttiva 2011/98) e in sede CEDU (cfr. sent.8.4.2014 Dahabi)

### *I possibili esiti:*

- ▶ A) mero accertamento della discriminazione ed eventuale risarcimento del danno;
- ▶ B) Attribuzione della prestazione e irrilevanza del vincolo di spesa;
- ▶ C) Attribuzione della prestazione con facoltà dell'amministrazione di rimodulare il beneficio in relazione ai vincoli di bilancio e al più alto numero di beneficiari.

## Segue : il divieto di ritorsione

► Le varie opzioni incontrano però **due limiti**:

**A. Le posizioni già consolidate** (= prestazioni già erogate; assunzioni già effettuate)

**B. Il divieto di ritorsione:**


► Art.9 direttiva 2000/43

*«Gli Stati membri introducono nei rispettivi ordinamenti giuridici le disposizioni necessarie per proteggere le persone da trattamenti e conseguenze sfavorevoli quale reazione a una azione volta a ottenere il rispetto del principio della parità di trattamento»*

Ogni ripristino della parità «al ribasso» dopo una pronuncia giudiziale è una reazione sfavorevole per chi aveva ottenuto il benefico. Il caso Brescia e il caso Adro

# Effettività: le pronunce generali «estensive»

- Il giudice – al fine di garantire la effettività del rimedio - può rimuovere la discriminazione anche nei confronti di soggetti non presenti in giudizio ?
- **In italia** accade spesso, a seguito di ricorso delle associazioni legittimate.
- Tuttavia secondo Cassazione 3670/11 questo potere non varrebbe nei confronti della PA : il giudice potrebbe solo attribuire il bene ai ricorrenti, ma non estenderlo a tutti i soggetti discriminati;
- La tesi non rispetta il principio di effettività ed è incoerente con la legittimazione delle associazioni per le discriminazioni collettive: la legittimazione sarebbe inutile
- **La sentenza di Cassazione 3670 non ha avuto seguito:** i Tribunali hanno adottato ordini di pagare a tutti; di modificare il sito web dando informazioni corrette; di modificare un bando; di emanare disposizioni ecc.



## Segue: in assenza di una vittima identificabile, quali provvedimenti può prendere il giudice?

- ▶ In caso di «dichiarazioni discriminatorie» relative alle politiche di assunzione, le direttive 43 e 78 trovano applicazione anche in assenza di una vittima identificabile, anche se la procedura di assunzione non è formalizzata, anche se non è in corso una selezione del personale : lo «svantaggio da scoraggiamento» costituisce discriminazione (sent. CGE Feryn 2008 e Accept 2013. Il caso «Taormina» in Italia)
- ▶ Ma in questi casi quali provvedimenti può prendere il Giudice ?



## segue

- ▶ «Essi possono consistere nella **constatazione della discriminazione** da parte del tribunale ...cui si aggiunga un adeguato **rilievo pubblicitario**, i cui costi siano a carico della parte convenuta...nell'**ingiunzione** rivolta al datore di lavoro, secondo le norme del diritto nazionale, di porre fine alla pratica discriminatoria accertata, cui si aggiunga, se del caso, una **sanzione pecuniaria...** nella concessione di un **risarcimento dei danni** in favore dell'organismo che ha avviato la procedura giurisdizionale».(sent. Feryn)
- ▶ Anche nei casi in cui il giudizio è promosso solo dall'ente collettivo «la severità delle sanzioni **deve essere adeguata** alla gravità delle violazioni che esse reprimono e comportare, in particolare, un **effetto realmente deterrente** ...fermo restando il rispetto del principio generale della proporzionalità. Comunque sia, una sanzione meramente simbolica non può essere considerata compatibile con un'attuazione corretta ed efficace della direttiva 2000/78» (sent. Accept)



# Terzo requisito: dissuasività

- E' la funzione del **risarcimento del danno** che:
- Deve compensare integralmente il discriminato, anche sotto il profilo del danno non patrimoniale
- Deve riflettere la gravità della lesione
- Ma deve avere effetto dissuasivo rispetto alla ripetizione della discriminazione : questa funzione guarda all'autore e non alla vittima; non è collegata alla lesione subita; = è una **funzione sanzionatoria**;
- E' inapplicabile negli ordinamenti che non ammettono i «danni punitivi» ?
- E' applicabile alla pubblica amministrazione ?
- Casi di giurisprudenza italiana: scarsa considerazione del requisito dissuasivo.



## Segue: i casi italiani

- ▶ Casi di giurisprudenza italiana: scarsa considerazione del requisito dissuasivo, specie verso la pubblica amministrazione. **Ma** alcuni casi positivi:
- ▶ I «cartelli ritorsivi» (euro 2500 – 6000)
- ▶ La mancata organizzazione di insegnamento alternativo alla religione cattolica (2500)
- ▶ La mancanza di insegnanti di sostegno per i disabili (500 – 1000)
- ▶ La ritorsione nelle prestazioni assistenziali (Brescia – 15.000)
- ▶ Le dichiarazioni su politica di assunzione e omosessualità (10.000).

# A “presumption of damages”?

- The ‘softening’ of the burden of proof (art. 8 of Directive 2000/43 and 10 of Directive 2000/78) concerns the proof of discrimination **but not** the proof of damages.

## BUT

- See the CGE case-law about the violation of the Directive 1999/70/CE (on fixed-term work): when there is no right to transform wrongful fixed-term contracts into open-ended contracts, compensation is aimed to discourage further violations of the directive (Angelidaki 2009, Affatato 2010, Mascolo 2014)
- CGE Papalia 12.12.2013 outpoints that, **according to the Italian law**, in case of breach of the Directive 1999/70/CE, the worker “*does not enjoy the presumption of damages and, consequently, has to prove them*”.

# A “presumption of damages”?

- ▶ National courts “*have to examine whether the national procedural law makes excessively difficult the exercise of rights provided by the EU legislation to EU nationals*”.
- ▶ **“It cannot be excluded”** that the lack of presumption **“makes the exercise of the rights provided by the EU law practically impossible or excessively difficult”**
- ▶ Right to non-discrimination is also provided by the EU law
- ▶ Then, it can be argued that this principle requires to recognize a compensation “*in re ipsa*” (without specific proof) for damages arising from discrimination, as dissuasive sanction, above all when the discrimination cannot be completely removed anymore.



Thank you for your attention