

CONSIGLIO ORDINE AWOCATI TORINO
COMMISSIONE SCIENTIFICA
COMMISSIONE PARI OPPORTUNITA



CORSO DI DIRITTO ANTIDISCRIMINATORIO

La discriminazione dei lavoratori con disabilità nei luoghi di lavoro

La normativa antidiscriminatoria comunitaria: Direttiva 2000/78 e giurisprudenza CGUE

La normativa antidiscriminatoria italiana: D.Lgs. 216/2003 e giurisprudenza interna

relatore:

**Federico Grillo Pasquarelli
Consigliere Sezione Lavoro
Corte d'Appello di Torino**

Nozione di disabilità

- **modello medico**: la persona con una menomazione è il problema il rimedio necessario è la cura o l'assistenza.
- **modello sociale**: la disabilità consiste nell'interazione negativa tra l'ambiente in cui vive e lavora il soggetto e la sua menomazione:

il paragrafo e) del Preambolo della **Convenzione ONU sui Diritti delle Persone Disabili** dichiara che “**la disabilità è il risultato dell'interazione tra persone con minorazioni e barriere attitudinali ed ambientali, che impedisce la loro piena ed efficace partecipazione nella società su una base di parità con gli altri**”.

l'art. 1(2) afferma che “**Le persone con disabilità includono quanti hanno minorazioni fisiche, mentali, intellettuali o sensoriali a lungo termine che in interazione con varie barriere possono impedire la loro piena ed effettiva partecipazione nella società su una base di eguaglianza con gli altri**”.

Nozione di disabilità nell'ordinamento italiano

non esiste una nozione unitaria di disabilità:

coesistono i concetti di

- **invalidità** (L. 222/1984: lesione alla capacità lavorativa specifica, con possibilità di svolgere altre attività lavorative),
- **inabilità o invalidità civile** (L. 18/1980 e L. 118/1971: perdita della capacità lavorativa generica),
- **handicap** (L. 104/1992: menomazione delle capacità psico-fisiche che incidono sulla vita quotidiana, anche se irrilevanti per la capacità lavorativa);
- l'ambito di applicazione della **L. 68/1999** riguarda le “persone in età lavorativa affette da minorazioni fisiche, psichiche o sensoriali e i portatori di handicap intellettuale, che comportino una riduzione della capacità lavorativa superiore al 45 per cento”.

La disabilità nel diritto comunitario

1998: Trattato di Amsterdam inserisce nel **Trattato UE l'art. 13**, clausola antidiscriminatoria che, per la prima volta pone **divieto di discriminazione**, oltre che per sesso, razza, origine etnica, religione, convinzioni personali, età, tendenze sessuali anche per **handicap**, e che delega il Consiglio a prendere i “provvedimenti opportuni” per combattere le discriminazioni.

2000: Carta di Nizza - Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea

Articolo 21 - Non discriminazione

È 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.

2000: Direttiva 2000/78 su lotta alle **discriminazioni fondate sulla religione o le convinzioni personali, gli handicap, l'età o le tendenze sessuali, per quanto concerne l'occupazione e le condizioni di lavoro**

Dalla tutela relativa alla tutela assoluta

Né il diritto UE né il diritto internazionale stabiliscono nuovi diritti dei disabili, ma guardano alla disabilità come una questione di diritti umani

Le nuove Direttive passano da una tutela antidiscriminatoria solo relativa (comparazione con un soggetto concreto che rappresenta la “normalità”) ad una tutela anche assoluta, distinguendo tra

- discriminazione diretta, in cui l'elemento a cui compararsi può essere non contestuale o anche meramente ipotetico e**
- discriminazione indiretta, in cui chi lamenta di essere discriminato non deve necessariamente avere sofferto un pregiudizio concreto e attuale ma può dimostrare la discriminazione attraverso l'uso di dati statistici**

Direttiva 2000/78/CE del 27 novembre 2000 – i “considerando”

la discriminazione può pregiudicare il conseguimento degli obiettivi del trattato CE, e in particolare il raggiungimento di un elevato livello di occupazione e di protezione sociale

non prescrive l'assunzione, la promozione o il mantenimento dell'occupazione né prevede la formazione di un individuo non competente, non capace o non disponibile a svolgere le funzioni essenziali del lavoro

impone agli Stati membri di prevedere misure appropriate, ossia misure efficaci e pratiche destinate a sistemare il luogo di lavoro in funzione dell'handicap, a meno che le misure in questione diano luogo a oneri finanziari sproporzionati.

una disparità di trattamento può essere giustificata quando una caratteristica collegata alla religione o alle convinzioni personali, a un handicap, all'età o alle tendenze sessuali **costituisce un requisito essenziale e determinante per lo svolgimento dell'attività lavorativa, a condizione che la finalità sia legittima e il requisito sia proporzionato**

La Direttiva fissa **requisiti minimi**, lasciando liberi gli Stati membri di introdurre o mantenere **disposizioni più favorevoli**; l'attuazione della Direttiva **non può servire da giustificazione per un regresso** rispetto alla situazione preesistente in ciascuno Stato membro.

Le vittime di discriminazione devono disporre di **mezzi adeguati di protezione legale**; il potere di avviare una procedura deve essere conferito anche alle **associazioni** o alle **persone giuridiche** per conto o a sostegno delle vittime; l'effettiva applicazione del principio della parità di trattamento richiede che **l'onere della prova sia posto a carico del convenuto**.

Direttiva 2000/78/CE del 27 novembre 2000 – definizioni

- **discriminazione diretta:** quando, per motivi connessi alla disabilità, una persona è trattata in modo meno favorevole di quanto sia, sia stata o sarebbe trattata una persona non disabile in una situazione analoga: il trattamento meno favorevole viene individuato attraverso una comparazione attuale (sia), passata (sia stata) o ipotetica (sarebbe stata).
- **discriminazione indiretta:** quando una disposizione, un criterio, una prassi, un atto, un patto o un comportamento apparentemente neutri mettono una persona con disabilità in una posizione di svantaggio rispetto ad altre persone.

due tipologie di giustificazione alla discriminazione indiretta, che si realizzano ove:

- **la disposizione, il criterio o la prassi siano oggettivamente giustificati da una finalità legittima e i mezzi impiegati per il loro conseguimento siano appropriati e necessari;**
- **nel caso di persone portatrici di un particolare handicap, il datore di lavoro sia obbligato dalla legislazione nazionale ad adottare misure adeguate per ovviare agli svantaggi provocati dalla disposizione, criterio o prassi.**

è irrilevante l'elemento soggettivo

molestie: comportamenti indesiderati, posti in essere per motivi connessi alla disabilità, che violano la dignità e la libertà di una persona con disabilità, ovvero creano un clima di intimidazione, di umiliazione e di ostilità nei suoi confronti.

Direttiva 2000/78/CE del 27 novembre 2000 - campo di applicazione

tutte le persone, sia del settore pubblico che del settore privato, compresi gli organismi di diritto pubblico, per quanto attiene:

a) alle condizioni di accesso all'occupazione e al lavoro, sia dipendente che autonomo, nonché alla promozione;

b) all'accesso a tutti i tipi e livelli di orientamento e formazione professionale;

c) all'occupazione e alle condizioni di lavoro, comprese le condizioni di licenziamento e la retribuzione;

d) all'affiliazione e all'attività in un'organizzazione di lavoratori o datori di lavoro.

Direttiva 2000/78/CE del 27 novembre 2000 - soluzioni ragionevoli

il datore di lavoro deve prendere i provvedimenti appropriati, in funzione delle esigenze delle situazioni concrete, per consentire ai disabili di accedere ad un lavoro, di svolgerlo o di avere una promozione o perché possano ricevere una formazione, a meno che tali provvedimenti richiedano da parte del datore di lavoro un onere finanziario sproporzionato.

se due individui hanno le stesse capacità e la soluzione ragionevole (es. adattamento del posto di lavoro all'utilizzo di una carrozzella) colloca il disabile in una situazione analoga rispetto ai non disabili, allora la comparazione è possibile e se il disabile continua a ricevere un trattamento meno favorevole (correlato alla disabilità) sussisterà una discriminazione diretta, salvo che il datore di lavoro dimostri che non è possibile adottare nessuna misura adeguata o che la stessa comporta un onere sproporzionato.

D.Lgs. 9 luglio 2003, n. 216 – Luci e ombre

artt. 1, 2 e primo comma dell'art. 3: il D.Lgs. 216/2003 riprende le definizioni di discriminazione diretta, discriminazione indiretta e molestie fornite dalla Direttiva, e conferma lo stesso campo di applicazione.

art. 3 - eccezioni al divieto di discriminazione: restano salve le norme vigenti relative alle **condizioni di ingresso, soggiorno e accesso al lavoro, assistenza e previdenza per gli stranieri e per gli apolidi**, quelle in materia di **sicurezza e protezione sociale, sicurezza pubblica, stato civile** nonché, per le **forze armate**, le disposizioni limitative riguardanti l'**età e l'handicap**.

art. 4, 1° comma, della Direttiva:

“gli Stati membri possono stabilire che una differenza di trattamento basata su una caratteristica correlata a uno qualunque dei motivi di cui all’articolo 1 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 la finalità sia legittima e il requisito proporzionato”.

art. 3, 3° comma, del D.Lgs.

“Nel rispetto dei principi di proporzionalità e ragionevolezza, e purché la finalità sia legittima, nell’ambito del rapporto di lavoro o dell’esercizio dell’attività di impresa, non costituiscono atti di discriminazione quelle differenze di trattamento dovute a caratteristiche connesse alla religione, alle convinzioni personali, all’handicap, all’età o all’orientamento sessuale di una persona, qualora, per la natura dell’attività lavorativa o per il contesto in cui essa viene espletata, si tratti di caratteristiche che costituiscono un requisito essenziale e determinante ai fini dello svolgimento dell’attività medesima”

- **L'art. 4, 1° comma, del D.Lgs. innova l'art. 15, ult. co., dello Statuto dei Lavoratori, che già sanciva la nullità di ogni atto o patto diretto a fini di discriminazione politica, religiosa, razziale, di lingua, di sesso. Ora a tali ipotesi si è aggiunta la discriminazione basata sul fatto di essere portatore di handicap, sull'età, sull'orientamento sessuale o sulle convinzioni personali.**
- la norma risulta più ampia grazie all'allargamento delle fattispecie in cui può determinarsi una discriminazione;
- **ma se l'eccezione prevista dall'art. 3, 3° comma, D.Lgs. 216/2003 si estende a tale norma, che non contemplava nessuna eccezione al principio di non discriminazione, ciò significa che la tutela del lavoratore precedente all'introduzione del D.Lgs. 216/2003 era più ampia: risulta violata la clausola di non regresso**

art. 5 della Direttiva

i datori di lavoro devono prendere **“provvedimenti appropriati, in funzione delle esigenze delle situazioni concrete, per consentire ai disabili di accedere ad un lavoro, di svolgerlo o di avere una promozione o perché possano ricevere una formazione, a meno che tali provvedimenti richiedano da parte del datore di lavoro un onere finanziario sproporzionato”**.

???

Manca del tutto, nel **D.Lgs. 216/2003**, il riferimento alle **soluzioni ragionevoli** per i disabili:
Si può supplire con l'interpretazione conforme?

CGUE 11.7.2006, C-13/05, Chacón Navas

utilizzando la nozione di «handicap» la Direttiva ha deliberatamente scelto un termine diverso da quello di «malattia». È quindi esclusa un'assimilazione pura e semplice delle due nozioni.

perché una limitazione possa rientrare nella nozione di «handicap» deve essere probabile che essa sia di lunga durata.

una persona che è stata licenziata dal suo datore di lavoro esclusivamente per causa di malattia non rientra nel quadro generale tracciato dalla Direttiva 2000/78 per lottare contro la discriminazione fondata sull'handicap.

la malattia in quanto tale non può essere considerata un motivo che si aggiunge a quelli in base ai quali la direttiva 2000/78 vieta qualsiasi discriminazione.

**Trib. Pistoia, ord. 3.12.2005, est. Calvani, in causa
Min. Giustizia/N., in Foro It. 2006, I, 1206**

**il datore di lavoro non è tenuto ad eliminare le eventuali
situazioni di disagio che derivino al disabile dalla sua
condizione di invalido civile, mentre è tenuto ad evitare
atti e comportamenti che possano creargli disagio in
ragione del suo stato.**

CGUE 17.7.2008, C-303/06, Coleman

non risulta che il principio della parità di trattamento che la Direttiva mira a garantire sia limitato alle persone esse stesse disabili

il principio della parità di trattamento si applica non in relazione ad una determinata categoria di persone, bensì sulla scorta dei motivi indicati all'art. 1 (religione, convinzioni personali, handicap, età e orientamento sessuale)

il divieto di discriminazione diretta previsto dalla Direttiva 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 egli presta la parte essenziale delle cure di cui quest'ultimo ha bisogno, un siffatto trattamento viola il divieto di discriminazione diretta

**Trib. Pavia, ord. 19.9.2009, est. Ferrari, in causa
M./INPS, D&L 2009, 770**

la disposizione di legge (art. 4, comma 2, L. 53/2000) che espressamente esclude la computabilità, nell'anzianità di servizio, del periodo di aspettativa non retribuita usufruito dal lavoratore per accudire un parente disabile, costituisce una discriminazione diretta, non sorretta da alcuna finalità legittima e giustificabile; pertanto deve essere disapplicata per contrasto con la Direttiva 2000/78, come interpretata dalla CGUE nella sentenza Coleman

Trib. Napoli 29.12.2008, est. D'Ancona, in causa V.P./ASL Napoli 1, D&L 2009, 190

- fisioterapisti non vedenti: non erano mai stati nominati “referenti”
- non era loro consentito effettuare lavoro straordinario
- il Tribunale ha individuato nell’attività dell’ASL un comportamento di **discriminazione indiretta, attuato mediante l’esclusione immotivata di tutti i ricorrenti dall’attività di referenti ed ha pertanto ordinato all’ASL di inserire uno o più ricorrenti tra i referenti di gruppi di fisioterapisti**
- **i ricorrenti beneficiavano del permesso ex art. 33, 6° comma, L. 104/1992, che consente ai portatori di handicap grave di anticipare il termine del turno ordinario di lavoro di due ore tale permesso è incompatibile con la prestazione di lavoro straordinario**
c’è un preciso ostacolo, di ordine giuridico e pratico, che impedisce all’ASL di impiegare i ricorrenti nei turni di lavoro straordinario: non sussiste discriminazione

Le azioni in giudizio – rito applicabile

fino al 6.10.2011

art. 44 D.Lgs. 286/1998 (T.U. sull'immigrazione),

procedimento sommario,
disciplinato dalle norme sui
procedimenti in camera di
consiglio

ordinanza

reclamo al Tribunale in
composizione collegiale

dal 7.10.2011

D.Lgs. 1°9.2011 n. 150

(**“semplificazione** dei
procedimenti civili di cognizione”):

**le controversie in materia di
discriminazione sono regolate
dal rito sommario di cognizione
(artt. 702-bis, ter e quater del
c.p.c.)**

**il ricorso al rito sommario di
cognizione nei casi di
discriminazione non è
facoltativo:** non si applica il terzo
comma dell'art. 702 c.p.c.
(fissazione dell'udienza ex 183
c.p.c. e mutamento del rito)

Competenza: Tribunale, in composizione monocratica, del luogo di domicilio del ricorrente,

L'azione contro le discriminazioni può essere fatta valere tanto **nei confronti dei privati** quanto **nei confronti della p.A.**

La giurisdizione è del giudice ordinario

Il soggetto che assume di essere stato discriminato **può stare in giudizio personalmente, ma solo per il primo grado di giudizio**

Legittimazione ad agire: anche organizzazioni sindacali e associazioni rappresentative dei diritti lesi

- **in forza di delega in nome e per conto o a sostegno del soggetto passivo della discriminazione”**
- **in via autonoma nei casi di discriminazione collettiva**

Onere della prova

art. 10 della Direttiva

gli Stati membri devono prevedere un meccanismo probatorio che richiede alla parte attrice soltanto di “esporre fatti dai quali si può presumere che vi sia stata una discriminazione diretta o indiretta” e addossa alla parte chiamata in giudizio l’onere di provare l’insussistenza del carattere discriminatorio della sua azione o, addirittura, l’insussistenza della stessa azione

inversione dell’onere probatorio

art. 4 del D.Lgs. 216/2003

“Quando il ricorrente fornisce elementi di fatto **idonei a fondare, in termini gravi, precisi e concordanti, la presunzione** dell’esistenza di atti, patti o comportamenti discriminatori, spetta al convenuto l’onere di provare l’insussistenza della discriminazione”

art. 28 del D.Lgs. 150/2011

“Quando il ricorrente fornisce elementi di fatto, **desunti anche da dati di carattere statistico, dai quali si può presumere** l’esistenza di atti, patti o comportamenti discriminatori ...”.

Decisione

Con l'ordinanza che definisce il giudizio, **il Giudice**

ordina la cessazione del comportamento, della condotta o dell'atto discriminatorio pregiudizievole.

può ordinare un *facere* anche alla pubblica Amministrazione:

può condannare al risarcimento del danno, anche non patrimoniale, con una tutela rinforzata contro le ritorsioni:

“ai fini della liquidazione del danno, il giudice tiene conto del fatto che l'atto o il comportamento discriminatorio costituiscono ritorsione ad una precedente azione giudiziale ovvero ingiusta reazione ad una precedente attività del soggetto leso volta ad ottenere il rispetto del principio della parità di trattamento”

Il giudice può inoltre

ordinare l'adozione di un piano per l'eliminazione delle discriminazioni, da eseguirsi entro un termine determinato.

nei casi di comportamento discriminatorio di carattere collettivo, il piano è adottato sentito l'ente collettivo ricorrente

ordinare la pubblicazione del provvedimento, per una sola volta, su un quotidiano a tiratura nazionale.

Il legislatore del 2011, invece, non richiama il comma 8 dello stesso art. 44 D.Lgs. 298/1998, che prevede la **sanzione penale** ai sensi dell'art. 388, primo comma, c.p. a carico di chi elude l'esecuzione di provvedimenti resi dal giudice, diversi dalla condanna al risarcimento del danno

Grazie per l'attenzione!

Presentazione a cura di
Ludovico Grillo Pasquarelli