

Come provare la discriminazione*

Olivier De Schutter**

Il concetto di prova della discriminazione occupa un ruolo strategico nel relativo divieto. Infatti poiché la discriminazione manifesta è vietata, chi intende perpetrarla potrà essere tentato di esercitarla senza che sia facilmente rilevabile da un osservatore. In particolare potrà voler mascherare la discriminazione mediante procedure, prassi o il ricorso a criteri apparentemente non discriminatori, tuttavia calcolati in modo da generare un'esclusione simile a quella conseguente ad una discriminazione manifesta. Le direttive 2000/43/CE e 2000/78/CE¹, che su questo punto ricorrono a formulazioni quasi identiche, rispondono in modo duplice alla problematica che queste strategie di prevenzione pongono alla rimozione delle discriminazioni. Da una parte prevedono l'estensione dell'applicazione del divieto, dalla discriminazione diretta a quella indiretta: viene infatti considerato come discriminatorio il ricorso a una disposizione, una prassi o un criterio apparentemente neutri quando questi possono generare «uno svantaggio particolare» per le persone con hanno una determinata caratteristica, «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»². D'altra parte le direttive prevedono che in materia di diritto civile, la persona che sostiene di essere vittima di una discriminazione deve essere in grado di obbligare la parte convenuta a provare di non aver attentato al principio della parità di trattamento, presentando fatti che consentano di presumere l'esistenza di una discriminazione³.

Ispirate al diritto della parità di trattamento tra uomini e donne, queste due risposte, ovvero il raddoppiamento del divieto della discriminazione diretta con il divieto della discriminazione indiretta e una ripartizione dell'onere della prova della discriminazione che non impone alla vittima della discriminazione di sostenerne completamente il peso, sollevano a loro volta delle questioni complesse⁴. La nostra attenzione sarà focalizzata su due di queste: la prima è il legame tra la definizione della discriminazione indiretta vietata e il ricorso ad un particolare metodo di prova della discriminazione, che consiste nel ricorso a dati statistici, che le direttive 2000/43/CE e 2000/78/CE ammettono senza però imporre agli Stati membri⁵: la seconda è il ricorso ai «test di situazione» per stabilire l'esistenza di una discriminazione vietata.

I. La prova mediante statistiche

1. Il valore aggiunto della prova mediante il ricorso alle statistiche

Nel diritto relativo alla parità di trattamento coesistono due diverse definizioni di discriminazione indiretta, che hanno conseguenze molto diverse. Un primo approccio si basa

* Questo testo, tratto da una comunicazione all'ERA, costituisce la sintesi di una relazione preparata per il Migration Policy Group.

** *Olivier De Schutter*, professore presso la Facoltà di giurisprudenza dell'UCL.

¹ Direttiva 2000/43/CE del Consiglio, del 29 giugno 2000, che attua il principio della parità di trattamento fra le persone indipendentemente dalla razza e dall'origine etnica, *GUCE* n. L 180 del 19.7.2000, pag. 22; direttiva 2000/78/CE del Consiglio, del 27 novembre 2000, che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro, *GUCE* n. L 303 del 2.12.2000, pag. 16.

² Articolo 2, par. 2, b), della direttiva 2000/43/CE; articolo 2, par. 2, b), della direttiva 2000/78/CE.

³ Articolo 8 della direttiva 2000/43/CE; articolo 10 della direttiva 2000/78/CE.

⁴ Tali questioni vengono affrontate in modo più dettagliato in *O. De Schutter*, «Discriminations et marché du travail. Liberté et égalité dans les rapports d'emploi», Berna-Oxford-New York-Vienna, P.I.E. Peter Lang, 2001.

⁵ Vedere il considerando 15 del preambolo della direttiva 2000/43/CE e il considerando 15 del preambolo della direttiva 2000/78/CE. Entrambe queste direttive prevedono che le prescrizioni minime ivi contenute in materia di onere della prova non ostacolano l'adozione da parte degli Stati membri di regole di prova più favorevoli ai querelanti (articolo 8, par. 2, della direttiva 2000/43/CE; articolo 10, par. 2, della direttiva 2000/78/CE).

sul concetto di *ripercussioni negative sproporzionate*: quando una siffatta misura apparentemente neutra (ovvero non viene manifestamente commessa alcuna disparità di trattamento tra i membri del gruppo A e quelli del gruppo B) risulta colpire *de facto* un numero nettamente superiore di membri di tale gruppo, verrà considerata come sospetta e potrà essere mantenuta solo a condizione di produrre una giustificazione oggettiva e ragionevole a suo sostegno. Questo approccio della discriminazione indiretta viene preso in considerazione dalla direttiva 97/80, del 15 dicembre 1997, relativa all'onere della prova nei casi di parità di retribuzione e della parità di trattamento tra uomini e donne, citata in precedenza, secondo la quale «sussiste discriminazione indiretta quando una disposizione, un criterio o una prassi apparentemente neutri *colpiscono una quota nettamente più elevata d'individui d'uno dei due sessi* a meno che tale disposizione, criterio o prassi siano adeguati e necessari e possano essere giustificati da ragioni obiettive non basate sul sesso» (art. 2, par. 2; il corsivo è nostro). Questo approccio si basa su un'analisi statistica delle ripercussioni negative che tale misura, apparentemente neutra, ha sulle due categorie analizzate: spetta al giudice che applica la regola della parità di trattamento valutare se i dati statistici che gli vengono sottoposti sono validi, ovvero «riguardino una popolazione sufficiente, se non riflettano fenomeni puramente fortuiti o congiunturali e se, in generale, appaiano significativi»⁶.

Un secondo approccio si basa sull'idea che alcune misure, sebbene non si basino esplicitamente su un criterio di distinzione vietato, sono tuttavia *per natura, o intrinsecamente, suscettibili di sfavorire le persone appartenenti a tale categoria protetta contro la discriminazione*, senza che in questo caso sia necessario individuare, sul piano statistico, se sussista effettivamente una ripercussione negativa sproporzionata a scapito di tale categoria. Le direttive basate sull'articolo 13 del trattato CE adottano quest'ultimo approccio della discriminazione indiretta, ispirato alla giurisprudenza comunitaria relativa al divieto della discriminazione fondata sulla cittadinanza in materia di libera circolazione dei lavoratori⁷. Gli articoli 2, paragrafi 2, delle direttive 2000/43/CE e 2000/78/CE prevedono infatti che la discriminazione indiretta consista nel ricorso ad un criterio apparentemente neutro ma, di fatto, intrinsecamente sospetto poiché suscettibile di causare uno svantaggio particolare per le persone appartenenti ad alcune categorie protette.

Pertanto, il ricorso al metodo delle ripercussioni negative sproporzionate per stabilire una presunzione di discriminazione non è escluso da queste direttive che, nei loro preamboli rispettivi, indicano «che la discriminazione indiretta sia stabilita con qualsiasi mezzo, compresa l'evidenza statistica». Ricorrendo a questa possibilità, ovvero l'ammissibilità della prova della discriminazione mediante dati statistici, si passa di fatto da un concetto di discriminazione indiretta all'altro. L'ambito di applicabilità del divieto della discriminazione indiretta risulta pertanto esteso: ammettendo la prova statistica, viene vietato il ricorso non solo a misure «sospette» (che, per natura, sembrano essere state studiate per generare un effetto discriminatorio, il che consente d'invertire l'onere della prova a scapito dell'autore della misura senza che sia richiesto di misurare statisticamente le relative ripercussioni negative),

⁶ CGCE, 27 ottobre 1993, *Enderby*, C-127/92, *Racc.*, pag. I-5535 (punto 17).

⁷ Dopo la sentenza *Sotgiu*, del 12 febbraio 1974, in materia di libera circolazione dei lavoratori la giurisprudenza ha costantemente ribadito che «le norme relative alla parità di trattamento [...] vietano non solo le discriminazioni palesi, in base alla cittadinanza, ma anche qualsiasi discriminazione dissimulata che, fondandosi su altri criteri di distinzione, pervenga in effetti al medesimo risultato»; la sentenza *Sotgiu* ne deduce che «non è quindi escluso che i criteri basati sul luogo d'origine o sulla residenza di un lavoratore possano, in determinate circostanze, avere gli stessi effetti pratici della discriminazione fondata sulla cittadinanza proibita dal trattato» (CGCE, 12 febbraio 1974, *Sotgiu*, 152/73, *Racc.*, pag. 153 (punto 11)).

ma anche il ricorso a misure che dimostrano di avere ripercussioni negative sproporzionate su alcune categorie protette.

2. La metodologia della prova della discriminazione tramite le statistiche

L'approccio della discriminazione indiretta condotto in termini di *ripercussioni negative sproporzionate (disparate impact)* solleva delle questioni di metodo delicate. Si basa sul confronto statistico delle composizioni di due gruppi: uno «di riferimento» (iniziale) e uno «d'arrivo», comprendente tutte le persone che hanno subito il provvedimento di cui si tenta di misurare le ripercussioni negative. All'interno di ognuno di questi gruppi, gli individui devono essere suddivisi in due classi, A e B, che corrispondono rispettivamente alla classe dominante o maggioritaria e a quella tradizionalmente svantaggiata o minoritaria: la distinzione tra le due classi sarà basata su criteri quali il sesso, la razza o l'origine etnica, la religione o le convinzioni personali, l'età, l'handicap o la tendenza sessuale. Se il rapporto A / B rappresenta la percentuale degli appartenenti a ogni classe all'interno del gruppo iniziale, il rapporto A' / B' rappresenterà la percentuale all'interno del gruppo d'arrivo. Si dirà allora che il provvedimento, di cui si tenta di valutare il carattere di discriminazione indiretta, è «sospetto», causando l'inversione dell'onere della prova, quando i membri del gruppo protetto (B) sono sensibilmente meno rappresentati nel gruppo d'arrivo (al termine della selezione) di quanto non lo fossero all'interno del gruppo di riferimento (all'inizio della selezione), ovvero quando $A / B < A' / B'$. In una tale situazione, l'autore del provvedimento avrà l'onere di giustificarlo, ovvero di dimostrare che esso persegue un obiettivo legittimo e che le misure con le quali sostiene di realizzare tale obiettivo sono adeguate e necessarie alla sua realizzazione.

Sul piano metodologico, il ricorso ai dati statistici presuppone pertanto: a) una delimitazione sufficientemente precisa del gruppo di riferimento; b) la classificazione di ogni individuo nelle varie categorie (in questo caso A e B); c) la definizione di una soglia a partire dalla quale le ripercussioni negative di una data misura, «neutra» nel criterio di distinzione vietato, deve essere considerata come sproporzionata e tale da richiedere una nuova ripartizione dell'onere della prova. Partendo dall'individuazione di queste condizioni è possibile circoscrivere gli interrogativi che, sul piano giuridico, solleva il ricorso a tale modalità di accertamento della prova della discriminazione o piuttosto alla tecnica secondo la quale la vittima è autorizzata a invertire l'onere della prova, ovvero a dar luogo ad una presunzione di discriminazione di cui toccherà allora al convenuto provare l'assenza di fondamento.

3. L'ammissibilità delle statistiche nell'ambito della procedura in giudizio

Le difficoltà giuridiche legate all'uso dei dati statistici riguardano innanzi tutto il trattamento dei dati personali cosiddetti «sensibili», che in genere presuppone la classificazione di un insieme di individui tra varie categorie. Il trattamento di alcune categorie di dati personali infatti, relativi ad esempio all'origine etnica, alle opinioni politiche, alle convinzioni religiose o personali, alla salute o alla vita sessuale, è sottoposto a condizioni particolarmente rigorose, a causa del rischio di discriminazione implicito nell'uso di tali dati⁸. Ci troviamo pertanto di fronte ad un paradosso: il trattamento dei dati cosiddetti «sensibili» è soggetto a limitazioni particolari, poiché tali dati riguardano caratteristiche che in genere non sono pertinenti all'adozione di decisioni relative ad un individuo e di conseguenza il loro

⁸ Vedere l'articolo 8 della direttiva 95/46/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 24 ottobre 1995, relativa alla tutela delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati (*GUCE* n. L 281 del 23.1.1995, pag. 31), che in proposito ricalca l'articolo 6 della Convenzione per la protezione delle persone in relazione all'elaborazione automatica dei dati a carattere personale, aperta alla firma nell'ambito del Consiglio d'Europa, il 28 gennaio 1981 (STE, n. 108),

trattamento rischia di generare prassi discriminatorie. D'altra parte però, se la vittima di una discriminazione vuole usare a sostegno della sua azione alcuni dati statistici che consentirebbero di presumere l'esistenza di una discriminazione, obbligando il convenuto a provare di non aver commesso la discriminazione di cui è accusato, il trattamento di tali dati sensibili risulta necessario: prima di poter affermare che tale misura, dispositivo o criterio genera delle ripercussioni negative sproporzionate per le persone che si definiscono in base alla loro appartenenza «razziale» o etnica, religione o convinzione personale, età, handicap o tendenza sessuale, è necessario poter ripartire le persone appartenenti al gruppo «di riferimento», come quelle appartenenti al gruppo «d'arrivo», in base a questi criteri. Pur mancando in questa sede spazio per approfondire tale questione, la suddetta difficoltà merita di essere sottolineata.

Una seconda difficoltà concerne la natura dell'«inversione» dell'onere della prova che la presentazione di dati statistici consente di effettuare. Secondo il considerando 21 della direttiva 2000/43/CE, «le norme in materia di onere della prova devono essere adattate quando vi sia una presunzione di discriminazione e, per l'effettiva applicazione del principio della parità di trattamento, l'onere della prova debba essere posto a carico del convenuto». Talvolta è stato proposto di descrivere questa «inversione» dell'onere della prova in modo da imporre al convenuto di fornire la prova di un *fatto negativo*, ossia che *non ha* esercitato una disparità di trattamento sulla base di un criterio di distinzione vietato (pur cercando di mascherare questa discriminazione diretta con il ricorso ad una misura apparentemente neutra, ovvero non esercitando alcuna manifesta disparità di trattamento), o che *non ha* attuato una disposizione, una prassi o un criterio apparentemente neutri ma suscettibili di causare uno svantaggio particolare per le persone alle quali si applica uno dei motivi di discriminazione vietata (assenza di discriminazione indiretta). Quanto detto non dovrebbe però ostacolare l'ammissibilità di questa modalità di generazione della prova. In primo luogo, nella nuova ripartizione della prova decisa dalle disposizioni che, sulla scia dell'art. 8 della direttiva 2000/43/CE e dell'art. 10 della direttiva 2000/78/CE, consentono al ricorrente di obbligare il convenuto a provare di non essersi reso colpevole della discriminazione che alcuni fatti consentono di presumere, la prova del «fatto negativo» è richiesta solo proprio perché tali fatti sono stati provati: si tratta di ciò che l'espressione «inversione dell'onere della prova» cela in modo forse dannoso. In secondo luogo, come riconosciuto dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, in un passaggio tanto più sorprendente rientrando nell'ambito di un'imputazione penale, l'obbligo imposto all'accusa di provare i fatti che adduce costituisce un diritto dell'accusato⁹ che «non è tuttavia assoluto, poiché in qualsiasi sistema giuridico esistono presunzioni *de jure* o *de facto*, che la Convenzione evidentemente non ostacola, dal momento che gli Stati contraenti non superano certi limiti tenendo conto della gravità della sfida e conservando i diritti della difesa»¹⁰.

In terzo luogo, pur prevedendo che gli Stati membri prendano le misure necessarie affinché una persona che ritiene di essere vittima di una discriminazione venga autorizzata, davanti ad un tribunale o ad altra autorità competente, a produrre dei fatti che consentano di presumere l'esistenza di una discriminazione diretta o indiretta e di conseguenza di obbligare la parte convenuta a provare l'assenza di violazione del principio di parità di trattamento, le direttive 2000/43/CE e 2000/78/CE escludono questo sistema nell'ambito delle procedure

⁹ Diritto di cui il diritto alla presunzione d'innocenza costituisce una traduzione esplicita all'art. 6, par. 2, della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, ma che, secondo la Corte, «riprende il concetto generale di giusto processo ai sensi dell'art. 6, par. 1» (Corte europea dei diritti dell'uomo (4^a sezione), sentenza *Phillips contro Regno Unito* del 5 luglio 2001, par. 40).

¹⁰ *Ibid.*, par. 40. La corte rimanda alla sua giurisprudenza precedente: Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza *Salabiaku contro Francia* del 7 ottobre 1988, serie A n. 141-A, par. 28.

penali¹¹. Alla base di questa esclusione esistono due motivi. Il primo riguarda le esigenze del principio della legalità in materia penale (*nullum crimen sine lege*). Secondo la Corte europea dei diritti dell'uomo, da questa disposizione deriva che la persona deve poter sapere «quali atti e omissioni coinvolgono la sua responsabilità, a partire dalla formulazione della clausola pertinente ed, eventualmente, mediante la sua interpretazione da parte dei tribunali»¹². Tuttavia, dandone un'ampia interpretazione, tale principio risulta contrario alla possibilità d'incriminare un comportamento che possa essere attribuito all'agente mentre questi non può sapere, quando il suddetto comportamento si verifica, se può implicare la sua responsabilità penale e se la legge è perfettamente chiara, a causa dell'incertezza del contesto in cui opera l'agente. Interpretato in tal senso, il principio di legalità porta ad escludere le infrazioni puramente materiali, ovvero che non comprendono tra i loro elementi costitutivi quello morale, ossia lo stato d'animo dell'agente al momento in cui commette l'infrazione: l'agente deve avere commesso l'infrazione in modo cosciente e volontario, altrimenti la veridicità dell'infrazione non sarà sufficiente a provare l'incriminazione. In particolare può costituire motivo di giustificazione dell'atto l'errore incontrovertibile dell'agente, ovvero la sua ignoranza del carattere delittuoso dell'atto quando nelle stesse circostanze qualsiasi persona ragionevole e prudente si sarebbe trovata nella stessa condizione d'ignoranza. Quando si accusa un agente (autore di decisioni ogni volta *individuali*, che consistono ad esempio nel concedere una locazione immobiliare o nell'effettuare un'assunzione o nel prendere una decisione relativamente ad una promozione) di non aver anticipato le conseguenze (a livello *statistico* in seguito ad una serie di decisioni individuali) che avrebbe l'accumulazione di decisioni individuali, può accadere che l'errore incontrovertibile venga difeso. Per motivi pratici, anticipare le conseguenze dovute a livello statistico alla molteplicità delle decisioni individuali non sempre è possibile, ad esempio quando l'adozione di decisioni individuali è decentrata all'interno di un'organizzazione o di un'azienda. È perfettamente possibile che nessuno degli autori di queste decisioni individuali sia stato o addirittura abbia potuto essere consapevole del carattere delittuoso dell'atto compiuto, in mancanza di un'informazione completa e assolutamente aggiornata sulle ripercussioni negative che l'adozione di tale decisione avrebbe su un bilancio complessivo a livello statistico.

La seconda argomentazione che giustifica l'esclusione di una nuova ripartizione dell'onere della prova nell'ambito delle procedure penali si deduce dal principio della presunzione d'innocenza. Anche se l'art. 6, paragrafo 2, della Convenzione europea dei diritti dell'uomo non esclude il ricorso ad alcune presunzioni della persona, secondo la Corte europea dei diritti dell'uomo l'uso del metodo delle presunzioni per stabilire la colpevolezza di un accusato può sfociare nella violazione della presunzione d'innocenza, se causa un'inversione dell'onere della prova, ovvero nell'esonero dell'accusa dal produrre la prova dell'infrazione¹³. Certamente si può ritenere che mediante il ricorso alle prove statistiche non si tratti tanto di facilitare alla vittima la produzione della prova di un'infrazione (il comportamento discriminatorio del convenuto) quanto d'imporre agli agenti un particolare comportamento, ovvero prestare attenzione al fatto che le statistiche potrebbero indurre a pensare che gli agenti ricorrono a prassi discriminatorie, pena la sanzione penale. Il ricorso alle statistiche servirebbe a provare allora non tanto un'infrazione commessa in modo indipendente, quanto la presenza di un elemento costitutivo dell'infrazione repressa. Una tale presentazione tuttavia non sarebbe conforme né alla lettera né allo spirito delle direttive

¹¹ Vedere rispettivamente l'art. 8, par. 3, e l'art. 10, par. 3, delle direttive.

¹² Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza *Kokkinakis contro Grecia*, del 25 maggio 1993, Serie A n. 260-A, par. 52; Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza *S.W. contro Regno Unito*, del 22 novembre 1995, Serie A n. 335-B, par. 35; Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenze *Streletz, Kessler e Krenz contro Germania* e *K.-H. W. contro Germania*, del 22 marzo 2001, par. 50 e 45 rispettivamente.

¹³ Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza *Telfner contro Austria*, del 20 marzo 2001, par. 15 e 16.

2000/43/CE e 2000/78/CE e comunque esigerebbe, qualora venisse presa in considerazione, una definizione più precisa dell'infrazione che si tradurrebbe, per l'agente, nel mancato rispetto di alcuni obiettivi definiti in termini statistici, ad esempio individuando la composizione etnica della forza lavoro di un'azienda che si trova in una determinata regione oppure la ripartizione degli alloggi popolari tra le categorie etniche.

II. I test di situazione

1. Il valore aggiunto della prova della discriminazione mediante il ricorso a test di situazione

Il ricorso a test di situazione mira a permettere di smascherare la discriminazione diretta, ovvero un comportamento che consiste nel trattare una persona in modo meno favorevole, per via di una sua caratteristica particolare, rispetto a quanto lo sarebbe una persona che si trovasse in una situazione simile senza avere tale caratteristica, quando questa forma di discriminazione è «mascherata» ossia non rivendicata dalla persona che se ne rende colpevole. La test di situazione viene integrata a prassi correnti per facilitare l'aggiornamento di altre infrazioni, in particolare quelle legate alla criminalità organizzata. L'analogia più evidente è quella dei cosiddetti «pseudoacquisti» nell'ambito della lotta contro il traffico degli stupefacenti. In entrambi i casi si tratta di sorprendere l'agente quando ritiene di trovarsi in una situazione di fiducia e non sospetta che le sue azioni vengano osservate per servire eventualmente in una procedura in giudizio.

2. La metodologia del ricorso ai test di situazione

Il ricorso a «test di situazione» consiste nello smascherare i comportamenti discriminatori mettendo gli autori sospettati di tali comportamenti davanti a situazioni in cui, con le scelte che effettueranno, tradiranno una preferenza per talune persone a causa della caratteristica «sospetta» di altre persone che si trovano in una situazione identica. Il test di situazione presuppone quindi la costituzione di due gruppi, uno «sperimentale», che presenta una caratteristica che può essere oggetto di discriminazione, e uno di «controllo», identico per tutte le caratteristiche pertinenti (qualifica professionale, età, abbigliamento, ecc.), tra i quali la comparabilità deve essere impeccabile: per produrre la prova della discriminazione con questo metodo, è necessario verificare la confrontabilità partendo da un elenco il più completo possibile degli elementi suscettibili d'influenzare la decisione di un addetto alla selezione del personale, un locatore o un ristoratore, a seconda della figura professionale in questione. L'idea è semplice: se nessun elemento, oltre alla caratteristica «sospetta», consente di differenziare due persone che si presentano come candidati ad un impiego, ad un alloggio, o ad esempio, come possibili avventori di un locale aperto al pubblico, la differenza di trattamento tra di esse potrà essere spiegata *a priori* solamente con il fatto che la decisione è stata influenzata da questa caratteristica sospetta, spiegando così come si possa presumere che la discriminazione sia da attribuire all'autore.

Il test di situazione così concepito consente di svelare delle discriminazioni «mascherate» (sia inconfessate, sia dissimulate con argomenti neutri che pertanto risultano essere solo dei pretesti), che si presuppone siano quindi *consapevoli* da parte dell'autore. Considerata la loro modalità di realizzazione, i «test di situazione» non possono servire a individuare l'esistenza di discriminazioni indirette, legate al ricorso ad alcuni criteri o ad alcune prassi che, applicati a persone appartenenti a gruppi diversi, causano uno svantaggio particolare ai membri di alcuni gruppi. Infatti il «test di situazione» ha senso se basato sul confronto tra due candidature *identiche sotto tutti i punti di vista*, situazione che normalmente *non consente al selezionatore di scegliere tra i candidati in competizione su una base diversa da quella della sola caratteristica che li distingue*, ad esempio sulla base della loro differenza

d'origine nazionale o etnica, che è il caso in cui si preferisce usare tale tecnica. In genere, questa identità di due candidature, che viene ottenuta con un'elaborazione metodologica, indica che le prassi o i criteri sospetti, quelli che si suppone creino una discriminazione indiretta, non avranno modo di esercitare i loro effetti: infatti, poiché nessun elemento distingue i due candidati, se non la differenziazione sulla base di una caratteristica sospetta, tali criteri o prassi non potranno normalmente fungere da criterio di scelta tra i due candidati.

3. L'ammissibilità dei test di situazione nell'ambito della procedura in giudizio

L'ammissibilità di questa modalità di prova a volte può richiedere delle valutazioni molto ponderate, considerato il rischio di abuso che essa implica. Tale ammissibilità deve essere subordinata almeno a condizioni di metodo definite in modo rigoroso. Per assicurare le corrette condizioni di raccolta della prova è preferibile avvalersi di un soggetto che fornisca alcune garanzie d'indipendenza e credibilità, ad esempio un ufficiale giudiziario. Il compito di tale soggetto, incaricato dell'autenticazione del «test di situazione», può essere considerato duplice: i) garantire che, nello svolgimento del «test di situazione», nulla induca a sospettare che il comportamento colpevole o delittuoso venga provocato dagli autori del test, il quale deve semplicemente permettere di constatare, o di registrare, un comportamento che avrebbe avuto luogo anche in mancanza della creazione di una situazione artificiale; ii) garantire il rigore metodologico del «test di situazione», in particolare la confrontabilità delle persone appartenenti al gruppo «sperimentale» che avrebbe una caratteristica sospetta (ad esempio sono di una particolare origine etnica o indossano in modo visibile un particolare simbolo religioso) con le persone appartenenti al gruppo «di controllo».

a. Vita privata e rischio di provocazione

Secondo la Corte europea dei diritti dell'uomo, l'introduzione presso un soggetto di una persona che abbia un'identità fittizia, al solo scopo di scoprire l'illegalità¹⁴, non costituisce un'ingerenza nella «vita privata». La giurisprudenza più recente ha tuttavia precisato che, laddove gli agenti infiltrati contribuiscono a far nascere l'infrazione, che non sarebbe stata commessa senza il loro intervento, si esce dall'ambito dell'infiltrazione propriamente detta, che deve mirare all'esclusiva osservazione passiva dell'attività delittuosa, per sfociare in un attacco all'equità del processo, a causa della provocazione di cui tali agenti si rendono colpevoli¹⁵. Tuttavia tale attacco non sussiste quando gli agenti infiltrati risultano essere semplici attori passivi dell'infrazione commessa, ad esempio quando si fanno consegnare una determinata quantità di stupefacenti limitandosi a rispondere ad un'offerta e senza svolgere il ruolo di agenti che causino l'infrazione¹⁶. È un primo limite da tenere presente quando si cerca di provare la discriminazione mediante i «test di situazione»: «provare» la discriminazione non significa «causarla»; «effettuare un test», mediante la creazione di situazioni fittizie, non significa mettere alla prova la volontà dell'autore presunto della discriminazione di resistere alla tentazione di commettere l'infrazione offrendogli l'occasione di commetterla.

b. Lealtà della prova

Il divieto della provocazione che si deduce da questa giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo costituisce solo una traduzione particolare di un'esigenza più

¹⁴ Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza *Lüdi contro Svizzera* del 15 giugno 1992, par. 36 e 40.

¹⁵ Vedere Commissione europea dei diritti dell'uomo., rapp. (ex art. 31), dell'11 ottobre 1990 nella causa *Radermacher e Pferrer contro Germania*, *Annuali CEDU*, vol. 34, pag. 274; Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza *Tereira de Castro contro Portogallo*, del 9 giugno 1998, *Racc.* 1998-IV, pag. 1463, in particolare i par. 42-43 e 31-39.

¹⁶ Vedere da ultimo Corte europea dei diritti dell'uomo, dec. *G. Calabro contro Italia e Germania*, del 21 marzo 2002 (racc. n. 59895/00) (il ricorso ad agenti infiltrati non costituisce una violazione del diritto ad un processo equo dal momento che questi agenti non hanno causato l'infrazione).

ampia, quella della lealtà dell'accertamento della prova dell'infrazione. Tale esigenza ha dato luogo ad una giurisprudenza della Corte di cassazione francese quando ha dovuto affrontare la questione specifica dei «test di situazione». La sua decisione più recente¹⁷ è una sentenza dell'11 giugno 2002, pronunciata in seguito ad un ricorso dell'associazione SOS-Racisme: la Corte di cassazione francese ha annullato una sentenza pronunciata il 5 giugno 2001 dalla corte d'appello di Montpellier. Con quest'ultima sentenza gli imputati venivano prosciolti dall'accusa di discriminazione razziale durante la fornitura di un servizio a causa dell'origine o dell'etnia e veniva respinta la motivazione addotta dalla parte civile poiché, secondo il giudice d'appello, la prova della discriminazione non era stata stabilita secondo un procedura leale: «l'operazione di "test" effettuata da gruppi di clienti potenziali è stata realizzata in modo unilaterale dall'associazione, che è ricorsa esclusivamente ai suoi soci o simpatizzanti debitamente informati che lo scopo dell'operazione era, non di entrare nei locali "La Nuit", "Souleil" o "Toro Loko", ma di provare la segregazione esistente all'ingresso di questi locali».

L'esame dei motivi della sentenza della corte d'appello suggerisce che la lealtà della procedura di «test» ha suscitato dubbi da parte di questa giurisdizione poiché, a causa del loro intento di smascherare una discriminazione che sospettavano e che avevano voluto provare, gli autori di questi test di situazione avrebbero potuto, in particolare con il loro comportamento o abbigliamento, creare le condizioni del rifiuto di accesso ai locali interessati che è stato opposto loro. Pertanto il giudice d'appello nota che, pur rivelando il test una differenza d'atteggiamento da parte dei buttafuori, nessun elemento consente di affermare che il criterio razziale specifico degli interessati fosse alla base di tale rifiuto; che, dalle testimonianze raccolte dal tribunale correzionale e dalle prove allegate ai dibattimenti dagli imputati, risulta che la clientela dei locali «La Nuit» e «Le Souleil» è multirazziale; che i vari imputati hanno contestato di aver praticato una discriminazione razziale; che nessun elemento consente di affermare che gli imputati abbiano selezionato la clientela sulla base di criteri razziali, eccetto l'opinione soggettiva delle parti civili, e che, se viene svolta una selezione, questa è abituale in tale tipo di attività e si basa su criteri di commerciabilità e di nicchia di mercato della clientela, come è d'uso per i locali riservati a "gay", "persone di colore", "etero" o al "jet set"». Viene pertanto sancita la mancanza di confrontabilità: la corte d'appello sembra aver preso in considerazione l'eventualità dell'esistenza di altri motivi alla base del rifiuto d'accesso ai militanti di SOS-Racisme, diversi dalla loro origine etnica. Secondo la corte d'appello di Montpellier, in mancanza di garanzie sufficienti relative alle condizioni dello svolgimento del «test di situazione», questo potrebbe costituire un procedimento non sufficientemente leale con cui provare l'esistenza di una discriminazione: «... il metodo del «test» adottato dall'associazione SOS Racisme, che si è svolto senza l'intervento di alcun ufficiale giudiziario, è una modalità di prova che non consente alcuna trasparenza e non è caratterizzato dalla lealtà necessaria alla ricerca delle prove in procedura penale e lede i diritti della difesa». La cassazione della sentenza si basa essenzialmente sulla considerazione che, subordinando l'ammissibilità del «test» come modalità di prova dell'infrazione contestata, il tribunale d'appello ha disconosciuto l'articolo 427 del codice di procedura penale francese, che enuncia il principio della libertà della prova penale.

Le cause appena citate, in particolare quest'ultima che concerne più da vicino l'oggetto in analisi, certamente riguardano l'ammissibilità della prova addotta dall'accusa nell'ambito di un procedimento penale. In quest'ambito, in genere la prova è libera; è però esclusa quando viene raccolta in seguito ad una procedura illegale o quando le condizioni in cui è stata

¹⁷ Vedere anche Corte di cassazione francese (sezione penale), 12 settembre 2000, *Fardeau e altri* (che respinge i ricorsi contro una sentenza della corte d'appello di Orléans, del 2 novembre 1999, che ha pronunciato tre condanne per discriminazione razziale e complicità, in seguito a dichiarazioni di quattro giovani di etnia magrebina e di una giornalista, nonché all'accertamento di un ufficiale giudiziario che li accompagnava, mentre a tali giovani veniva rifiutato l'ingresso in un locale notturno).

raccolta o presentata violano i principi generali del diritto e in particolare i diritti della difesa. Tuttavia questi, e il concetto più ampio di processo equo al quale si ricollegano, sono necessari in materia sia civile sia penale. In genere le soluzioni elaborate nell'ambito delle procedure penali, essendo tecniche di raccolta delle prove in grado di ledere i diritti fondamentali della persona, saranno trasponibili alla procedura seguita nei tribunali civili. L'analogia vale ad esempio quando una parte civile ricorre ai servizi di un investigatore privato per «provocare» l'atto colpevole che le consentirà in seguito di giustificare un licenziamento¹⁸ o di avviare un procedimento di divorzio basandosi sull'adulterio del consorte¹⁹. Un autore che ha tentato di fare un bilancio di situazioni simili, in cui alcuni investigatori privati o ufficiali giudiziari sono stati indotti a ricorrere ad espedienti o artifici o a prestarsi agli stratagemmi organizzati dalla parte privata, ha dovuto constatare l'incoerenza delle soluzioni elaborate dai tribunali civili che hanno affrontato tali situazioni (in particolare, il fatto che l'ufficiale giudiziario non abbia spontaneamente rivelato il proprio titolo ha dato luogo a valutazioni contraddittorie da parte dei giudici)²⁰. Pertanto è fortemente auspicabile un rigido inquadramento giuridico del ricorso ai test di situazione negli Stati membri che prevedranno di accettare questa modalità di prova della discriminazione.

¹⁸ Tribunale del lavoro di Mons, 16 marzo 1995. Inedito, Justel n° 12433.

¹⁹ Tribunale civile di Bruxelles (31^a sezione), 28 giugno 1988, inedito, n° 331, R.G. n°25264.

²⁰ Vedere Ch. *De Valkeneer*, *La tromperie dans l'administration de la preuve pénale*, Bruxelles, Larcier, 2000, pagg. 281-284.