

Diritto antidiscriminatorio

- Catanzaro - aprile 2013

avv. Alberto Guariso
www.studiodirittielavoro.it

Parte prima : come costruire l'azione antidiscriminatoria

L'applicazione delle nozioni

Come costruire una azione antidiscriminatoria

- Valutare se vi è un effettivo svantaggio (differenza con le azioni positive = "misure dirette a evitare o compensare svantaggi connessi a...."); casi dubbi: apprendistato più lungo per gli stranieri nel CCNL commercio; circolare Gelmini sui numeri massimi di stranieri in ogni classe)
- Individuare il fattore vietato (cfr. il "disordine" dei fattori vietati) e individuare il campo di applicazione del divieto di disparità

Scheda : il "disordine" dei fattori vietati...

- Razza e origine etnica = direttiva 2000/43 = dlgs 215/03
- Genere = dir. 2006/54 = Codice pari opportunità
- Religione e altri fattori = dir. 2000/78 = dlgs 216/03
- Origine naz.,cittadinanza, religione, provenienza geografica = TU immigraz.
- Disabilità non sul lavoro = L. 67/06
- caratteristiche genetiche, patrimonio, nascita (ma non la origine naz.) = ART. 21 Carta Nizza
- ricchezza, origine nazionale, e "ogni altra condizione" = art.14 CEDU

....e dei campi di applicazione

Divieto per razza, origine etnica = si applica a tutti i campi della vita sociale sia nel diritto nazionale sia in quello comunitario;

Divieto per nazionalità, convinzioni e pratiche religiose, provenienza geografica, lingua = si applica a tutti i campi della vita sociale, ma solo in forza del diritto nazionale, vedi art. 2, 43, 44 TU immigrazione

Divieto per età, convinzioni personali, religione, orientamento sessuale = si applica al campo del lavoro per diritto comunitario;

Divieto per disabilità: si applica al campo del lavoro per il diritto comunitario, a tutti i campi per il diritto nazionale (L. 67/06)

Divieto per genere = si applica al campo del lavoro e dell'accesso a beni e servizi

2. Procedere secondo i seguenti "punti fermi"

- a) Non è richiesto l'intento soggettiva: rileva lo svantaggio oggettivo connesso alla appartenenza al gruppo protetto.
- b) La discriminazione non si identifica con il generale principio di parità: i motivi sono (tendenzialmente) tassativi, le altre disuguaglianze, anche se illegittime sotto altri aspetti, non sono sanzionabili secondo il diritto antidiscriminatorio coinvolte

Segue:

- c) NON occorre valutare se c'è violazione di un diritto fondamentale: è sanzionata la differenza (per il motivo vietato) anche se NON relativa a un diritto fondamentale. Il caso "Buoni vacanze" /Trib.Brescia 26.6.2010 e Trib.Milano 17.8.2010).
- d) **Non contrasta con la libertà di scelta della PA o del privato**: anzi, interviene proprio dove vi sono dei poteri di scelta discrezionale imponendo che il fattore vietato sia "neutralizzato"; ove un bene della vita è già garantito da una norma, il diritto antidiscriminatorio sarebbe superfluo.
- e) **E' sempre un diritto soggettivo**: qualunque sia la natura "originaria" della posizione giuridica fatta valere (segue).

(segue punto e) Cass. 7186/11:

e1) Il diritto alla non discriminazione è un diritto assoluto a fondamento costituzionale e internazionale e opera anche nei confronti della PA;

e2) anche se il procedimento antidiscriminatorio è attivato nell'ambito di un procedimento per il riconoscimento da parte della PA di utilità rispetto alla quale il soggetto privato gode di una posizione di interesse legittimo e non di diritto soggettivo, la tutela rispetto alla discriminazione è assicurata secondo il modulo del diritto soggettivo e delle relative protezioni giurisdizionali;

3. "Dimostrare" il collegamento con il fattore vietato

- Le formule usate dalle direttive per indicare il collegamento sono incerte: "a causa di.." "per.." "in ragione di.."
- L'unico punto certo è che NON devo raggiungere quella che, in una causa ordinaria, sarebbe la prova piena.
- Devo allegare "*fatti dai quali è possibile presumere...*" (art.8 dir. 2000/43) ..
- ..e non devono essere le presunzioni ex art. 2729 c.c. , altrimenti sarebbe la prova piena

Segue:

- Il collegamento con il fattore vietato può essere, diretto, indiretto, ma anche "per associazione" (sent. CGE Coleman; Trib.Brescia 31.1.2012): in questo caso è sufficiente un collegamento con il soggetto appartenente al gruppo protetto
- Il collegamento con il fattore vietato esiste anche se NON sono esclusi TUTTI gli appartenenti al gruppo protetto, basta che TUTTI gli esclusi vi appartengano
- Ad es. e' discriminazione (quindi azionabile con la procedura speciale) per nazionalità anche escludere illegittimamente da una prestazione gli stranieri privi di carta di soggiorno anche se i titolari di cds sono ammessi (Trib.Milano 30.7.2010)...
- ...o non ammettere i titolari di cds in violazione del principio di parità previsto dalla direttiva 2003/109 (vedi tutta la giurisprudenza in materia di assegno ex art. 65 L. 448/98)

5. Valutare attentamente quali provvedimenti richiedere

- Il principio generale : la rimozione integrale = porre il discriminato nella medesima posizione in cui sarebbe stato in assenza di discriminazione
- I "nemici" del principio di parità di trattamento: PER I PRIVATI, la libertà contrattuale; PER LA P.A., i vincoli di bilancio

Sanzioni effettive, proporzionate, dissuasive (art.15 dir. 2000/43)

- Attribuire sempre - per quanto materialmente possibile - il "bene della vita" che è stato dato ai non discriminati (partecipazione a concorso, contributo economico ecc.)
- Ove non materialmente possibile, risarcimento del danno anche non patrimoniale: è il danno da violazione del diritto fondamentale alla parità.
- Se "dissuasivo" ha inevitabilmente una componente sanzionatoria

Ma la parità può essere ripristinata "al ribasso" ?
CGE 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**".*

6. Vi sono strumenti per proteggere le vittime contro la ritorsione ?

- SI = art. 4bis dlgs 215 e 216
- È vietata qualsiasi trattamento sfavorevole (non solo per i discriminati) che sia conseguenza di una azione a tutela della parità di trattamento
- Questa norma esprime quindi il principio di parità "al rialzo"

Parte seconda: il
procedimento
antidiscriminatorio

dopo il dlgs 150/11

art. 28 Dlgs 150/11

- *"Le controversie in materia di discriminazionesono regolate dal rito sommario di cognizione, ove non diversamente disposto dal presente articolo.*
- *Ora 3 fonti processuali: art. 44 TU modificato, art. 28 dlgs 150/11, art. 702 bis ss cpc;*
- *La novella riunifica le discriminazioni di cui all 43 TU, al dlgs 215/03; al dlgs 216/03; alla L. 67/06 (disabilità fuori dal rapporto di lavoro); all'art. 55-quinquies CPO (discr.di genere nell'accesso a beni o servizi). Resta esclusa l'azione antidiscriminatoria urgente per ragioni di genere (art. 38 Codice Pari Opportunità)*

- Al procedimento antidiscriminatorio si applicano gli **articoli 702 bis e seguenti c.p.c.**:
- la domanda va proposta con ricorso al Tribunale del **domicilio del ricorrente** (come oggi: resta il problema delle associazioni: ma la competenza territoriale non sembra più inderogabile);
- il ricorso deve essere notificato almeno **40 giorni** prima della data fissata per l'udienza; la costituzione entro **10 giorni** prima;
- il ricorso può essere proposto dalla parte anche personalmente; **DEVE CONTENERE LE INDICAZIONI DEL 163 c.p.c.** (decadenza sui mezzi di prova ?);
- Vi è un contrasto tra maggiore formalità e obbligo del giudice di *"adottare ogni altro provvedimento idoneo a rimuovere gli effetti della discriminazione"*

Segue:

- L'art 3 del d.lgs 150/11 prevede che i commi 2 e 3 dell'art 702 ter non si applicano alle controversie disciplinate dal Capo III (tra cui il procedimento antidiscriminatorio); quindi per la discriminazione il rito sommario di cognizione **NON PUO' MAI TRASFORMARSI IN RITO ORDINARIO**, anche se l'istruttoria è complessa.
- Quindi è un processo **A COGNIZIONE PIENA**, altrimenti il discriminato resterebbe senza un primo grado di giudizio
- il giudice, omessa ogni formalità non essenziale al contraddittorio, procede nel modo che ritiene più opportuno agli atti di istruzione rilevanti e decide **con ordinanza;**

Segue:

- Qualora la materia "sottostante" alla discriminazione sia lavoro, previdenza o assistenza, il ricorso va depositato alla sezione lavoro tabellarmente competente, anche se il Giudice del lavoro dovrà seguire il rito speciale (Trib.Milano 11.1.2010; Trib.Brescia 12.3.2009)
- il giudice omissa ogni formalità non essenziale al contraddittorio, procede nel modo che ritiene più opportuno agli atti di istruzione rilevanti e decide con **ordinanza**;

Poteri del giudice :

- 1) la condanna del convenuto al risarcimento del danno anche non patrimoniale; viene generalizzata la maggiorazione per danno ritorsivo (già prevista dall'art. 4 Dlgs 215/03) ;
- 2) l'ordine di cessare il comportamento discriminatorio adottando ogni provvedimento idoneo a rimuoverne gli effetti, anche nei confronti della PA ;
- 3) l'ordine di pubblicare il provvedimento su un quotidiano di tiratura nazionale (facoltativo);
- 4) la comunicazione alle amministrazioni appaltati o erogatrici di benefici ai fini della revoca;
- 5) il piano di rimozione (facoltativo): prima non previsto dal 44; ora ammesso anche per le discr. Individuali; per quelle collettive va "sentito l'ente collettivo ricorrente" .
- 6) Vi è una migliore definizione dell'onere della prova "alleggerito": come nella direttiva "fatti dai quali si può presumere" (NB l'inutile parte del comma 4 relativa ai rapporti di lavoro)

APPELLO

- Art 702 quater: ove l'ordinanza non sia appellata entro trenta giorni dalla sua comunicazione o notificazione, la stessa produce gli effetti di cui all'art 2909 c.c..
- Il giudizio antidiscriminatorio non è più un giudizio cautelare; non è vi è fase di merito;
- L'ordinanza di primo grado passa in giudicato ove non appellata.
- Non vi è un rito speciale per l'appello (i tempi si allungano..)
- Il termine per l'appello decorre indipendentemente dalla notificazione ad istanza di parte;
- Avverso la pronuncia resa in appello sarà possibile proporre ricorso in Cassazione.

Viene abrogato il comma 5 dell'art 44 relativo ai casi di urgenza : è comunque ammissibile un ricorso ex art. 700 c.p.c. all'interno del processo sommario di cognizione (vedi pronunce di Milano, Roma, Trieste..).

- Vengono limitati gli effetti del 388 c.p. ai casi di elusione della condanna "non patrimoniale"
- Viene esteso l'obbligo di comunicazione alla PA anche ai casi di discriminazione ex dlgs 215 e 216/03
- Resta immutato l'ultimo comma degli artt. 4 dlgs 215 e 216 sulla giurisdizione amministrativa per i dipendenti pubblici non privatizzati