

Commissione scientifica

Commissione Pari Opportunità

Ordine Avvocati Torino

Discriminazioni fondate sull'età

Corso specialistico di 2° livello

6 febbraio 2014

Avv. Gaetano De Luca

*“Possibili relazioni tra la tutela
antidiscriminatoria per età e per disabilità”*

Quadro normativo di riferimento

- Convenzione Onu sui diritti delle persone con disabilità (13 dicembre 2006)
- Art. 13 Trattato Ue (come modificato da Trattato Amsterdam 1997)
- Direttiva 2000/78/CE
- Art. 3 Costituzione Italiana
- Legge 67/2006
- Decreto Legislativo 216/2003
- Legge 104/1992

Il diritto antidiscriminatorio come base giuridica del c.d. modello sociale della disabilità

Il diritto antidiscriminatorio costituisce lo strumento giuridico per garantire l'affermazione di un nuovo approccio culturale secondo cui ***La disabilità non è un fattore solo soggettivo, bensì è influenzata da fattori sociali e personali***

Modello sociale:riferimenti normativi

*La **Convenzione Onu** riconosce che "la disabilità è un concetto in evoluzione e che 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 equità con gli altri".*

La disabilità secondo la Convenzione Onu (Art. 1)

Per persone con disabilità si intendono coloro che presentano durature menomazioni fisiche, mentali, intellettuali o sensoriali che in interazione con barriere di diversa natura possono ostacolare la loro piena ed effettiva partecipazione nella società su base di uguaglianza con gli altri

Nozione di handicap nel diritto comunitario (Corte Ue 11.7.2006 – Chacon Navas)

la nozione di «handicap» va intesa come un limite che deriva da minorazioni fisiche, mentali o psichiche e che ostacola la partecipazione della persona considerata alla vita professionale

Viene esclusa una equiparazione tra malattia e handicap

Perché una limitazione possa rientrare nella nozione di handicap deve essere di lunga durata

Corte Ue 11 aprile 2013

la nozione di «handicap» deve essere intesa nel senso che si riferisce ad una limitazione, risultante in particolare da menomazioni fisiche, mentali o psichiche, che, in interazione con barriere di diversa natura, può ostacolare la piena ed effettiva partecipazione della persona interessata alla vita professionale su base di uguaglianza con gli altri lavoratori

le menomazioni fisiche, mentali, intellettuali o sensoriali debbano essere «durature».

Corte Ue 11 aprile 2013

- non risulta che la direttiva 2000/78 miri a coprire unicamente gli handicap congeniti o derivanti da incidenti, escludendo quelli cagionati da una malattia
- Pertanto, si deve constatare che, se una **malattia**, curabile o incurabile, comporta una limitazione, risultante in particolare da menomazioni fisiche, mentali o psichiche, che, in interazione con barriere di diversa natura, può ostacolare la piena ed effettiva partecipazione della persona interessata alla vita professionale su base di uguaglianza con gli altri lavoratori e **se tale limitazione è di lunga durata**, una siffatta malattia può ricadere nella nozione di «handicap» ai sensi della direttiva 2000/78.

La discriminazione secondo l'Onu

*“per discriminazione fondata sulla disabilità si intende qualsivoglia distinzione, esclusione o restrizione sulla base della disabilità che abbia lo scopo o l’effetto di pregiudicare o annullare il riconoscimento, il godimento e l’esercizio, su base di eguaglianza con gli altri, di tutti i diritti umani e libertà fondamentali in campo politico, economico, sociale, culturale, civile o in qualsiasi altro campo. **Essa include ogni forma di discriminazione, compreso il rifiuto di un accomodamento ragionevole.”***

Accomodamento ragionevole

“Per accomodamento ragionevole si intendono le modifiche e gli adattamenti necessari ed appropriati che non impongano un onere sproporzionato o eccessivo, adottati – ove ve ne sia necessità in casi particolari - per garantire alle pcd il godimento e l’esercizio, su base di uguaglianza con gli altri, di tutti i diritti umani e delle libertà fondamentali”

Nella direttiva 78 si parla di soluzioni ragionevoli

Campo di applicazione soggettivo

Direttiva 78

- Il divieto di discriminazione riguarda non solo i lavoratori con disabilità ma anche i lavoratori non disabili che vengono discriminati a causa della disabilità delle persone con cui entrano in relazione (Corte Giustizia CE 17.7.2008 – Caso Coleman)
- La normativa non fa alcun riferimento alla certificazione in via amministrativa della disabilità (Tribunale Roma 14.11.2008).

Direttiva 78/2000

La presente direttiva 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 ad effettuare le funzioni essenziali del lavoro in questione, fermo restando l'obbligo di prevedere una soluzione appropriata per i disabili (considerando 17)

SOLUZIONI RAGIONEVOLI

art. 5 direttiva

Per garantire il rispetto del principio della parità di trattamento dei disabili, sono previste **soluzioni ragionevoli**. Ciò significa che il datore di lavoro prende 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**. Tale soluzione non è sproporzionata allorché l'onere è compensato in modo sufficiente da misure esistenti nel quadro della politica dello Stato membro a favore dei disabili.

Soluzioni ragionevoli – considerando direttiva

16. La messa a punto di misure per tener conto dei bisogni dei disabili sul luogo di lavoro ha un ruolo importante nel combattere la discriminazione basata sull'handicap
20. È opportuno prevedere misure appropriate, ossia misure efficaci e pratiche destinate a sistemare il luogo di lavoro in funzione dell'handicap, ad esempio sistemando i locali o adattando le attrezzature, i ritmi di lavoro, la ripartizione dei compiti o fornendo mezzi di formazione o di inquadramento.

Onere finanziario sproporzionato

Considerando 21 direttiva:

Per determinare se le misure in questione danno luogo a oneri finanziari sproporzionati, è necessario tener conto in particolare dei costi finanziari o di altro tipo che esse comportano, delle dimensioni e delle risorse finanziarie dell'organizzazione o dell'impresa e della possibilità di ottenere fondi pubblici o altre sovvenzioni.

La novità del Decreto Lavoro (DL 28.6.2013 n. 76) dopo la condanna dell'Italia

- E' stato aggiunto una disposizione al Dlgs 216.2003
- Art. 3 bis “Al fine di garantire il rispetto del principio della parità di trattamento delle persone con disabilità, i datori di lavoro pubblici e privati sono tenuti ad adottare accomodamenti ragionevoli, come definiti dalla Convenzione Onu..., nei luoghi di lavoro, per garantire alle persone con disabilità la piena eguaglianza con gli altri lavoratori”

Direttiva: cause di giustificazione

1. In casi strettamente limitati una disparità di trattamento può essere giustificata quando una caratteristica collegata ad un handicap costituisce un requisito essenziale e determinante per lo svolgimento dell'attività lavorativa, a condizione che la finalità sia legittima ed il requisito sia proporzionato (considerando 23)
2. Non costituiscono discriminazione indiretta quei criteri neutri che pur mettendo in posizione di particolare svantaggio un lavoratore disabile sono oggettivamente giustificati da una finalità legittima perseguita attraverso mezzi appropriati e necessari (art. 2 comma 2)

Divieto di discriminazione per età e per disabilità: Differenze e analogie

1. Campo di applicazione oggettivo:
 - Il divieto di discriminazione per disabilità è applicabile in tutti gli ambiti della vita
 - Nel lavoro, specifici **campi di esenzione** comuni (forze armate)
2. **Cause di giustificazione** nella Direttiva 78 (non sono ammesse cause di giustificazioni ai trattamenti differenziati direttamente basati sulla disabilità).

Divieto di discriminazione per età e per disabilità: Differenze

3. Al di fuori dell'ambito lavorativo, il divieto di discriminazione indiretta per motivi di disabilità non incontra alcuna espressa causa di giustificazione.
4. La tutela antidiscriminatoria della disabilità si basa principalmente sullo strumento delle **soluzioni ragionevoli** o accomodamenti ragionevoli (art. 5 Direttiva 78.2000, Convenzione Onu, Art. 9 D.l. 76.2013 convertito in Legge 99.2013)

Cause di giustificazione (art. 4 Direttiva 78)

“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 ai sensi dell'articolo 2 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” (art. 3 comma 3 Dlgs 216.2003)

Cause di giustificazione generale alle discriminazioni indirette

“Non costituiscono, comunque, atti di discriminazione ai sensi dell'articolo 2 quelle differenze di trattamento che, pur risultando indirettamente discriminatorie, siano giustificate oggettivamente da finalità legittime perseguite attraverso mezzi appropriati e necessari” (art. 3 comma 6 Dlgs 216.2003)

Cause di giustificazione specifiche per l'età (art. 6 e considerando 25 Direttiva 78)

gli Stati membri possono prevedere che le disparità di trattamento in ragione dell'età non costituiscano discriminazione laddove esse siano oggettivamente e **ragionevolmente giustificate**, nell'ambito del diritto nazionale, da una **finalità legittima**, compresi giustificati obiettivi di politica del lavoro, di mercato del lavoro e di formazione professionale, e i **mezzi** per il conseguimento di tale finalità siano **appropriati** e **necessari**.

Costituisce una **eccezionale** giustificazione delle discriminazioni dirette per età !!!!

Possibili disparità di trattamento per età legittime (art. 6 Dir. 78)

Tali disparità di trattamento possono comprendere in particolare:

- a) la definizione di condizioni speciali di accesso all'occupazione e alla formazione professionale, di occupazione e di lavoro, comprese le **condizioni di licenziamento e di retribuzione**, per i **giovani**, i **lavoratori anziani** e i lavoratori con persone a carico, onde favorire l'inserimento professionale o assicurare la protezione degli stessi;
- b) la fissazione di condizioni minime di età, di esperienza professionale o di anzianità di lavoro per l'accesso all'occupazione o a taluni vantaggi connessi all'occupazione;
- c) la fissazione di un'età massima per l'assunzione basata sulle condizioni di formazione richieste per il lavoro in questione o la necessità di un ragionevole periodo di lavoro prima del pensionamento.

Cause di giustificazione specifiche per l'età (art. 3 c. 4 bis e ter Dlgs 216)

“4-bis. Sono fatte salve le disposizioni che prevedono trattamenti differenziati in ragione dell'**età** dei lavoratori e in particolare quelle che disciplinano:

- a) la definizione di condizioni speciali di accesso all'occupazione e alla formazione professionale, di occupazione e di lavoro, comprese le condizioni di licenziamento e di retribuzione, per i **giovani**, i lavoratori **anziani** e i lavoratori con persone a carico, allo scopo di favorire l'inserimento professionale o di assicurare la protezione degli stessi;
- b) la fissazione di **condizioni minime di età**, di esperienza professionale o di anzianità di lavoro per l'accesso all'occupazione o a taluni vantaggi connessi all'occupazione;
- c) la fissazione di un'**età massima per l'assunzione**, basata sulle condizioni di formazione richieste per il lavoro in questione o sulla necessità di un ragionevole periodo di lavoro prima del pensionamento

4-ter. Le disposizioni di cui al comma 4-bis sono fatte salve purché siano oggettivamente e ragionevolmente giustificate da finalità legittime, quali giustificati obiettivi della politica del lavoro, del mercato del lavoro e della formazione professionale, qualora i mezzi per il conseguimento di tali finalità siano appropriati e necessari

Quando il trattamento differenziato per età non viene considerato discriminazione?

Occorre sempre verificare quali siano le finalità delle norme che prevedono tali differenze di trattamento, ma soprattutto se il mezzo prescelto per la realizzazione di tale finalità sia appropriato e necessario

Sanzione: revoca benefici e appalti pubblici

Art. 11 Dlgs 286.1998 richiamato da art. 4 co. 2 Dlgs 216.2003:

Ogni accertamento di atti o comportamenti discriminatori posti in essere da imprese alle quali siano stati accordati benefici ai sensi delle leggi vigenti dello Stato o delle regioni, ovvero che abbiano stipulato contratti di appalto attinenti all'esecuzione di opere pubbliche, di servizi o di forniture, è immediatamente comunicato alle amministrazioni pubbliche o enti pubblici che abbiano disposto la concessione del beneficio, incluse le agevolazioni finanziarie o creditizie, o dell'appalto. Tali amministrazioni, o enti revocano il beneficio e, nei casi più gravi, dispongono l'esclusione del responsabile per due anni da qualsiasi ulteriore concessione di agevolazioni finanziarie o creditizie, ovvero da qualsiasi appalto

Il nuovo regime probatorio

Art. 28 Dlgs 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, **spetta al convenuto l'onere di provare l'insussistenza della discriminazione.** I dati di carattere statistico possono essere relativi anche alle assunzioni, ai regimi contributivi, all'assegnazione delle mansioni e qualifiche, ai trasferimenti, alla progressione in carriera e ai licenziamenti dell'azienda interessata.”

Giurisprudenza Corte Giustizia Ue

- Caso Chacon Navas – 11 luglio 2006 – disabilità e malattia
- Caso Coleman – 17 luglio 2008 – caregivers
- Caso HK Danmark – 11 aprile 2013 – soluzioni ragionevoli
- Caso Commissione UE contro Italia – 4 luglio 2013 – inadempimento direttiva

Alcuni precedenti giurisprudenziali

Tribunale Napoli 31.5.2012

Integra una discriminazione indiretta in ragione della disabilità il comportamento di una P.a. che, dopo aver bandito tra i dipendenti una selezione per progressione orizzontale, preveda quale unico modo di accedere alla procedura quello informatico, con ciò rendendo impossibile la trasmissione della domanda da parte di un lavoratore non vedente

(segue) Tribunale Napoli 31.5.2012

- E' compito e onere del datore di lavoro valutare tutte le situazioni concrete e adottare atti volti a rimuovere gli ostacoli alla effettiva parità di trattamento, come prevede l'art. 5 della Direttiva Europea
- Della rimozione delle diseguaglianze nelle condizioni di lavoro (nella specie derivanti dalla disabilità) deve farsi carico il datore di lavoro e non già il dipendente
- Non aver adottato azioni positive per tener conto dei bisogni del lavoratore disabile costituisce dunque una discriminazione indiretta

Tribunale Milano 10.1.2011

Ha accertato e dichiarato la natura discriminatoria della inadeguata assegnazione delle ore di sostegno

“La scelta discrezionale dell’amministrazione scolastica di ridurre le ore di sostegno agli studenti disabili è idonea a concretare una discriminazione indiretta vietata dalla Legge 67.2006 ogni qualvolta essa non si accompagni ad una corrispondente identica contrazione della fruizione del diritto allo studio anche per tutti gli altri studenti normodotati”

Tribunale Roma 22.10.2011

- La L.67 tutela la pcd da qls comportamento che di fatto lo ponga in una condizione di esclusione ed emarginazione rispetto al contesto in cui agisce
- La legge 67 deve essere applicata in coordinamento con i principi costituzionali e con la **Convenzione Onu** che costituisce la **cornice giuridico-culturale** di riferimento di tutto il sistema normativo a tutela dei disabili
- La mancata adozione di **accomodamenti ragionevoli** costituisce di per sé una discriminazione vietata

(segue) Tribunale Roma 22.10.2011

- Una discriminazione può essere configurata anche nel caso in cui tutti i soggetti vengano trattati nello stesso modo, senza tenere conto delle differenze personali, a condizione che l'adattamento necessario per la rimozione degli ostacoli non comporti un onere sproporzionato o eccessivo
- Ogni condotta anche omissiva dell'amministrazione che non provveda, ove ragionevolmente possibile ad eliminare i predetti ostacoli deve essere necessariamente ricondotta alla nozione di discriminazione indiretta

Licenziamento di lavoratore con disabilità

In virtù delle indicazioni provenienti dalla Corte di Giustizia Europea (11 luglio 2006 -caso Chacòn Navas) il licenziamento è legittimo quando sia giustificato dal fatto che tale lavoratore sia incompetente e incapace a svolgere le mansioni, tenuto conto dell'obbligo di adottare soluzioni ragionevoli

Altri casi

- Gite scolastiche
- Idoneità adozione internazionale
- Cittadinanza a persona con disabilità intellettuale
- Limitazioni patente
- Mancata predisposizione progetto di vita

Alcune questioni aperte

- Legittimità delle normative che prevedono un'incidenza negativa su ferie, tredicesima, e pensioni dei permessi e dei congedi per assistere le persone con disabilità. Si potrebbe configurare in questo caso una discriminazione indiretta?
- Periodo di comportamento differente per i lavoratori con disabilità?
- Adeguamento orario di lavoro ai bisogni dei lavoratori che assistono parenti con disabilità?
- Le discriminazioni incrociate o multiple (es. le lavoratrici che si occupano della cura di anziani e disabili)