

PROVARE LA DISCRIMINAZIONE

Seminario ERA, Milano 5.10.2023

avv. Alberto Guariso

www.studiodirittielavoro.it

1

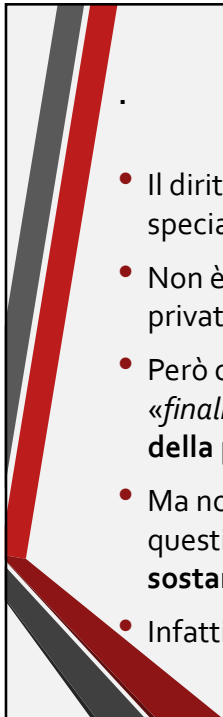
1

La ripartizione dell'onere della prova è una «tecnica processuale» ?

- Se anche così fosse, sarebbe da affrontare guardando al diritto dell'Unione..
- ...che non interviene sulle regole processuali, ma pretende **RIMEDI (complessivamente intesi)** effettivi, proporzionati, dissuasivi; tra questi gli strumenti giurisdizionali.
- Una corretta distribuzione dell'onere della prova appartiene sicuramente all'ambito dei **RIMEDI**
- Cfr. art. 17, direttiva 2006/54; art. 7 direttiva 2000/43, art. 9 direttiva 2000/78; art. 8 direttiva 2004/113; art. 14 direttiva 2023/970
- « *Gli Stati membri provvedono affinché tutte le persone che si ritengono lese, in seguito alla mancata applicazione nei loro confronti del principio di parità di trattamento, possano accedere, ... a procedure giurisdizionali finalizzate all'esecuzione degli obblighi derivanti dalla presente direttiva anche dopo la cessazione del rapporto nell'ambito del quale si sarebbe prodotta la discriminazione* » la direttiva 2023/970 aggiunge «**PROCEDURE FACILMENTE ACCESSIBILI**»

2

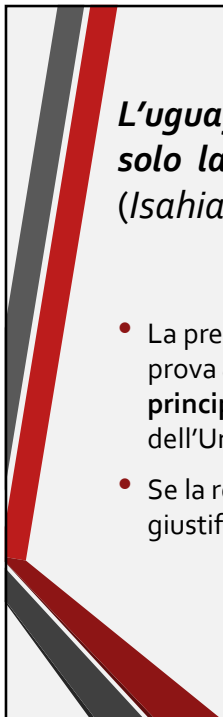
2



- Il diritto dell'Unione richiede dunque un «processo speciale» ?
- Non è detto (ad es. in Italia il dipendente pubblico non privatizzato non ha un procedimento speciale).
- Però certamente richiede una procedura giurisdizionale «finalizzata a...»; **la scelta sulla distribuzione dell'onere della prova è «finalizzata a..»**
- Ma non è solo questo. La questione della prova **non è** una questione di tecnica processuale, ma di **diritto sostanziale**
- Infatti

3

3



L'uguaglianza non ha bisogno di giustificazioni, solo la disuguaglianza deve fornire una ragione (Isahia Berlin)

- La previsione, in materia di discriminazione, di un regime della prova **diverso** da quello ordinario è collegata alla **centralità del principio di uguaglianza**, che è principio generale di diritto dell'Unione.
- Se la regola è l'uguaglianza, ciò che va spiegato, provato, giustificato è **la differenza**.

4

4

- **Una conferma nel diritto italiano:**

il regime della prova **non dipende dal rito**. Cfr. *Cass. 5 giugno 2013 n. 14206*; *Cass. 26.2.2021 n. 5476*.

- **Una conferma nel diritto dell'Unione**

"L'intento di efficacia che in tal modo sottostà alla direttiva deve portare ad interpretare quest'ultima nel senso che comporta adeguamenti alle regole nazionali relative all'onere della prova nelle situazioni specifiche in cui tali adeguamenti sono **indispensabili all'attuazione effettiva del principio di parità.**" (CGUE, *Danfoss*, C-109/88, Sentenza del 17.10.1989, par. 14)

"...I lavoratori...non avrebbero modo di far rispettare il principio della parità delle retribuzioni dinanzi al giudice nazionale, se il fornire elementi che consentono di presumere una discriminazione non avesse la conseguenza d'imporre al datore di lavoro l'onere di provare che la disparità salariale non è in realtà discriminatoria." (CGUE, *Enderby*, C-127/92, Sentenza del 27.10.1993, par. 18)

- **Senza un diverso regime dell'onere, nessuna uguaglianza possibile**

5

5

I principi delle direttive

*«Gli Stati membri devono garantire che spetti alla parte convenuta l'onere di provare l'insussistenza della discriminazione qualora chi si ritiene leso dalla violazione del principio di parità di trattamento abbia prodotto **elementi di fatto in base ai quali si possa presumere che vi sia stata discriminazione diretta o indiretta**»*

- Così l'art. 19 Direttiva 2006/54
- Così l'art. 8 direttiva 2000/43, art. 10 direttiva 2000/78, art. 9 direttiva 2004/113 (precisano che la regola si applica **anche alle azioni promosse da enti e associazioni** ai sensi della direttiva).

6

6

Definizioni e interrogativi - 1

- La presunzione è il meccanismo logico mediante il quale da fatti noti si risale al fatto ignoto. Ma qual è il «fatto ignoto» che si deve accertare mediante presunzioni ?
- **Non** il trattamento svantaggioso, **non** l'appartenenza al gruppo protetto: la prova di questi rimane a carico dell'attore secondo le regole ordinarie (Cass.3361/2023)
- **Il collegamento tra i due (cioè che lo svantaggio sia avvenuto «a causa» della appartenenza) è oggetto della prova presuntiva.**
- Una volta indicati «i fatti dai quali...» l'onere si sposta a carico del convenuto.
- (NB: talvolta anche la prova dello dello svantaggio non è semplice - vedi il caso CGUE *Minoo Schuch-Ghannadan* 3.10.19 C-274/18, d'ora in poi *Minoo*)

7

7

Definizione e interrogativi – 2

- Il momento in cui l'onere si sposta è rimesso agli ordinamenti nazionali, che possono valorizzare la prova statistica (CGUE *Minoo* punto 46; *Kelly* p. 31)
- È un onere **asimmetrico**: l'onere a carico del datore di lavoro è pieno, cioè deve dimostrare che la scelta «*sarebbe stata operata con i medesimi parametri nei confronti di qualsiasi lavoratore privo del fattore di rischio, che si fosse trovato nella stessa posizione*» (Cass. 1/2020).
- Non è necessario che i «*fatti in base ai quali si può presumere...*» esauriscano ogni possibile significato e siano incompatibili con una diversa conclusione: è sufficiente che il collegamento sia il più plausibile secondo regole di comune esperienza. Può esserci un «*marginale di incertezza*» (Cass. 1/2020); è sufficiente una «*apparenza di discriminazione*» (CGUE *Minoo*, punto 51)
- L'uso del plurale («*fatti*») non impone che i «*fatti*» siano più di uno (ma Cass. 14206/2013 lo ritiene invece necessario, riferendosi al Codice Pari Opportunità)

8

8

Definizione e interrogativi – 3

- Le «dichiarazioni» sono un elemento di prova ? **SI** (CGUE *Chez* p. 80 e ss.) lo «stigma sociale » manifestato nei confronti del gruppo protetto, può concorrere a dimostrare il collegamento.
- La «falsità» del motivo dichiarato è un elemento di prova ? **SI**, vedi il caso del motivo di licenziamento
- Il dato statistico è un elemento per costruire la presunzione ? Sicuramente **SI** anche se le direttive non lo citano (CGUE *Minoo*, p. 46); l'ordinamento italiano lo cita fin troppo (vedi ad es. art. 28, comma 4, Dlgs 150/2011: «...elementi di fatto, desunti anche da dati di carattere statistico...»)
- **Ma quanto rileva il dato statistico ?**

9

9

I dati statistici - 1

- **Cass. 5.6.2013 n. 14206** = «**sopravvalutazione**» **del dato statistico** : *«il riferimento al dato statistico è significativo della serietà che deve caratterizzare gli elementi su cui fondare il ragionamento probabilistico (una prova statistica, infatti, ancorchè non caratterizzata da un rigore scientifico cui resisti non potest non può che essere caratterizzata, ai fini della controllabilità globale dei risultati, da una chiara esplicitazione delle modalità di rilevazione, dalla misurazione oggettiva e quantitativa dei fenomeni, da chiare modalità di presentazione delle informazioni).*

10

10

I dati statistici – 2

Cass. 7.3.2022 n. 7415 = svalutazione del dato statistico «non è previsto che i dati possano assurgere ad autonoma fonte di prova» ;

Oppure **Cass. 3.2.23 n. 3361**: annullamento sentenza perché non aveva considerato un dato di 1 a 200.

Oppure **Trib. Roma decr. 23.3.2022 ITA/AIRWAYS** : percentuale di gravidanze generale e percentuale di donne in gravidanza tra le assunte

Oppure **Trib. Milano 12.6.2023**: mancato rinnovo contratto a termine, 1 su 3

- Quindi? Un effetto variabile, ma tre certezze:

1) Evitare il «paradosso dell'ombrello» : la correlazione non implica CAUSALITA'; può essere correlazione CASUALE (vedi grafico seg.).

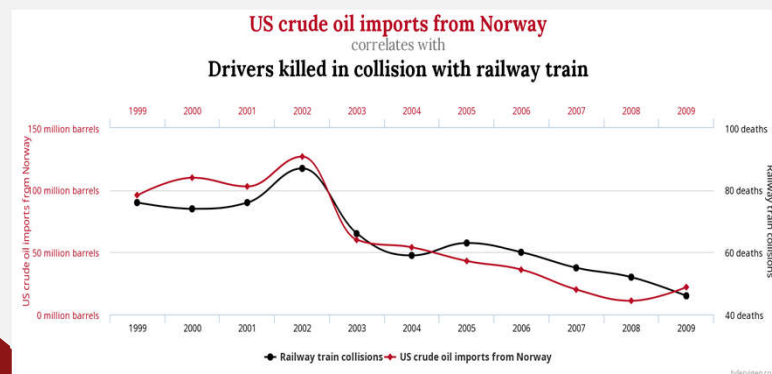
«*occorre che i dati statistici non riflettano fenomeni puramente fortuiti o congiunturali e che, in generale, appaiano significativi*»
(CGUE 3.10.2019 C-274/18)

11

11

Correlazione, causalità, casualità'

- "Importazione di petrolio dalla Norvegia e andamento degli scontri tra auto e treni"



12

I dati statistici - 3

Ciò non significa che dobbiamo trovare una correlazione **causale**: è una correlazione «oggettiva» (la percentuale di donne nei lavori part-time è più elevata, ma non significa che essere donna sia la «causa» del trattamento svantaggioso); **può quindi essere qualcosa di meno della correlazione causale**: tuttavia la correlazione non deve essere «*fortuita o congiunturale*»

2) Ciò che conta è la differenza.

La percentuale di appartenenti al gruppo protetto che resta svantaggiata può anche essere modesta, ciò che rileva è la DIFFERENZA con la percentuale di appartenenti al gruppo non protetto (ancora CGUE *Minoo* punto 47).

- Es. Il caso dei requisiti di lungo-residenza in relazione al fattore nazionalità.

13

13

I dati statistici - 4

3) E se i dati non ci sono o sono difficilmente reperibili ?

L'onere di fornirli per mostrare «l'apparenza di discriminazione» viene meno, perché se venisse richiesta una «prova impossibile» sarebbe compromesso l'effetto utile della direttiva (CGUE *Minoo* punto 57)

*«L'articolo 19 direttiva 2006/54 va interpretato nel senso che NON impone alla parte che si ritiene lesa...di produrre, per stabilire un'apparenza di discriminazione, statistiche o fatti precisi relativi ai lavoratori interessati dalla normativa nazionale in oggetto **se detta parte non ha accesso o ha accesso solo difficilmente a tali statistiche o fatti**»* (dispositivo *Minoo*)

Nell'ordinamento italiano, questo è stato tradotto con il principio di «vicinanza della prova»

14

14

La vicinanza della prova

“Tale principio muove dalla considerazione che spesso una parte può incontrare difficoltà, spesso insuperabili, per soddisfare l'onere della prova che perciò, in concreto, viene ripartito tenendo conto della possibilità per l'uno o per l'altro soggetto di provare fatti e circostanze che ricadono nelle rispettive sfere di azione e risponde ad una finalità di agevolare e rendere efficace ed effettivo il processo, supplendo alla carenza probatoria mediante criteri indiziari e presuntivi, di cui può avvalersi il soggetto debole del rapporto nei confronti della parte prossima alla fonte prova e in posizione strategicamente privilegiata, nell'intento di recuperare l'equilibrio di posizioni tra le parti in causa, al fine di assicurare un giusto processo in condizioni di parità tra i contendenti, secondo il dettato dell'art. 111 Cost. e dell'art. 47 Carta di Nizza (= diritto a un ricorso effettivo e a un giudice imparziale).[Cass. 26.2.2021 n. 5476](#)”

5476

15

15

Nota: l'anomalia dell'ordinamento italiano

Per tutti i fattori di discriminazione il recepimento delle direttive è corretto ed è contenuto nell'art. 28 dlgs 150(2011 («fatti ..dai quali si può presumere...»))

Per la sola discriminazione di genere in ambito lavorativo (art. 40 Codice Pari Opportunità) la formula è diversa: «*elementi di fatto, ...idonei a fondare, in termini precisi e concordanti la presunzione..*» della discriminazione.

Ma quando recepirà la direttiva 2023/970 dovrà applicare, in materia salariale, la formulazione generale contenuta nelle direttive.

16

16

Due questioni nuove:

1) la discriminazione da «omessa informazione»

- Art. 18, par. 2 direttiva 2023/970
- Qualora un datore di lavoro non abbia attuato gli obblighi in materia di trasparenza retributiva di cui agli art. 5, 6, 7,9, 10 gli Stati membri provvedono affinché spetti al datore di lavoro dimostrare, nei procedimenti amministrativi e giudiziari, riguardanti una presunta discriminazione retributiva diretta o indiretta, che non vi è stata una discriminazione. La parte ricorrente beneficia di qualsiasi dubbio residuale»*
- Art. 5 = informazioni al candidato prima della assunzione
 - Art. 6 = informazioni a tutti i dipendenti sui criteri per determinare le retribuzioni e sulla progressione economica
 - Art. 7 = informazioni ai lavoratori (tramite sindacati o organismi di parità) sui livelli retributivi medi
 - Art. 9 = informazioni sul divario retributivo a sindacati, ispettorato, organismi parità.
 - Art. 10 = Obbligo di valutazione congiunta con i sindacati
- **Quindi l'inversione può avvenire in molti casi**

17

- È molto più di quello già affermato in Meinster C-415/10, 19.4.2012 e Kelly cit.
- E' diverso dalla ordinaria «inversione» dell'onere della prova. E' una **equiparazione ex lege** del silenzio al «fatto idoneo a far presumere»
- Effetti nel diritto italiano ? Il rapporto sulla situazione del personale ex art. 46 CPO e sulla certificazione di parità ex art. 46bis CPO
- Il par. 2 «non si applica se il datore di lavoro dimostra che la violazione è stata manifestamente **involontaria e di liete entità**».
- Ma l'azioni giudiziaria basata sulla sola omessa informazione non e' troppo rischiosa ? Cfr. art. 22 direttiva: il giudice deve poter valutare se, in caso di «motivi ragionevoli» per la presentazione del ricorso, l'attore debba essere esentato dalle spese della controparte.

18

2. La discriminazione per mancanza di accomodamento ragionevole per le persone con disabilità.

L'assenza di accomodamento ragionevole costituisce discriminazione (direttiva 2003/78 art. 5, Convenzione ONU diritti disabili art. 2)

I principi della sentenza **Conejero 4.7.2013 C-312/2011** e **Cass. 31.3.2023 n. 9095**: la previsione di un uguale periodo massimo di assenze per malattia costituisce discriminazione indiretta per disabilità e può essere ammessa solo secondo i criteri previsti per le «cause di giustificazione»

Dunque la prova della causa di giustificazione è del convenuto

Ma come opera l'attenuazione dell'onere della prova per l'attore ?

19

- La prova della condizione di disabilità è prova piena a carico d'attore (ma la nozione di disabilità è quella delle direttive, non richiede attestazione formale).
- La prova dello svantaggio *idem*.
- Non è necessaria invece la prova della «conoscenza della disabilità» da parte del datore di lavoro (così **Cass. 31.3.2023 n.9095**) perché i divieti di discriminazione operano oggettivamente.
- Ma lo stesso principio vale anche se il ricorrente contesta la mancanza di un accomodamento ragionevole, invocando la sentenza KH Danmark 11.4.2013 C-335/11. ?
- Un accomodamento ragionevole può essere richiesto a un datore di lavoro che non abbia notizia della disabilità ?
- Domande aperte.

20



Grazie dell'attenzione
*(e auguri per processi antidiscriminatori
rapidi, giusti e di successo)*