

L'onere della prova nelle Direttive del Consiglio 2000/43 e 2000/78 sull'uguaglianza di trattamento

(documento di lavoro)

Eduardo Espín

Magistrato del Tribunale Supremo

Spagna

- A. Introduzione
- B. La regolamentazione delle Direttive
- C. Prova della discriminazione e giustificazione della misura adottata
- D. Discriminazione diretta e indiretta e tipologia delle prove
- E. Restrizioni in campo penale
- F. Non applicazione in caso di istruzione giudiziaria
- G. Il recepimento delle Direttive in Spagna

A. Introduzione

La regolamentazione dell'onere della prova nelle Direttive del Consiglio 2000/43/CE e 2000/78/CE è il frutto di una evoluzione giurisprudenziale e normativa nella battaglia giuridica a favore della parità e della non discriminazione in seno all'Unione Europea e al diritto comunitario.

In un contesto più ampio, la regolamentazione dell'onere della prova si inserisce nel quadro della protezione dei diritti fondamentali sia nell'ambito della giurisprudenza costituzionale comparata, sia nella giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo.

Per evidenti ragioni di opportunità e di tempi, il presente contributo si limiterà ad una riflessione sul campo di applicazione specifico delle Direttive citate.

B. La regolamentazione delle Direttive

Le Direttive 2000/43/CE e 2000/78/CE disciplinano la questione dell'onere della prova nei loro campi d'azione specifici, per quanto attiene cioè l'applicazione del principio della parità indipendentemente dalla razza e dall'origine etnica e in materia di occupazione e di condizioni di lavoro.

Il disposto delle due Direttive è notoriamente completato dalle disposizioni della Direttiva 97/80/CE del Consiglio che riguarda specificamente l'onere della prova nei casi di discriminazione basata sul sesso. A questa materia sono dedicate altre cinque Direttive relative all'occupazione e alle condizioni di lavoro, tra cui spiccano la Direttiva del Consiglio

76/207/CEE, modificata dalla Direttiva 2002/73/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio; è inoltre opportuno menzionare l'attuale proposta di Direttiva che accorpa le sei Direttive vigenti sulla parità di trattamento tra uomini e donne nell'ambito già menzionato dell'occupazione e delle condizioni di lavoro.

L'articolo 8 della Direttiva 2000/43/CE e l'articolo 10 della Direttiva 2000/78/CE sono formulati negli stessi termini:

“1. Gli Stati membri prendono le misure necessarie, conformemente ai loro sistemi giudiziari nazionali, per assicurare che, allorché persone che si ritengono lese dalla mancata applicazione nei loro riguardi del principio della parità di trattamento espongono, dinanzi a un tribunale o a un'altra autorità competente, fatti dai quali si può presumere che vi sia stata una discriminazione diretta o indiretta, incomba alla parte convenuta provare che non vi è stata violazione del principio della parità di trattamento.

2. Il paragrafo 1 si applica fatto salvo il diritto degli Stati membri di prevedere disposizioni in materia di prova più favorevoli alle parti attrici.

3. Il paragrafo 1 non si applica ai provvedimenti penali.

4. I paragrafi 1, 2 e 3 si applicano altresì alle azioni promosse ai sensi dell'articolo 9, paragrafo 2 [o 7, nella Direttiva 2000/43/CE].

5. Gli Stati membri non sono tenuti ad applicare il paragrafo 1 ai procedimenti in cui spetta al giudice o all'organo competente indagare sui fatti.”

L'articolo 4 della Direttiva 97/80/CE del Consiglio, dal canto suo, comprendeva già disposizioni essenzialmente analoghe:

“1. Gli Stati membri, secondo i loro sistemi giudiziari, adottano i provvedimenti necessari affinché spetti alla parte convenuta provare l'insussistenza della violazione del principio della parità di trattamento ove chi si ritiene leso dalla mancata osservanza nei propri confronti di tale principio abbia prodotto dinanzi ad un organo giurisdizionale, ovvero dinanzi ad un altro organo competente, elementi di fatto in base ai quali si possa presumere che ci sia stata discriminazione diretta o indiretta.

2. La presente Direttiva non osta a che gli Stati membri impongano un regime probatorio più favorevole alla parte attrice.

3. Gli Stati membri possono non applicare il paragrafo 1 alle procedure nelle quali l'istruzione dei fatti spetta all'organo giurisdizionale o all'organo competente.”

C. Prova della discriminazione e giustificazione della misura adottata

Alla luce di tale regolamentazione credo che si possa innanzitutto affermare che, in verità, non è davvero necessario parlare, come spesso avviene, di “inversione dell'onere della prova”. Il procedimento è in realtà molto più modulato di quanto tale espressione sembri suggerire. Si tratta infatti di una ripartizione di tale onere e di un trasferimento alla parte convenuta degli elementi che la riguardano.

- Da un lato, non ritengo si possa affermare che si abbandona il principio processuale generale per cui l'onere della prova è a carico della parte attrice, che – come ha riconosciuto

la Corte di Giustizia - deve in ogni caso produrre elementi di fatto che dimostrino in modo attendibile un trattamento diseguale.

- In adempimento di tale principio, la parte attrice deve produrre elementi sufficienti a rendere attendibile la supposta disparità di trattamento. Tali indizi possono essere considerati “elementi probatori”, dimostrazione *prima facie* o apparenza di disparità di trattamento, si tratta comunque sempre di un’attività probatoria volta ad accreditare o una disparità di trattamento direttamente commessa nei riguardi dell’attore, o effetti disuguali per un gruppo che pregiudicano direttamente la parte attrice. Ci si iscrive così nel quadro del principio generale della prova a carico della parte attrice che, ai sensi delle Direttive in questione, deve accreditare (le Direttive utilizzano i termini di “esporre” – 43 e 78/2000/CE – o “produrre” – 97/80/CE) “fatti dai quali si può presumere che vi sia stata una discriminazione diretta o indiretta”: in termini procedurali, tale disposizione si traduce nell’obbligo di provare tali fatti di fronte agli organismi giudiziari – o agli organi competenti – nazionali, uniche entità titolari dell’accertamento dei fatti

- Solo una volta accreditati fatti che, di per sé, implicano una differenza di trattamento, per la parte convenuta subentra il compito di fornire una giustificazione sufficiente, producendo prove credibili del fatto che tale differenza di trattamento è imputabile a cause diverse dalle varie forme di discriminazione proibite o che risulta conforme ai termini ammessi dalla legislazione comunitaria e nazionale (o, se del caso, che tale differenza di trattamento, in realtà, non si è verificata).

Ciò comporta indubbiamente un cambiamento delle norme generali che disciplinano l’onere della prova: se non esistesse la disposizione della Direttiva appena menzionata, infatti, per dimostrare di avere subito un trattamento discriminatorio (disuguale e privo di adeguata giustificazione) la parte attrice dovrebbe dimostrare che la disparità di trattamento è ingiustificata. Questo secondo elemento probatorio – la prova della (assenza di) giustificazione - è invece trasferito alla parte convenuta.

È inoltre utile segnalare che se le Direttive parlano a questo punto della *presunzione* che si sia verificato un trattamento discriminatorio, questo avviene perché la prova non è ancora completa in quanto la parte attrice ha accreditato solo i fatti che evidenziano una disparità di trattamento.

Insieme ad un siffatto trasferimento di parte dell’onere della prova, ed in piena coerenza con esso, si verifica anche un’inversione del senso della prova. Mentre, se continuasse a carico della parte attrice, questo elemento probatorio dovrebbe essere negativo (dovrebbe cioè accreditare l’assenza di una giustificazione della disparità di trattamento), in mano alla parte convenuta la prova acquisisce un senso positivo (deve cioè avvalorare l’esistenza della giustificazione menzionata). Occorre considerare che, come ha ripetutamente evidenziato la Corte di Giustizia, tale trasferimento ha una sua motivazione di natura non certo generica - cioè basata sul principio che è necessario favorire la tutela dei diritti fondamentali -, bensì specifica, in quanto fondata sulla constatazione della difficoltà probatoria che in molti casi la parte attrice incontrerebbe se dovesse accreditare l’inesistenza di una giustificazione, mentre l’esistenza di quest’ultima può invece essere avvalorata in ogni caso dalla parte convenuta che ha operato in prima persona in forza di alcuni determinati motivi. Che poi tali motivi costituiscano o meno una giustificazione sufficiente della disparità di trattamento, è naturalmente un’altra questione.

In tal senso, espressioni come “l’onere della prova deve essere posto a carico del convenuto nel caso in cui siffatta discriminazione sia dimostrata” (paragrafo 21 della Direttiva 2000/43/CE e, in termini analoghi, paragrafo 31 della Direttiva 2000/78/CE) non sono particolarmente felici e vanno interpretate nei termini già esposti – come ritengo abbia fatto la Corte di Giustizia.

Il paragrafo 31 del preambolo della Direttiva 2000/78/CE recita espressamente: “Non incombe tuttavia al convenuto provare la religione di appartenenza, le convinzioni personali, la presenza di un handicap, l’età o l’orientamento sessuale dell’attore”. Continua pertanto a rimanere a carico della parte attrice la prova della sua appartenenza a un determinato gruppo, che, in teoria, può non rivelarsi problematica nel caso di gruppi distinti da caratteristiche fisiche, ma può risultare complessa in caso di appartenenza a determinati gruppi ideologici, religiosi o di orientamento sessuale.

D. Discriminazione diretta e indiretta e tipologia delle prove

Gli effetti della divisione dell’onere della prova nei termini sopra esposti sono diversi in funzione del tipo di discriminazione in questione, diretta o indiretta. In linea di principio, dalla discriminazione diretta – che, conformemente alla definizione delle Direttive consiste nel trattamento meno favorevole di una persona rispetto ad un’altra in situazione analoga -, non scaturiscono problemi degni di nota in materia di prova a carico della parte attrice: quest’ultima deve accreditare di fronte all’organo giudiziario nazionale che la disparità di trattamento si è effettivamente verificata.

La discriminazione indiretta crea invece maggiori problemi. A tal proposito occorre considerare le diverse problematiche create dalle forme di discriminazione indiretta che conseguono dall’effetto o dall’impatto diverso e sfavorevole (“disparate impact”) per un gruppo di una misura apparentemente neutra, e dalle forme di discriminazione indiretta dovute all’effetto intrinsecamente pregiudizievole di una misura su una categoria protetta.

È risaputo che il primo tipo di discriminazione indiretta (“disparate impact”) presuppone la possibilità di utilizzare prove di carattere statistico. Le Direttive in questione contemplano espressamente questa eventualità nel preambolo (paragrafi 15 delle Direttive 43 e 78/2000/CE), ma non nell’articolato; questo tipo di prove deve essere considerato ammissibile anche in relazione alla Direttiva 97/80/CE che, malgrado le formulazioni incisive utilizzate nei paragrafi del preambolo, non menziona espressamente tale aspetto. In questi casi, la prova statistica è appunto la prova a carico della parte attrice che stabilisce l’esistenza di una disparità di trattamento. Ciò presuppone che l’attore debba provare di essere stato trattato in modo diverso da altre persone che si trovavano nella sua stessa situazione e che tale disparità di trattamento pregiudica i membri del suo gruppo più di coloro che non vi appartengono. I fatti che l’attore deve provare sono quindi due. Le prove statistiche utilizzate devono essere idonee ad accreditare la disparità di trattamento del gruppo rispetto a quanti non vi appartengono, ma devono altresì risultare affidabili e rigorose agli occhi del giudice nazionale chiamato a valutare i fatti.

Il ricorso a strumenti statistici da parte dell’attore non modifica la natura positiva – non, quindi, negativa, né diabolica – dell’onere della prova trasferito al convenuto. Malgrado la formulazione equivoca delle Direttive e, in particolare, dei preamboli - che va interpretata in modo adeguato-, la parte convenuta non è tanto chiamata a dimostrare che non vi è stata discriminazione, bensì ha piuttosto l’obbligo – come negli altri casi – di provare che la

misura che ha danneggiato la parte attrice, e che danneggia nello stesso modo una percentuale del suo gruppo protetto molto più elevata di quanto non leda chi non appartiene a tale gruppo, è una misura giustificata ai sensi dei parametri stabiliti dalla Corte di Giustizia (è, cioè, necessaria, adeguata e proporzionata).

La modifica dell'onere della prova non comporta alterazioni sostanziali neppure nei casi di discriminazione diretta consistenti in misure apparentemente neutrali, ma con effetti pregiudizievoli per un determinato gruppo protetto. In questi casi l'attore deve dimostrare di aver sofferto di tali effetti pregiudizievoli, apparentemente indesiderati, come conseguenza della sua appartenenza al gruppo in questione, mentre il convenuto deve provare la necessità e la giustificatezza della misura.

E. Restrizioni in campo penale

Come si è visto, al paragrafo 3 del rispettivo articolo le due Direttive dispongono che il trasferimento parziale dell'onere della prova previsto al paragrafo 1 “non si applica ai procedimenti penali”.

Tale disposizione trova il suo fondamento nei principi generali del diritto penale e dei diritti della difesa. Il diritto penale contempla indubbiamente la prova giudiziaria, non si può pertanto considerare esclusa in alcun modo la presunzione. Pertanto, se nel diritto nazionale una determinata violazione commessa nell'applicare il principio di uguaglianza a una delle categorie protette suppone una violazione di natura penale, è indubbio che, in linea di principio, il giudice nazionale possa considerare dimostrata l'infrazione se gli indizi sono stati pienamente provati e se il giudice può ragionevolmente dedurre che da essi si arguisce senza dubbio alcuno – o, se si preferisce, con la nota formula del diritto americano “al di là di ogni ragionevole dubbio” – la condotta sanzionata penalmente.

Questo però esula dal campo di azione delle Direttive. Esse non sanciscono che è sufficiente provare alcuni indizi per stabilire la discriminazione, sebbene, come si è già rilevato, le loro formulazioni sembrano avvicinarsi pericolosamente a una siffatta disposizione. Le Direttive, d'altro canto, non esigono neppure che gli indizi che consentono di supporre l'esistenza di una discriminazione abbiano lo stesso peso degli indizi che, in un processo penale, possono giungere a motivare una condanna. In realtà, in questo ultima ipotesi, la prova sarebbe già talmente completa da rendere superfluo qualsiasi elemento supplementare, cosicché il trasferimento dell'elemento della giustificazione alla parte convenuta risulterebbe ozioso. L'attore avrebbe infatti già permesso di stabilire pienamente l'esistenza di un comportamento discriminatorio doloso o colposo.

Come tutta la tradizione giurisprudenziale e costituzionale che le precede, le Direttive operano nel quadro dell'ipotesi della presenza di elementi probatori di un trattamento sfavorevole che consentono alcune presunzioni, le quali, tuttavia, sarebbero di per sé insufficienti ad accreditare l'esistenza di una discriminazione, appunto perché vi potrebbe essere una causa giustificativa, la cui prova positiva viene trasferita alla parte convenuta. I processi penali sono esclusi dal campo di applicazione della direttiva in quanto, in un processo penale, l'inesistenza di una siffatta causa giustificativa sarebbe un elemento della fattispecie esaminata. Una regolamentazione contraria equivarrebbe ad imporre all'accusato stesso di concorrere a comprovare di aver commesso una violazione di natura penale, il che,

in definitiva, risulterebbe in palese contraddizione con il principio della presunzione di innocenza e con il principio della difesa.

Al contempo la dottrina ha rilevato che il principio di legalità penale potrebbe essere violato a causa della indeterminatezza della condotta delittuosa nei casi in cui la fattispecie discriminatoria è costituita dall'impatto avverso di una misura apparentemente neutra su un gruppo protetto, in particolare allorché la dimostrazione di tale impatto richieda una prova di carattere statistico.

Si segnala un'omissione: i procedimenti con carattere sanzionatorio celebrati di fronte ai giudici amministrativi.

F. Non applicazione in caso di istruzione giudiziaria

Anche questa deroga all'applicazione della modifica dell'onere della prova prevista in ambedue le Direttive del 2000 (paragrafo 5 dei rispettivi articoli) e nella Direttiva 97/80/CE (articolo 4, paragrafo 3) è fondata su un principio evidente: il presupposto per cui l'istruzione dei fatti "spetta all'organo giurisdizionale o all'organo competente". Appare chiaro che, in questi casi, l'istruzione acquisisce un carattere oggettivo e neutro – imparziale-, rendendo così superflua una definizione esplicita della ripartizione dell'onere della prova. Le parti hanno infatti la facoltà, nel rispetto delle norme procedurali nazionali, di produrre di fronte all'organo istruttorio le prove che ritengano pertinenti alla loro rispettiva posizione e di presentare allegazioni sulla loro acquisizione. Le disposizioni delle Direttive relative alla ripartizione dell'onere della prova nei termini già esposti risulterebbero quindi prive di senso. Se, come espressamente indicato dalle Direttive, la finalità di tali disposizioni è di agevolare la dimostrazione di condotte discriminatorie difficilmente comprovabili – principalmente le discriminazioni di carattere indiretto – da parte di chiunque non ne sia responsabile, è evidente che tale difficoltà particolare - all'origine della modifica dell'onere della prova - scompare laddove l'attività probatoria sia svolta in ultima istanza da un organo imparziale e indipendente.

7. Il recepimento delle Direttive in Spagna

La Legge 62/2003 del 30 dicembre 2003, chiamata Legge di misure fiscali, amministrative e di ordine sociale, ha assicurato il recepimento delle due direttive 2000/43/CE e 2000/78/CE. La disposizione relativa alla modifica dell'onere della prova, che ci interessa in questa sede, è sancita all'articolo 36, relativo ai processi civili e ai contenziosi amministrativi, nonché nell'ambito dell'"accesso all'occupazione, l'affiliazione e la partecipazione alle organizzazioni sindacali e imprenditoriali, le condizioni di lavoro, la promozione professionale e la formazione professionale iniziale e continua, nonché l'accesso all'attività indipendente, l'esercizio della professione, l'inserimento e la partecipazione a qualsiasi organizzazione i cui membri svolgano una determinata professione" (articolo 34.1), ed è formulata nei seguenti termini:

"Articolo 36. Nei processi dell'ordinamento giurisdizionale civile e dell'ordinamento giurisdizionale amministrativo in cui dalle allegazioni della parte attrice si deduca l'esistenza di indizi fondati di discriminazione basata sulla razza o l'origine etnica, la religione, le convinzioni, la disabilità, l'età o l'orientamento sessuale delle persone e relativamente alle materie comprese nel campo di applicazione di questa sezione, spetterà al convenuto addurre

una giustificazione oggettiva e ragionevole, sufficientemente comprovata, delle misure adottate e della loro proporzionalità”.

La stessa Legge modifica al contempo la Legge procedurale in materia di diritto del lavoro, il cui articolo 96 viene redatto negli stessi termini. In tal modo si dispone la modifica dell'onere della prova in sintonia con le Direttive in tutti gli ambiti menzionati e, in generale, in tutte le materie di competenza dei giudici del lavoro, nei procedimenti civili, amministrativi e laborali.

È indubbio che si recepiscano misure di lotta contro la discriminazione nel settore pubblico, la motivazione proclama inoltre in termini generali che il quadro stabilito vale anche per la funzione pubblica, ciò nonostante non esiste alcuna disposizione esplicita relativa all'introduzione della modifica dell'onere della prova anche per questo settore. Pertanto, l'applicazione di tale modifica dipenderà più dall'interpretazione che dalla lettera delle norme del diritto nazionale. L'opera di interpretazione dovrà prendere le mosse dal carattere generale della Legge, il cui preambolo afferma *expressis verbis* che la funzione pubblica rientra nel suo campo di applicazione, e in cui figura un riferimento esplicito – precedentemente menzionato - alla giurisdizione amministrativa.

Nello stesso anno della Legge 62/2003, è stata promulgata anche la Legge 51/2003 del 2 dicembre sulla parità di opportunità, la non discriminazione e l'accessibilità universale delle persone disabili, basata a sua volta sulle Direttive del 2000 e sulla Direttiva 2002/72. Tale Legge prevede però la modifica dell'onere della prova, anche se con una formulazione piuttosto particolare volta a contemplare le peculiarità che possono emergere in relazione ai disabili.

“Articolo 20. Criteri particolari in materia di prova dei fatti rilevanti.

1. Nei processi giurisdizionali in cui dalle allegazioni della parte attrice si deduca l'esistenza di gravi indizi di discriminazione diretta o indiretta a causa della disabilità, oltre ad apprezzare tali indizi e alla luce della disponibilità e della facilità probatoria di ciascuna delle parti del litigio e del principio dell'uguaglianza delle parti, il giudice o il tribunale potrà esigere che la parte convenuta adduca una giustificazione oggettiva e ragionevole delle misure adottate e della loro proporzionalità.

2. La disposizione del paragrafo precedente non si applica né ai processi penali, né ai contenziosi amministrativi intentati contro decisioni sanzionatorie.”