



UNIVERSITÀ
di **VERONA**

Dipartimento
di **SCIENZE GIURIDICHE**

LE DISCRIMINAZIONI DI GENERE NELLA GIURISPRUDENZA RECENTE TRA ISTANZE DI TUTELA E DISAPPLICAZIONE DEL DIRITTO NAZIONALE

Laura Calafà, Università di Verona

Progetto «Courts and Charters - Workers' rights and access to the European Courts and Charters» - co-finanziato dalla Commissione europea DG Occupazione Affari sociali e Inclusionione - Contratto n. VS/2013/02

Giuseppe Bronzini, Rudolf Buschmann, Laura Calafà,
Vincenzo De Michele, Chiara Favilli, Pierpaolo Gori

Vademecum per l'Europa

*Guida per gli operatori degli Uffici vertenze
del sindacato*

a cura di
Andrea Allamprese e Lorenzo Fassina

Ed. Ediesse Roma, 2015

**Una premessa
necessaria:**

**Dal diritto del
lavoro al diritto
dell'Unione
europea**

**Il pragmatismo
lavorista di fronte
al diritto
antidiscriminatorio
di matrice UE: a
cosa serve il diritto
antidiscriminatorio
oggi?**

Il diritto antidiscriminatorio (del lavoro): istruzioni per l'uso

Per favorire il concreto uso del diritto antidiscriminatorio

Il concreto utilizzo del diritto antidiscriminatorio presuppone che siano individuati:

- le regole in vigore a livello dell'Unione; ciò è funzionale all'obiettivo di evidenziare lo stretto legame esistente tra queste regole, anche di diverso valore (Trattato, principi generali di diritto dell'Unione e disposizioni della CDFUE), e l'accesso al Giudice;
- i punti di arrivo più significativi di un'evoluzione giurisprudenziale continua della Corte di Giustizia nella specifica materia.

Occorre altresì:

- dedicare attenzione ad un preliminare **inquadramento del diritto antidiscriminatorio** a partire dalla sua definizione di massima, dal suo funzionamento e dalla stessa relazione dialettica con il diritto del lavoro tradizionale (fondato sul paradigma dell'inderogabilità delle regole di tutela del lavoratore e della lavoratrice), sottolineandone, nel contempo, i riconosciuti tratti caratterizzanti (complessità, valore integrativo della tutela offerta, risultato utile solo eventuale);
- evidenziare **l'approccio bottom-up** al tema della giustiziabilità del diritto di non discriminazione, intendendo per giustiziabilità l'attitudine di una regola ad essere applicata dal Giudice. Sono i casi concreti trattati dalle diverse Corti, non solo dalla Corte di Giustizia, a divenire strumento di comprensione del funzionamento del diritto antidiscriminatorio

Il percorso ideale per comprendere il diritto antidiscriminatorio ...

Il diritto antidiscriminatorio UE (e nazionale) oggi, ivi compresa la Carta dei diritti

Le regole in vigore: verifica necessaria, ma non sufficiente!

Il confronto tra diritto nazionale e diritto dell'Unione andrà effettuato, con l'uso attento della giurisprudenza comunitaria, a partire dal diritto della UE direttamente invocabile a livello nazionale (ovvero quello primario dei Trattati), affiancato, rispettivamente, dai principi generali di diritto comunitario elaborati dalle Corti di Giustizia e - dal 1° dicembre 2009, dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona - dai diritti fondamentali riconosciuti dalla Carta.

Il punto d'arrivo della non discriminazione come diritto fondamentale è facilmente rappresentabile da un confronto tra tre pronunce della Corte di Giustizia. Non a tutti gli articoli della CDFUE è stato riconosciuto valore apicale. Quello sul diritto di non discriminazione pare avere tale forza. Il confronto proposto è quello tra il caso *Test Achats* del 2011, relativo alla parità di trattamento tra uomini e donne nella prestazione di servizi (artt. 21 e 23 della CDFUE) e simbolo della tutela dei diritti fondamentali di non discriminazione, e il caso *Association de Médiation Sociale (AMS)* del 2014 fino al caso *Poclava* del 2015.



Dal principio di parità di trattamento tra donne e uomini
alla non discriminazione come diritto fondamentale

Dal metamodello agli altri
fattori di rischio (ivi
comprese le condizioni
contrattuali)

Questioni di tecnica del
diritto (anche
processuale)

Questioni di tutela:
I riferimenti concettuali
dell'attualità del diritto
antidiscriminatorio:
Lavoro - Oltre il lavoro
Privato - Pubblico
Indivuale collettivo

Il diritto
antidiscriminatorio
(e l'interazione
necessaria con il
diritto UE che
presuppone)

Sull'elenco e la portata dei fattori di rischio o condizioni personali inseriti nell'art. 21 della CDFUE

Il considerando 3 della Direttiva n. 2006/54 risolve la questione della relazione esistente tra sesso e orientamento sessuale a seguito delle sentenze rese, rispettivamente, nei casi P v. S e Cornwall County Council e Grant (Corte giust. 30.4.1996, causa C-13/94 e Corte giust. 17.2.1998, causa C-249/96).

La **disabilità** come fattore di rischio sul quale si sono concentrate le tensioni relative alla tassatività dei fattori di rischio

...

Selezione di casi emblematici da
Defrenne (1971) ad *Accept* (2013):
chiavi di lettura prescelte

La trasformazione dei fattori di rischio (sesso o genere) e la ricerca della portata del fattore di rischio: il confronto con il metamodello

La linea della nozione di discriminazione

La linea della responsabilità

Il campo di applicazione delle direttive

Le politiche occupazionali e l'età: la discrezionalità degli Stati membri

I singoli fattori di rischio

I principi di non discriminazione sono una specificazione del principio di eguaglianza

Definizione preliminare, di sintesi ...

corpus di norme volte ad impedire, attraverso obblighi di natura negativa, che il destino delle persone sia determinato da *status* naturali o sociali ascritti (il sesso, la razza, l'origine etnica e via dicendo) e, al tempo stesso, consentire attraverso obblighi di natura positiva, che identità soggettive differenti siano tutte egualmente riconosciute e tutelate (Barbera 2008)

In Italia l'approccio sistematico

Le regole, il significati

Tre funzioni che svolge in ambito UE il principio d'eguaglianza

Il principio è espressione di un diritto in senso stretto specchio di un divieto di discriminazione

Criterio di giudizio sulle leggi (occorre verificare se il legislatore abbia trattato in modo diverso situazioni analoghe o situazioni differenti in modo identico: concezione valutativa dell'eguaglianza)

Il confronto che va
effettuato a partire
dal diritto primario
dell'UE ovvero con
...

principi generali di
diritto comunitario,

disposizioni dei
trattati
(discriminazioni
fondate sulle
nazionalità 12 e 39
tce, art. 19 TFUE e
genere)

e, dal dicembre
2009, la Carta
dei diritti
fondamentali

Legame tra principi di non discriminazione e diritti fondamentali

```
graph TD; A[Legame tra principi di non discriminazione e diritti fondamentali] --> B[Articolo 21 Non discriminazione 1. E' vietata qualsiasi forma di discriminazione fondata, in particolare, sul sesso, la razza, il colore della pelle o l'origine etnica o sociale, le caratteristiche genetiche, la lingua, la religione o le convinzioni personali, le opinioni politiche o di qualsiasi altra natura, l'appartenenza ad una minoranza nazionale, il patrimonio, la nascita, gli handicap, l'età o le tendenze sessuali. 2. Nell'ambito d'applicazione del trattato che istituisce la Comunita europea e del trattato sull'Unione europea è vietata qualsiasi discriminazione fondata sulla cittadinanza, fatte salve le disposizioni particolari contenute nei trattati stessi.]; B --> C[Divieti correlati a fattori soggettivi: sono riconosciuti dall'art. 21 della Carta]; C --> D[Divieti correlati alle direttive sul lavoro non standard sono stati definiti come "principi di diritto sociale comunitario" (CGCE Del Cerro Alonso), anche se dal punto di vista del funzionamento la Corte li tratta nello stesso modo ...];
```

Articolo 21 Non discriminazione 1. E' vietata qualsiasi forma di discriminazione fondata, in particolare, sul sesso, la razza, il colore della pelle o l'origine etnica o sociale, le caratteristiche genetiche, la lingua, la religione o le convinzioni personali, le opinioni politiche o di qualsiasi altra natura, l'appartenenza ad una minoranza nazionale, il patrimonio, la nascita, gli handicap, l'età o le tendenze sessuali. 2. Nell'ambito d'applicazione del trattato che istituisce la Comunita europea e del trattato sull'Unione europea è vietata qualsiasi discriminazione fondata sulla cittadinanza, fatte salve le disposizioni particolari contenute nei trattati stessi.

Divieti correlati a fattori soggettivi: sono riconosciuti dall'art. 21 della Carta

Divieti correlati alle direttive sul lavoro *non standard* sono stati definiti come "principi di diritto sociale comunitario" (CGCE Del Cerro Alonso), anche se dal punto di vista del funzionamento la Corte li tratta nello stesso modo ...

Tutti sono riconducibili alla concezione valutativa dell'eguaglianza, la loro definizione ha carattere oggettivo

Il controllo effettuato attraverso il diritto antidiscriminatorio, verifica a seconda delle nozioni, dei campi di applicazione delle relative direttive

Il processo di identificazione della norma alla fattispecie concreta ...

Genere (art. 156 TFUE) e **nazionalità** (art. 45 TFUE per i lavoratori subordinati) hanno efficacia diretta orizzontale: i principi di non discriminazione possono essere invocati di fronte al giudice nazionale che sarà tenuto a disapplicare l'eventuale disposizione nazionale difforme, nei confronti sia dello stato che dei soggetti privati

Art. 19 TFUE altri fattori di rischio: la complessità del ruolo rivestito dalla disposizione che attribuisce fondamento giuridico all'attività legislativa

Perchè è di centrale rilevanza il genere (o sesso come si esprimono le regole UE?

Once upon a time ... il confronto con il metamodello

Il sesso (o genere) ovvero il contesto regolativo comunitario prima del caso *P v. S* ...

I casi *Defrenne I, II e III* ... la diretta applicabilità dell' art. 119 TCE

Consolidamento del modello mediante

-La definizione di discriminazione indiretta

-Il riparto dell'onere della prova

-L'affermazione dell'utilizzo del diritto antidiscriminatorio *but for* per la gravidanza e la maternità

-I problemi della legittimazione delle azioni positive come deroghe al funzionamento della parità di trattamento nell'ambito del lavoro e la costruzione della categoria del sesso sottorappresentato

Diritto originario dei Trattati:

Art. 141 Tce, oggi art.157 TFUE - Carta dei diritti fondamentali di Nizza
(art. 20 - 23)

Diritto comunitario derivato:

Dir. 75/117 - Dir. 76/207 - Dir. 98/70 - 86/378/CE così come modificata dalla dir. 1996/97/CE Dir. 2002/73 - Dir. 2004/113

Dir. 2006/54 (direttiva quadro)

detta di *rifusione* appunto perché si occupa di armonizzare le disposizioni contenute nelle precedenti direttive dedicate alla parità uomo-donna nell'accesso al lavoro, alla formazione e alla promozione professionale, nel settore dei regimi professionali di sicurezza sociale, nell'ambito della parità di trattamento retributivo e le regole relative all'onere della prova nei casi di discriminazione basata sul sesso, anche alla luce della giurisprudenza della Corte di Giustizia delle Ce

Fattori di rischio diversi da sesso/genere

Diritto originario:

art. 13 Trattato CE modificato ad Amsterdam e a Nizza nel 2000, diventato art. 19 TFUE
Carta dei diritti fondamentali del 2000 (con la relativa vincolatività riconosciuta a Lisbona del dicembre 2007, entrata in vigore nel dicembre 2009)

Diritto derivato:

Dir. 2000/43 e Dir. 2000/78

Sospesa la procedura per l'approvazione della direttiva altre/oltre (detta anche direttiva orizzontale, necessaria per i diversi campi di applicazione della normativa citata)

Dopo P v. S ... gli altri fattori di rischio

Le discriminazioni e le molestie in 12 anni di giurisprudenza della Corte di Giustizia (... circa una sentenza all'anno, in progressione!)

L'evoluzione segnata da alcune pronunce fondamentali che segnano la portata e l'operatività degli strumenti appena definiti:

a) Il fattore età: da *Mangold a Seda Küçükdeveci*

b) Il fattore orientamento sessuale: dal *P* a *Grant* fino a *Accept* (passando attraverso il caso *Tadao Maruko e Romer*)

c) Il fattore disabilità e la complicata relazione tra *Chacon Navas* e *Coleman*

d) L'unicità del caso *Feryn* (con l'aggiunta recente di *Galina Maister*)

e) La sostenibile (e apparente) leggerezza delle convinzioni religiose o personali ... allo stato attuale!

**La struttura, i campi di applicazione
(oggettivo e soggettivo), le
istituzioni di parità, le azioni
positive, i concetti cardine delle
direttive (quasi) gemelle**

**L'omogeneizzazione degli strumenti
di intervento del diritto
antidiscriminatorio**

Discriminazione diretta - Nozione legale

Sussiste discriminazione diretta quando, a causa della sua [razza od origine etnica, età, disabilità, orientamento sessuale, convinzioni personali o religiose] una persona è trattata meno favorevolmente di quanto sia, sia stata o sarebbe trattata un'altra in una situazione analoga

I profili interpretativi

Il giudizio di comparazione elastico: lavoratore/trice comparabile, virtuale e ipotetico

I problemi interpretativi

Le cause di giustificazione e le deroghe al funzionamento del divieto: per le discriminazioni dirette le cause di giustificazione si ritengono non ammesse!

Discriminazione indiretta - Nozione legale

Sussiste discriminazione indiretta quando una disposizione, un criterio o una prassi apparentemente neutri possono mettere persone di una determinata [razza od origine etnica, età, disabilità, orientamento sessuale, convinzioni personali o religiose] in una posizione di particolare svantaggio rispetto ad altre persone, a meno che tale disposizione, criterio o prassi siano oggettivamente giustificati da una finalità legittima e i mezzi impiegati per il suo conseguimento siano appropriati e necessari.

Profili interpretativi

Il perfezionamento tri-fasico della fattispecie discriminatoria

- 1. Il criterio o una prassi apparentemente neutri**
- 2. La posizione di particolare svantaggio (del gruppo ... rispetto alle altre persone)**
- 3. Il giudizio di oggettiva giustificazione del criterio o della prassi [finalità legittima e mezzi impiegati appropriati e necessari: art. 2, co.2, lett. b)]**

I problemi interpretativi

Le cause di giustificazione: gli obiettivi occupazionali, ad esempio, sono cause legittime di esclusione della discriminatorietà della fattispecie?

LE DEROGHE OVVERO LE AREE DI NON FUNZIONAMENTO DEI DIVIETI (ART. 4 *REQUISITI PER LO SVOLGIMENTO DELL' ATTIVITÀ LAVORATIVA*)

ESCLUSIONE COMUNE: “In deroga all' articolo 2, par. 1 e 2 (*discriminazione diretta e indiretta*), gli Stati membri possono stabilire che una differenza di trattamento basata su una caratteristica correlata a [razza o origine etnica, età, disabilità, orientamento sessuale, convinzioni personali o religiose] non costituisca discriminazione laddove, per la natura di un' attività lavorativa o per il contesto in cui essa viene espletata, tale caratteristica costituisca un requisito essenziale e determinante per lo svolgimento dell' attività lavorativa, purché l' obiettivo sia legittimo e il requisito proporzionato”

LE DEROGHE SPECIALI DELLA DIR. QUADRO

Le deroghe ovvero le aree di non funzionamento dei divieti di discriminazione per **età e disabilità** con riguardo alle **forze armate** (art. 3, comma 4)

Le deroghe ovvero le aree di non funzionamento dei divieti con riguardo alla sola **disabilità** (art. 5 e art. 7 comma 2)

Le deroghe ovvero le aree di non funzionamento dei divieti con riguardo **all'età** relativamente alle **politiche del lavoro, mercato del lavoro e formazione professionale, prestazioni pensionistiche e invalidità** (art. 6, commi 1 e 2), rafforzata quest'ultima previsione dal testo dell'art. 3, comma 3.

Le deroghe legate al fattore di rischio **convinzioni religiose o personali** nelle **c.d. organizzazioni di tendenza** (art. 4, co. 2)

Molestie - Nozione legislativa

Le molestie sono da considerarsi, ai sensi del paragrafo 1, una discriminazione in caso di comportamento indesiderato adottato per motivi di [razza o di origine etnica, età, disabilità, orientamento sessuale, convinzioni personali o religiose] e avente lo scopo o l'effetto di violare la dignità di una persona e di creare un clima intimidatorio, ostile, degradante, umiliante od offensivo. In questo contesto, il concetto di molestia può essere definito conformemente alle leggi e prassi nazionali degli Stati membri

I profili interpretativi

Molestie e discriminazioni: la dignità e l'eguaglianza (o parità di trattamento) e il giudizio di comparazione ... problemi dottrinali?

Scolorazione del concetto di discriminazione ...

Rinvio alla sentenza Coleman e Feryn

Pur risparmiando la carrellata delle fonti e delle definizioni, non si può non ricordare la **discriminazione associata** nella giurisprudenza della Corte ... Caso Coleman 2008

La direttiva del Consiglio 27 novembre 2000, 2000/78/CE, che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro e, in particolare, i suoi artt. 1 e 2, nn. 1 e 2, lett. a), devono essere interpretati nel senso che il divieto di discriminazione diretta ivi previsto non è limitato alle sole persone che siano esse stesse disabili. Qualora un datore di lavoro tratti un lavoratore, che non sia esso stesso disabile, in modo meno favorevole rispetto al modo in cui è, è stato o sarebbe trattato un altro lavoratore in una situazione analoga, e sia provato che il trattamento sfavorevole di cui tale lavoratore è vittima è causato dalla disabilità del figlio, al quale presta la parte essenziale delle cure di cui quest'ultimo ha bisogno, un siffatto trattamento viola il divieto di discriminazione diretta enunciato al detto art. 2, n. 2, lett. a).



La genitorialità

Il diritto
antidiscriminatorio:
regole e principi, limiti
e potenzialità
attraverso tre casi
studio

Il licenziamento
discriminatorio

Le
assicurazioni

Genitorialità: dal diritto del lavoro al diritto di famiglia?

Dal diritto Ue al diritto nazionale

I casi della Corte UE:

C.giust., 26.2.2008, C-506/06, *Mayr*, un caso di licenziamento di una lavoratrice che si sottopone alla fecondazione in vitro; C.giust., 18.3.2014, C-167/12, *CD/ST* e C.giust., 18.3.2014, C-363/12, *Z/ A Government department, The Board of management of a community school*, entrambe dedicate al trattamento spettante alla madre committente in due ipotesi diverse di contratto di maternità per surroga trattate dal diritto del Regno Unito e dell'Irlanda

Le riflessioni: La Corte conferma l'esclusione di ogni riconoscimento del congedo di maternità anche se la madre, come nel caso irlandese, «dopo la nascita effettivamente allatti, o comunque possa allattare, al seno il bambino». Il diritto antidiscriminatorio non soccorre nessuna delle madri ricorrenti perché «non costituisce una discriminazione fondata sul sesso il rifiuto di un datore di lavoro di riconoscere un congedo di maternità a una madre committente che abbia avuto un figlio mediante un contratto di maternità surrogata», come non risulta applicabile la dir. 2000/78 perché «non costituisce una discriminazione fondata sull'handicap il fatto di negare la concessione di un congedo retribuito equivalente a un congedo di maternità o a un congedo di adozione a una lavoratrice che sia incapace di sostenere una gravidanza e si sia avvalsa di un contratto di maternità surrogata».

Licenziamento e divieti di discriminazione: dalla tutela residuale alla nuova centralità dei divieti come strumenti di tutela?

Dal diritto Ue al diritto nazionale. Dal diritto nazionale al
diritto UE

Ordinamenti comunicanti o paralleli?

Le regole della l. 92/12 e del d.lgs. 23/15 in materia di licenziamento:

...alla dichiarazione di “nullità del licenziamento perché discriminatorio ai sensi dell’art. 3 della l. 11 maggio 1990, n. 109, ovvero intimato in concomitanza col matrimonio ai sensi dell’art. 35 del codice delle pari opportunità tra uomo e donna, di cui al decreto legislativo 11 aprile 2006, n. 198, o in violazione dei divieti di licenziamento di cui all’art. 54, commi 1, 6, 7 e 9, del testo unico delle disposizioni legislative in materia di tutela e sostegno della maternità e della paternità, di cui al decreto legislativo 26 marzo 2001, n. 151, e successive modificazioni ovvero perché riconducibile ad altri casi di nullità previsti dalla legge o determinato da un motivo illecito determinante ai sensi dell’articolo 1345 del codice civile, ”

... Il giudice, con la pronuncia con la quale dichiara la nullità del licenziamento perché discriminatorio ai sensi dell’articolo 3 della legge 11 maggio 1990, n. 109, o in violazione dei divieti di licenziamento di cui all’art. 54, commi 1, 6, 7 e 9, del testo unico delle disposizioni legislative in materia di tutela e sostegno della maternità e della paternità, di cui al decreto legislativo 26 marzo 2001, n. 151, e successive modificazioni, ovvero perché riconducibile agli altri casi di nullità espressamente previsti dalla legge, ordina al datore di lavoro, imprenditore o non imprenditore, la reintegrazione del lavoratore nel posto di lavoro, indipendentemente dal motivo formalmente addotto.

I licenziamenti speciali, il licenziamento discriminatorio e il licenziamento comunque nullo

Lo snodo problematico del licenziamento per rappresaglia (Cass. 16925/12)

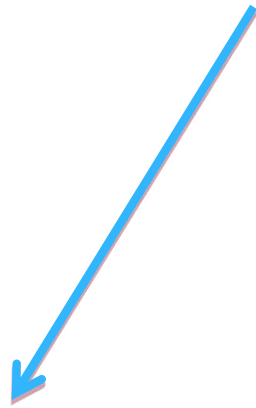
“Il concetto di licenziamento discriminatorio, sancito dall'art. 4 l. n. 604 del 1966, dall'art. 15 l. n. 300 del 1970 e dall'art. 3 l. n. 108 del 1990, è suscettibile di interpretazione estensiva: l'area dei singoli motivi vietati comprende anche il licenziamento per ritorsione o rappresaglia, che costituisce l'ingiusta ed arbitraria reazione a comportamenti sgraditi all'imprenditore, quando quest'ultima rappresenti l'unica ragione del provvedimento espulsivo”.

Ordinamenti paralleli ...

Esiste uno spazio nell'ordinamento italiano per una doppia nozione di discriminazione (oggettiva e soggettiva) e/o un duplice e differenziato livello di considerazione delle (stesse nozioni sostanziali di) discriminazioni e/o un diverso sistema probatorio?

Gli ordinamenti “antidiscriminatori” paralleli sono compatibili con il diritto UE?

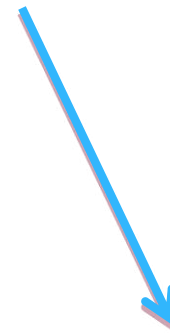
Il licenziamento per rappresaglia, distinzione chiave



Ragioni tipizzate
(ad esempio
ragioni sindacali)

=

Licenziamento
discriminatorio



Ragioni non
tipizzate

=

Licenziamento per
motivo illecito
determinante, nullo in
base all'art. 18, ma non
discriminatorio

Esercizi “giudiziari” su licenziamento per rappresaglia o ritorsione

Licenziamento a seguito al rifiuto di passare dal part time al tempo pieno (Trib. Bologna 19/11/12)

Licenziamento a seguito di richiesta di rimozione di calendario pornografico (Trib. Torino 19/12/11)

Licenziamento intimato a seguito di violenza sessuale (Trib. Latina, 20/9/11)

Licenziamento della figlia di fronte alla causa avviata dal padre nei confronti del datore di lavoro (Cass. Civ. 8/8/11, n. 6282)

Licenziamento a seguito di posizioni rigide e polemiche del lavoratore, comunicate alla stampa (Cass. 3/5/97, n. 3837)

Licenziamento del dirigente sindacale (da parte del sindacato) (Cass. 25/7/08, n. 20500)

Licenziamento per partecipazione ad uno sciopero (basato su inesistenti ragioni organizzative: Trib. Milano, 7/10/04)

Dal sistema teorico alla pratica tecnico-giuridica: le potenzialità di un confronto multilevel con riguardo alla non discriminazione

Il presupposto di questo utilizzo esteso - perché elastico - della CDFUE, a partire dalla non discriminazione, è l'esistenza di Direttive definite «ad ampio raggio»: si tratta delle Direttive di c.d. seconda generazione (nn. 2000/43 e 2000/78, in particolare), caratterizzate da disposizioni ampie e generali, i cui connotati concreti vengono fissati dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia. Questa offre una lettura del diritto a non essere discriminati/e come valore centrale nel processo di affermazione del principio di eguaglianza .

**Interpretazione
conforme,**

**rinvio
pregiudiziale,
disapplicazione**

**Precisazioni: dai
casi alle
tecniche!**

Il caso ACCEPT (C-81/12) del 25 aprile 2013

Interpretazione conforme del diritto nazionale rumeno (sanzioni in materia di discriminazioni per orientamento sessuale) al diritto UE (sanzioni efficaci, proporzionate, dissuasive)

Il rinvio pregiudiziale

Il rinvio pregiudiziale è una procedura esercitata dinanzi alla Corte di giustizia dell'Unione europea che consente ad una giurisdizione nazionale di interrogare la Corte di giustizia sull'interpretazione o sulla validità del diritto europeo.

Il rinvio pregiudiziale fa parte delle procedure che possono essere esercitate dinanzi alla Corte di giustizia dell'Unione europea (CGUE). Questa procedura è aperta ai giudici nazionali degli Stati membri, i quali possono adire la Corte per interrogarla sull'interpretazione o sulla validità del diritto europeo nell'ambito di una causa pendente.

A differenza delle altre procedure giurisdizionali, il rinvio pregiudiziale non è un ricorso contro un atto europeo o nazionale, bensì un quesito sull'**applicazione del diritto europeo**.

Il rimedio “estremo”

Il confronto per una corretta **disapplicazione** va effettuato a partire dal diritto primario dell'UE ovvero con ...

- principi generali di diritto comunitario
- disposizioni dei Trattati (discriminazioni fondate sulle nazionalità art. 18 TFUE e art. 45 TFUE, per i lavori subordinati, altre discriminazioni art. 19 TFUE (oltre il lavoro) e genere art. 156 TFUE (nell'ambito delle politiche sociali))
- e, dal dicembre 2009, la Carta dei diritti fondamentali (per qualche interprete anche prima di questa data ...)

Esperienza di disapplicazione veronese

L'età di pensionamento delle ballerine

Approccio metodologico per una corretta disapplicazione

- 1) Qualificazione del fatto (nello specifico in base al diritto antidiscriminatorio): discriminazione diretta in base al sesso o all'età?
- 2) Esclusione dell'interpretazione conforme: contenuto eccessivamente preciso e vincolato della disposizione rilevante (nel caso concreto relativa all'età del collocamento a riposo)
- 3) Esclusione di un rinvio pregiudiziale alla CGCE: disposizione che non comporta complessi problemi interpretativi
- 4) Disapplicazione della disposizione interna contrastante con il diritto dell'UE (... scelta drastica: Bronzini 2012)

Il contratto di lavoro intermittente ...

Safari File Composizione Vista Cronologia Preferiti Finestra Aiuto

Il giudice: «Via chi ha più di 25 anni, Abercrombie discrimina dipendenti» - Corriere.it

milano.corriere.it/notizie/cronaca/14_aprile_16/giudice-via-chi-ha-piu-25-anni-abercrombie-discrimina-dipendenti-519bda32-c57e-11e3-ab93-8b453f4397d6.shtml

COST | Doma...nd Actions Global Allia...Education — Osservatori...ori - OSCAD Official doc... Commission Documenti AVA European La...aw Network Redazione - articolo29 Sito ufficia...i - Sardegna


NH Alberto Aguilera Il giudice: «Via chi ha più di 25 anni, Abercrombie discrimina dipendenti» - Corriere.it

LA SENTENZA DELLA CORTE D'APPELLO DI MILANO

Il giudice: «Via chi ha più di 25 anni, Abercrombie discrimina dipendenti»

Per il magistrato che ha ordinato di reintegrare un 27enne, l'azienda li assume con contratti vantaggiosi e li licenzia quando superano l'età

di Redazione Milano online **ABERCROMBIE E FITCH** (+6)



TROVO A MILANO

Cerca negozi e servizi nella tua città

milano

- Palestre Piscine SPA Parrucchieri Estetista Massaggi Profumerie Dermatologi Cavitazione
- Ristoranti Pizzerie Bar Locali Hotel B&B Residence Agriturismi Pub Ristoranti Etnici
- Centri Commerciali Alimenti Bio Gastronomie Supermercati Pasticcerie Gelaterie Enotecche
- Abbigliamento Gioielleria Scarpe Borse Outlet Lavanderie Sartorie Occhiali Abiti da cerimonia

TUTTE LE CATEGORIE

PASSAPAROLA BETA COSA DICE IL PAESE 7% si sente ACCEDI



Il contratto di lavoro intermittente ...

Safari File Composizione Vista Cronologia Preferiti Finestra Aiuto

Abercrombie condannata: "Discrimina i commessi under 25 a causa della loro età" - Repubblica.it

milano.repubblica.it/cronaca/2014/04/16/news/ll_giudice_del_lavoro_abercrombie_discrimina_i_commessi_under_25_a_causa_della_loro_et-83778901/

Cost | Dom...nd Actions Global Allia... Education — Osservatori...ori - OSCAD Official doc... Commission Documenti AVA European La...aw Network Redazione - articolo29 Sito ufficial...l - Sardegna

NH Alberto Aguilera Abercrombie condannata: "Discrimina i commessi under 25 a causa della loro età" - Repubblica.it

NETWORK **L'Espresso** **LE INCHIESTE** 17 aprile 2014 - Aggiornato alle 16.37 LAVORO ANNUNCI ASTE

R.it **MILANO**

Zone: 1 2 3 4 5 6 7 8 9 AREA METROPOLITANA REGIONE Cerca nel sito METEO

Home Cronaca Sport Foto Ristoranti Annunci Locali Cambia Edizione Video

Via Lincoln, 1 - Cinisello Balsamo (MI) - Tel.: 02 6173566 - Fax: 02 66013367 - e-mail: info@ortopediarinascita.it - segreteria@ortopediarinascita.it - contab@ortopediarinascita.it

Abercrombie condannata: "Discrimina i commessi under 25 a causa della loro età"

La Corte d'appello di Milano dà ragione a un dipendente assunto con un contratto particolarmente svantaggioso e licenziato al compimento dei 26 anni: sarà riassunto e risarcito con 14mila 450 euro

16 aprile 2014

ULTIM'ORA LOMBARDIA [Le altre notizie >](#)

Milano, 19:40
VIA IMBONATI, TITOLARE PHONE CENTER
RESISTE A RAPINA E VIENE AGGREDITO

Un giovane dipendente che lavorava con un contratto...

Cosa deve chiedersi il giudice?

- 1) se esiste una disparità di trattamento tra chi ha meno di venticinque anni di età e chi ha più di 25 anni di età;
- 2) se, in forza dell'art. 6, par. 1., dir. 2000/78/CE (trasposto dall'art. 4, d.lgs. n. 216/ 2003), la normativa di cui si discute (art. 34, co. 2, d.lgs. n. 276/2003) persegua una finalità legittima;
- 3) se la verifica del secondo passaggio argomentativo risulta positiva, occorre soffermarsi sui mezzi utilizzati per soddisfare tale finalità.

Nella stringata motivazione i diversi passaggi risultano alquanto concentrati e appare, comunque, prevalere una valutazione negativa del giudice già sulla verifica della finalità legittima.

Con riguardo alla disapplicazione, si segnala un'enorme **differenza di approccio tra la Corte di giustizia e il giudice nazionale** chiamato ad applicare il diritto antidiscriminatorio di matrice Ue con riguardo all'età:

-davanti alla Corte di giustizia vi sono (anche, spesso) i singoli Governi nazionali che si propongono di spiegare ed approfondire le ragioni delle scelte legislative effettuate;

-a livello nazionale, di fronte ad un giudice del lavoro, la dialettica è sempre e solo tra datore di lavoro e lavoratore ed è il giudice che deve motivare la sussistenza della discriminazione considerando in modo serio e ponderato l'esistenza di una finalità legittima e la progettazione di mezzi appropriati e necessari.

Le due fasi del ragionamento del giudice:

1- nel primo passaggio argomentativo deve effettuare un **giudizio di conformità ai diritti fondamentali, di non genericità delle affermazioni e di coerenza e sistematicità degli obiettivi da raggiungere**. La consapevolezza di tale complessità deve accompagnare il giudice domestico, aiutandolo a costruire pronunce necessariamente solide come quelle di disapplicazione della normativa interna non conforme al diritto Ue.

2 - Solo successiva la verifica relativa **all'appropriatezza e necessità dei mezzi utilizzati**. Con riguardo all'appropriatezza la Corte domestica è chiamata ad effettuare una **verifica di ragionevolezza**; con riguardo alla necessità dello strumento, la stessa Corte competente deve verificare se tale **misura eccede quanto necessario per conseguire tale finalità con analisi approfondita dei pro e contro, vantaggi e svantaggi della misura rispetto all'obiettivo perseguito**. Il giudice nazionale è, in effetti, chiamato a verificare se, in funzione dell'età, tale requisito sia soddisfatto, controllando nel contempo che esso non vada oltre quanto è necessario per conseguire gli obiettivi perseguiti.

Il diritto del lavoro
e la tutela dei
diritti tra
inderogabilità della
norma (recessiva)
e tutela
antidiscriminatoria
(espansiva) dopo il
caso Abercrombie
Fitch ...

Il rinvio alla Corte
di giustizia di
Cassazione 29
febbraio 2016, n.
3982

Approccio metodologico per una corretta disapplicazione

1) Qualificazione del fatto in base al diritto antidiscriminatorio

2) Esclusione dell'interpretazione conforme: contenuto eccessivamente preciso e vincolato della disposizione relativa all'età del collocamento a riposo

3) Esclusione di un rinvio pregiudiziale alla CGCE: disposizione che non comporta complessi problemi interpretativi

4) Disapplicazione della disposizione interna contrastante con il diritto dell'UE

Le assicurazioni

I contratti di assicurazione alla prova della parità di genere: il caso *Test Achats* alla Corte di Giustizia Ue: questioni non strettamente tecniche ma tecnico politiche vista la correlazione con il mercato delle assicurazioni

La complessità della vicenda dal punto di vista sistematico generale: mercato, autonomia individuale (o libertà di contratto) e parità di trattamento devono trovare un loro equilibrio più compiuto anche con riguardo ai contratti di assicurazione ...

la “correzione delle dinamiche spontanee di mercato non opera necessariamente nel senso di favorire razze o etnie minoritarie, ovvero di agevolare le donne rispetto agli uomini: ciò che si vuole perseguire è un riavvicinamento (ed in prospettiva una piena omologazione) dei trattamenti, a prescindere dalla circostanza che un mercato deregolato possa prediligere la formazione di sub-mercati segmentati per categorie soggettive o definire le proprie ragioni di scambio in rapporto ad una domanda che rende maggiormente “convenienti” (dal punto di vista del calcolo economico puro) le negoziazioni con gli appartenenti ad un determinato “gruppo” sociale”. E l’esempio effettuato dall’Autrice non è casuale: “potrebbe essere il caso dei premi sulle assicurazioni stipulate dagli appartenenti al genere femminile ...” (Delia La Rocca 2007)

Le peculiarità del settore assicurativo

- Relazione tra gender e prodotti assicurativi è già macchinosa in sé ...

- La molteplicità dei prodotti disponibili (singole tipologie, partizioni possibili - obbligatorie o volontarie - *life assurances* e *motor assurances*, le prime che legano alla costruzione “a pilastri” del sistema previdenziale dei paesi Ue (per le *life assurances*))

- Il peso economico specifico della contrarietà delle compagnie assicurative

La questione giuridica non verte sul rifiuto di concludere un contratto di assicurazione in base al genere (sanzione penale in Francia, fenomeno statisticamente poco rilevante)

La questione giuridica è relativa alla definizioni dei premi assicurativi e dei relativi benefici/prestazioni

La sentenza *Test Achats* arriva al “cuore” del contratto di assicurazione perché assicurare significa distinguere i rischi

La direttiva, il rinvio, la sentenza 1° marzo 2011, il ragionamento giuridico sulle deroghe alla parità di trattamento

Art. 5, Fattori attuariali, 1° e 2° paragrafo

«1. Gli Stati membri provvedono affinché al più tardi in tutti i nuovi contratti stipulati dopo il 21 dicembre 2007, il fatto di tenere conto del sesso quale fattore di calcolo dei premi e delle prestazioni a fini assicurativi e di altri servizi finanziari non determini differenze nei premi e nelle prestazioni.

2. Fatto salvo il paragrafo 1, gli Stati membri possono decidere anteriormente al 21 dicembre 2007 di consentire differenze proporzionate nei premi e nelle prestazioni individuali ove il fattore sesso sia determinante nella valutazione dei rischi, in base a pertinenti e accurati dati attuariali e statistici. Gli Stati membri interessati informano la Commissione e provvedono affinché siano compilati, pubblicati e regolarmente aggiornati dati accurati relativi all'utilizzo del sesso quale fattore attuariale determinante. Tali Stati membri riesaminano la loro decisione cinque anni dopo il 21 dicembre 2007 tenendo conto della relazione della Commissione di cui all'articolo 16 e trasmettono i risultati del riesame alla Commissione.

Il giudizio della Corte

Una disposizione siffatta, che consente agli Stati membri interessati di mantenere senza limiti di tempo una deroga alla regola dei premi e delle prestazioni *unisex*, è contraria alla realizzazione dell'obiettivo della parità di trattamento tra donne e uomini perseguito dalla direttiva 2004/113 ed è incompatibile con gli artt. 21 e 23 della Carta. L'invalidità non è, però, stabilita come avviene di norma con effetto retroattivo, né con effetto a far data dalla sentenza, ma solo al termine di un congruo periodo transitorio, individuato dalla Corte nel 21 dicembre 2012, data per la quale è prevista la revisione della direttiva in base all'art. 16 della stessa

Gli effetti (giuridici) della pronuncia di lungo
periodo (O. Bonardi)

Effetti di carattere sistematico

incidenti sul funzionamento del diritto
Ue, non solo antidiscriminatorio

Effetto *welfare*

legato all' impatto della sentenza sul
sistema di tutela previdenziale di
matrice pubblica e non solo privata

Effetto orizzontale

Legato alla capacità espansiva della
sentenza nei confronti dei contratti
assicurativi legati a fattori di rischio diversi
dal sesso

L'attualità parallela ...

Commissione europea: Contraria al diritto UE l'applicazione di tariffe assicurative RC Auto differenziate sulla base della nazionalità dei contraenti

Risposta ufficiale della Commissione europea all'esposto presentato dall'ASGI.

Con una lettera ufficiale inviata il 17 aprile 2012 all'ASGI dal Capo Unità Assicurazioni e Pensioni della Direzione generale del Mercato Interno e dei Servizi- Istituzioni finanziarie, la Commissione europea afferma come appaia contraria al diritto dell'Unione europea la prassi seguita da alcune compagnie assicurative in Italia di includere la cittadinanza dell'assicurato tra i fattori attuariali nella definizione delle tariffe assicurative RC Auto, con conseguente applicazione di premi maggiorati per i contraenti di nazionalità stranieri, inclusi quelli appartenenti a taluni Paesi membri dell'UE.

Gli effetti giuridici di breve periodo

Scontato che la sentenza si applica ai contratti futuri (stipulati dopo il 21 dicembre 2012)

Occorre tentare di verificare l'effetto della sentenza sui contratti in corso

La Corte non risolve il problema, l'Avvocato generale suggerisce di concedere un congruo periodo transitorio per consentire l'adeguamento alla nuova regola, ma al termine di tale periodo l'applicazione del principio di parità ai contratti in corso va garantita

Il peso del precedente ... *Barber v. Guardian Royal Exchange Assurance* C- 262/88

**I precedenti, il rischio contenzioso, i
Considerando 18 e 19 della dir. 2004/113**

Considerando 18 “ *Per evitare un brusco adeguamento del mercato questa norma dovrebbe applicarsi solo ai nuovi contratti stipulati dopo la data di recepimento della presente Direttiva*”

Le conclusioni dell' AG in ordine al divieto di effetti retroattivi del diritto Ue che non vieta di applicare una nuova disciplina giuridica agli effetti futuri di situazioni esistenti e il paradosso dell' applicazione della sentenza ai soli contratti futuri (*motor o life ...*)

Le linee guida della Commissione (GUUE 13 gennaio 2012)

Il circolo vizioso
tra effetti di
lungo periodo ed
effetti di breve
periodo?

Punti qualificanti delle linee guida

Applicabilità della sentenza solo ai contratti stipulati dopo il 21 dicembre 2012 (contratti completamente nuovi e accordi di proroga di contratti in corso che sarebbero scaduti)

Precisazione del contesto nel quale si può continuare ad usare il genere (raccolta informazioni sullo status di genere) e non si può usare (genere come fattore di valutazione del rischio)

Non estensibilità della pronuncia oltre il genere e uguale non estensibilità alle discriminazioni indirette (si applica solo alle discriminazioni dirette)

Campo di applicazione della sentenza: assicurazioni e pensioni di natura privata, volontarie e distinte dal rapporto di lavoro, dal momento che l'impiego e l'occupazione sono esplicitamente esclusi dal suo campo di applicazione

Le linee guida più che un punto di arrivo appaiono un punto di (nuova) partenza ...

Un'ipotetica lesione di un diritto individuale di un'assicurata (con contratto sottoscritto prima del 21 dicembre 2012 e dopo la trasposizione della direttiva 2004/113) in uno qualsiasi degli Stati che aderiscono all'Ue rinviato alla Corte di giustizia da un giudice nazionale, con riguardo ad una discriminazione indiretta, come potrebbe risolversi dalla Corte stessa?

La risposta, forse anche politicamente opportuna, non appare sempre giuridicamente corretta ...

D.Lgs. 11-4-2006 n. 198

Codice delle pari opportunità tra uomo e donna, a norma dell'articolo 6 della legge 28 novembre 2005, n. 246.

Publicato nella Gazz. Uff. 31 maggio 2006, n. 125, S.O. n. 133.

Art. 55-quater. *Parità di trattamento tra uomini e donne nei servizi assicurativi e altri servizi finanziari* ⁽¹⁰²⁾

1. Nei contratti conclusi per la prima volta a partire dal 21 dicembre 2012, il fatto di tenere conto del sesso quale fattore di calcolo dei premi e delle prestazioni a fini assicurativi e di altri servizi finanziari non può determinare differenze nei premi e nelle prestazioni. ⁽¹⁰³⁾
2. In ogni caso i costi inerenti alla gravidanza e alla maternità non possono determinare differenze nei premi o nelle prestazioni individuali. ⁽¹⁰⁴⁾
3. L'Istituto per la vigilanza sulle assicurazioni (IVASS) vigila sul rispetto delle disposizioni di cui ai commi 1 e 2, avuto riguardo alla tutela degli assicurati nonché alla competitività e al buon funzionamento del sistema assicurativo. L'IVASS esercita altresì i suoi poteri ed effettua le attività necessarie al fine di garantire che le differenze nei premi o nelle prestazioni, consentite per i contratti conclusi prima del 21 dicembre 2012, permangano a condizione che siano state fondate su dati attuariali e statistici affidabili e che le basi tecniche non siano mutate. ⁽¹⁰⁵⁾
4. La violazione delle disposizioni di cui ai commi 1, 2 e 3, secondo periodo, costituisce inosservanza al divieto di cui all'[articolo 55-ter](#). ⁽¹⁰⁶⁾
5. L'IVASS provvede allo svolgimento delle attività previste al comma 3 con le risorse umane, strumentali e finanziarie disponibili a legislazione vigente. ⁽¹⁰⁷⁾

(102) Articolo aggiunto dall'[art. 1, comma 1, D.Lgs. 6 novembre 2007, n. 196](#), che ha aggiunto l'intero Titolo II 2-bis, a decorrere dal 10 novembre 2007.

(103) Commi così modificato dall' [art. 25, comma 1, lett. a\), L. 30 ottobre 2014, n. 161](#).