

IL DIRITTO D'ACCESSO ALLA PROVA : LA SFIDA DELLA PROVA DELLA DISCRIMINAZIONE NEI PAESI DI CIVIL LAW – L'ESEMPIO DELLA FRANCIA

Sophie Latraverse, giurista, Francia

In passato la discriminazione era perseguita di fronte alle giurisdizioni penali. Il ricorso in sede civile, sostanzialmente derivante dal diritto comunitario, è recente ed i suoi risultati rimangono incerti.

Ci troviamo pertanto di fronte ad un paradosso : gli operatori del diritto padroneggiano meglio l'approccio del ricorso e della prova in campo penale, ma devono misurarsi con il fatto che in questo campo l'onere della prova è talmente esigente da comportare il fallimento della maggior parte delle azioni giudiziarie. Il procedimento penale risulta così generalmente inefficace e non consente l'attuazione nel quotidiano del principio della non discriminazione.

La sfida consiste dunque nel rendere efficace e operativo il nuovo regime giuridico nei paesi in cui la sua impostazione metodologica e probatoria non collima con le procedure giurisdizionali tradizionali.

I- L'ISTITUTO DELLA PROVA NEI CASI DI DISCRIMINAZIONE

1. L'approccio del diritto comunitario

In numerosi paesi, come la Francia, il recepimento delle direttive comunitarie in materia di uguaglianza uomo-donna introduce per la prima volta nell'ordinamento nazionale norme contro la discriminazione, pur mantenendosi fedele al regime giuridico classico, basato sull'errore dell'autore dell'atto discriminatorio e sulla prova, da parte dell'attore, della natura discriminatoria della misura impugnata.

Orbene, le difficoltà derivanti dall'esigenza di provare di fronte al giudice l'intenzionalità discriminatoria dell'autore dell'atto e la natura discriminatoria delle sue decisioni hanno impedito per anni il successo dei ricorsi avviati in sede civile in materia di discriminazione uomo-donna.

La Corte di giustizia delle Comunità europee (CGCE) ha constatato che l'interpretazione data dai giudici nazionali alle disposizioni relative alla prova priva la vittima della discriminazione della possibilità di vedere tutelati i propri diritti in sede giudiziaria. La ricerca della Corte l'ha indotta a definire gradualmente una nuova impostazione dell'onere prova e del regime giuridico, più aderente alle soluzioni del diritto anglosassone, che mira a rendere operativo l'istituto del ricorso.

In una prima fase la Corte ha elaborato una nuova impostazione del regime probatorio e dell'argomentazione relativa all'onere della prova imposto alla parte attrice: con la sentenza Jenkins¹ del 1980, la Corte di giustizia delle Comunità europee (CGCE) introduce un ragionamento per presunzione, basato su un ragionamento deduttivo e sulla prova di elementi fattuali. Di conseguenza, si considera soddisfatto l'onere della prova della parte attrice quando questa consente di accertare l'impatto sfavorevole della

¹ CGCE, 27 marzo 1980, causa 129/79 rec. 1275

decisione oggetto di causa. Il giudice non è più tenuto a ricercare la prova dell'intento discriminatorio del convenuto o della natura discriminatoria della decisione. L'unico requisito necessario è la dimostrazione dell'effetto fattuale della decisione stessa o di quanto la Corte definisce "discriminazione indiretta".

Nel 1993, con la sentenza Enderby², la Corte adotta il criterio più ampio della discriminazione apparente: la prova non deve più essere collegata agli effetti di una misura specifica, ma, per soddisfare l'onere della prova della parte attrice, è sufficiente dimostrare l'esistenza di una situazione discriminatoria di fatto, anche se alcuni dei fattori che concorrono a creare tale situazione non sono direttamente imputabili al datore di lavoro. Il giudice non deve dunque valutare la presenza di un coinvolgimento diretto del datore di lavoro, bensì di una situazione che solo quest'ultimo è in grado di correggere.

In tali condizioni, l'intera argomentazione poggia sulla dimostrazione del valore comparativo e dell'effettivo scarto remunerativo esistente tra le attività lavorative svolte principalmente da donne e le attività esercitate principalmente da uomini. È dunque un risultato non egualitario a suscitare sospetti sulle sue cause.

La differenza di fatto, se non motivata, risulta sospetta e comporta, per il datore di lavoro, l'obbligo di provare che la misura non è discriminatoria. La semplice negazione dell'esistenza di una discriminazione non sarà quindi più sufficiente a soddisfare la Corte.

La prova fornita dalla parte attrice non verterà più sulla natura discriminatoria della decisione e sull'intenzione del suo autore, ma sulla constatazione dell'effetto discriminatorio della misura nei confronti di un gruppo tutelato da uno dei criteri di discriminazione.

Nella causa Bilka, la Corte precisa che il convenuto è tenuto a giustificarsi e a rispondere a quesiti precisi. Egli deve provare la legittimità della decisione o della situazione in questione e, a tal fine, dimostrare che essa non persegue finalità discriminatorie e che è necessaria e proporzionata agli scopi legittimi del datore di lavoro³.

In una seconda fase, la Corte fornisce precisazioni quanto ai fatti che consentono di provare la presunzione o di replicarvi.

La parte attrice deve fornire la prova di elementi di fatto che, combinati, consentano di concludere che sussiste l'apparenza di una differenza di trattamento. Le prove devono basarsi sul raffronto fattuale o teorico tra la situazione del gruppo a cui appartiene la parte attrice e quella delle altre persone. Tali prove sono, per definizione, comparative e gli elementi del confronto sono generalmente in possesso della parte convenuta.

Nella causa Danfoss⁴, la Corte si basa essenzialmente sulla presentazione di statistiche che comprovano l'esistenza di uno scarto retributivo tra gli uomini e le donne. Tale prova è integrata dalla prova dell'opacità e dell'assenza di criteri oggettivi nella politica di gestione delle risorse umane. La somma di tali elementi di fatto induce la Corte a concludere che ci si trova in presenza di un'apparenza di discriminazione.

² CGCE, 27 ottobre 1993, causa C-127/92, rec. I65535.

³ CGCE, 13 maggio 1986, causa 170/84, rec. I607

⁴ Danfoss, CJCE, 17 ottobre 1989, causa C-109/88, rec. 3199.

Nella causa Enderby la corte considera ammissibile la prova relativa al deprezzamento storico delle professioni femminili e la prova della comparabilità della professione di ortofonista, esercitata principalmente da donne, con la professione di psicologo o di farmacista, praticata in via maggioritaria da uomini. La Corte prende altresì in considerazione la prova, fornita dai periti, dell'affidabilità delle statistiche presentate, il contesto storico in cui si sono sviluppate le professioni in questione e la valutazione della comparabilità tra le capacità da esse richieste.

Nella sentenza Nimz la Corte constata che gli uomini vantano un'anzianità superiore rispetto alle donne, fatto che causa la disuguaglianza di retribuzione tra i due gruppi. La Corte trasferisce l'onere della prova al convenuto e impone al datore di lavoro di giustificare le sue tabelle salariali di riferimento per le singole categorie di dipendenti, ribadendo che l'anzianità non costituisce un criterio legittimo di differenziazione salariale fintantoché il datore di lavoro non lo giustifica provando il valore aggiunto specifico dell'esperienza nell'esercizio della professione in questione⁵. La prova della legittimità della decisione e della sua proporzionalità devono essere più circostanziate. È il datore di lavoro a dover convincere.

2. L'attuazione del nuovo approccio nei paesi di civil law

I giudici nazionali hanno accolto con una certa reticenza la giurisprudenza della CGCE. La sua attuazione ha causato tali e tante difficoltà da indurre l'Unione europea ad avviare il processo di adozione di una direttiva sull'onere della prova, che ha richiesto 10 anni di trattative⁶. La direttiva 97/80, relativa ai casi di discriminazione fondata sul sesso, sarà approvata solo nel 1997 e avrà solo poco tempo per sortire i propri effetti prima dell'adozione delle direttive 2000/43 e 2000/78.

Queste nuove direttive introducono un regime giuridico che completa l'evoluzione del diritto comunitario: la parte attrice deve fornire la prova di elementi fattuali che inducano alla presunzione di un'apparente discriminazione. Tale presunzione comporta il trasferimento dell'onere della prova alla parte convenuta.

Il recepimento di tale regime giuridico negli ordinamenti nazionali dei paesi di tradizione civilista crea due problemi di grande rilevanza:

- La necessità di convincere il giudice a concludere che si è in presenza di una apparente discriminazione senza richiedere la dimostrazione di una colpa.
- La necessità di convincere il giudice del diritto della parte attrice di ottenere l'accesso alla prova in possesso della parte convenuta.

I due problemi sono correlati perché, quanto più il giudice si dimostrerà reticente, tanto maggiori saranno le sue esigenze probatorie prima di trasferire l'onere della prova.

Negli ordinamenti giuridici dei paesi anglosassoni, in cui si è sviluppato questo approccio alla prova della discriminazione, l'accesso alla prova è un principio consolidato e non richiede pertanto di essere motivato richiamando la specificità del regime giuridico della normativa in materia di discriminazione. Il giudizio è il luogo in cui vengono acquisite le prove fornite dalle parti. I principi della common law consentono alla vittima di chiedere

⁵ CGCE, 1991, causa C6184/89, rec. I-297.

⁶ Direttiva 97/80 del 15 dicembre 1997, Cfr. M.-T. Lanquetin, *Discrimination à raison du sexe*, Dr. Soc. 1998, 688.

alla controparte - tramite richieste di trasmissione di documenti, interrogazioni preliminari o perizie - l'accesso alle prove utili all'istruzione del proprio fascicolo. Gli avvocati e i giudici dispongono comunemente delle competenze necessarie per ricorrere a tali procedure nell'esercizio delle loro funzioni.

Un siffatto approccio processuale è ampiamente estraneo, ad esempio, alla tradizione giudiziaria francese. Il processo civile, diversamente dal processo penale, si fonda su principi per cui "il processo è cosa delle parti" e "l'onere della prova compete alla parte attrice". Permettere l'accesso dell'attore alla prova tramite imposizioni equivarrebbe a un'ingerenza nel suo obbligo di rispettare l'onere della prova. Anche se la legge prevede un onere meno impegnativo, la parte attrice è tenuta a rispettarlo.

L'accesso della vittima alle prove in possesso della controparte e l'approccio adottato a tal proposito dagli operatori del diritto sono pertanto determinanti per l'effettiva possibilità di far applicare le normative antidiscriminazione in sede civile.

Nei paesi di diritto civile la pratica giudiziaria invalsa impone alla parte attrice di comparire davanti al giudice con tutti gli elementi probatori immediatamente accessibili. Per questo motivo l'attore si vede spesso costretto a ricorrere in sede penale per ottenere l'accesso alle prove.

Le prove detenute dalla parte convenuta non sono infatti immediatamente accessibili e richiedono pertanto la presentazione al giudice di una richiesta, considerata eccezionale per definizione. Il presupposto per l'ottenimento di un'ordinanza di trasmissione di documenti è che la parte attrice abbia già fornito prove sufficienti e si limiti a richiedere alcuni elementi complementari: le norme ordinarie non consentono infatti alla parte attrice di ricorrere a tale procedura per provare i fatti a cui si riferisce la sua richiesta.

Tale concezione del processo civile è così profondamente radicata che, anche in presenza di una giurisprudenza favorevole al principio dell'accesso alla prova in materia di discriminazione, la vittima si trova generalmente confrontata con la reticenza del suo avvocato a concepire una strategia fondata su una richiesta di trasmissione di prove. Il ricorso agli strumenti procedurali per ottenere l'accesso alla prova non rientra infatti nella cultura dei giudici e degli avvocati. Il giudice civile non ha funzioni inquisitorie e non deve prendere parte al processo per consentire la produzione di prove a beneficio della corte.

Questa logica è sviluppata a tal punto che, in Francia, copiare i documenti del datore di lavoro è considerato un furto e le prove ottenute tramite un furto non possono essere prodotte davanti al giudice. Nel processo civile le prove sono infatti di competenza delle parti e sono considerate ammissibili solo le prove ottenute con mezzi legali.

Il giudice dispone solo raramente la produzione di prove e la procedura non prevede interrogatori preliminari o l'obbligo di trasmettere prove supplementari rispetto a quelle immediatamente addotte dalle parti. Il ricorso alle perizie avviene solo in via eccezionale e prevede che il mandato del perito, scelto all'interno di una lista stilata dalla Corte d'Appello, sia assegnato dal giudice. La prassi giudiziaria e la concezione tradizionale del processo civile e della procedura rendono estremamente difficile il superamento dell'onere della prova della parte attrice.

Il rispetto concreto delle norme relative all'onere della prova e la loro evoluzione sono una delle sfide reali dell'attuazione della legislazione antidiscriminazione nei paesi di tradizione civilista. Gli operatori del diritto non concepiscono la fase istruttoria come uno degli aspetti essenziali delle loro funzioni nel quadro dell'iter giudiziario e mancano dell'esperienza necessaria per avvalersene in modo sistematico.

Per questo motivo l'attuazione della legislazione contro la discriminazione non dipende esclusivamente dalla conoscenza del diritto sostanziale, ma richiede anche l'affermazione del diritto di accesso alla prova della parte attrice, nonché alcune evoluzioni della procedura verso un evidenciary process.

II- L'ISTRUZIONE DEL CASO

1. Il riconoscimento del diritto di accesso alla prova: il primo passo

L'azione civile contro la discriminazione pone il problema dell'accesso delle vittime alle prove che la legge definisce comparative e risultano in possesso della controparte o di terzi.

In questo contesto, facilitare l'accesso all'azione legale significa rendere operativa la normativa e far evolvere la cosiddetta « questione dell'accesso alla prova » in materia civile. La materializzazione del diritto di accesso alla prova è un presupposto essenziale per l'attuazione della normativa antidiscriminazione, la cui violazione comporta oggi un rischio minimo di incorrere in sanzioni.

In Francia la legislazione antidiscriminazione origina solo raramente sanzioni penali e rimane inefficace nel diritto del lavoro fino alla metà degli anni '90. Solo grazie a una massiccia mobilitazione dei sindacati, alla fine degli anni '90 i ricorsi per discriminazione sindacale basati sull'evoluzione giurisprudenziale del diritto comunitario riuscirono ad avviare il processo di attuazione. I sindacati incominciarono a dimostrare la presenza di discriminazioni comparando la situazione dei rappresentanti sindacali a quella degli altri lavoratori dipendenti. La sezione sociale della Corte di Cassazione riconobbe progressivamente lo schema d'esame sancito dal diritto comunitario riconoscendo il confronto tra gli avanzamenti di carriera degli attori e quelli degli altri dipendenti come strumento atto a stabilire una presunzione di discriminazione diretta⁷.

La Corte arrivò a riconoscere che privare la parte attrice della possibilità di accedere alle prove in possesso della controparte risulta pressoché equivalente alla privazione della vittima di ogni possibilità di ricorso⁸, e si spinse fino ad imporre al giudice di ricercare le prove in possesso della parte convenuta e di ingiungere la produzione dei documenti necessari alla verifica delle allegazioni di disparità di trattamento della parte attrice.

⁷ Cass. Soc. 9 aprile 1996, n. 1727 P, *RJS* 5/96 n. 550; CCass. Soc. 23 novembre 1999 n. 4290, *RJS* 5/00 n. 498,

⁸ Cass. Soc., 28 marzo 2000, *Fluchère, Dick e sindacato CFDT c. SNCF*, sentenza n. 1027 P+B, Cft : Lanquetin, *Un tournant en matière de preuve des discriminations*, *Dr.soc.* 2000, 589; Cass.crim. 14 juin 2000, *CFDT Interco.*, arrêt no. 2792, 99-81.108

Questa corrente giurisprudenziale inaugura una fase di apertura delle misure istruttorie che potrebbe generare una teoria reale del diritto di accesso alla prova. Malgrado la presenza di una giurisprudenza consolidata, tuttavia, la prassi francese è ancora talmente contraria a tale possibilità da farla ignorare o da farla scontrare con le reticenze aprioristiche dei giudici e degli avvocati.

Non si tratta però che di una prima tappa. Attuare il diritto di accesso alla prova richiede infatti una nuova definizione delle varie fasi procedurali e una formazione specifica degli operatori del diritto. Divulgare la nuova giurisprudenza non è sufficiente, si deve far evolvere la prassi giudiziaria e includere nel tradizionale processo in due fasi, limitato alla redazione delle conclusioni e all'arringa, una fase intermedia volta a consentire alle parti l'accesso alla prova.

2. La metodologia probatoria

La sfida consiste dunque nel far evolvere la pratica di giudici e avvocati verso una metodologia fondata sulla costruzione di una teoria specifica dell'azione che persegua tre obiettivi:

- identificare i fatti da provare
- decidere come stabilirli
- stabilire dove trovare gli elementi fattuali necessari.

La seconda parte della relazione presenta alcuni elementi metodologici utili in sede di istituzione di un fascicolo in materia di discriminazione.

1. La prova accessibile alla parte attrice :

Non avendo piena contezza del diritto o delle norme procedurali in materia di prove, spesso la parte attrice non è consapevole di disporre o di poter disporre di elementi utili. In tali circostanze, la prima fase consiste nell'identificazione dei documenti che il ricorrente ha diritto di ottenere o a cui può avere accesso. Si menzionino ad esempio

- Documenti aziendali a cui può accedere in forza del codice del lavoro :
 - o in quanto dipendente
 - o tramite il sindacato o le istanze di rappresentazione del personale
- Documenti a cui può accedere in forza del diritto d'accesso all'informazione
- Fascicolo e corrispondenza integrale dell'attore
- Dichiarazioni di testimoni (colleghi, terzi coinvolti nella situazione)
- Corrispondenza con l'ispettorato del lavoro o con enti pubblici
- Dichiarazioni di congiunti (ad esempio in caso di molestie)
- Certificati medici o medico-legali
- Documenti attestanti il contesto, ad esempio richieste di beneficiare dell'edilizia popolare
-

Questa prima fase permette alla parte attrice di impegnarsi personalmente e di arricchire il proprio fascicolo. Essa consente altresì di identificare la teoria specifica dell'azione e l'elenco dei documenti da richiedere al convenuto o a parti terze. Tale lavoro preliminare può assumere la forma di una narrazione dei fatti e essere corredato da un esame degli aspetti contestuali elaborato dall'attore e completata da contributi del consulente giuridico

e/o di esperti. Tale processo di elaborazione facilita la valutazione delle potenzialità del caso, dei suoi punti di forza e dei suoi punti deboli e agevola l'elaborazione della strategia dei consulenti della parte attrice.

2. Ricerca degli elementi probatori in possesso del convenuto o di parti terze :

Gli elementi probatori che consentono di ricostruire il processo decisionale all'origine dell'azione sono principalmente in possesso del ricorrente: regolamentazioni interne, schedari dell'ufficio di gestione delle risorse umane, schede individuali, documentazione sull'attribuzione di strutture dell'edilizia sociale, metodi di assegnazione, ecc.

La vittima e i suoi consulenti legali devono ricapitolare i fatti contestuali e relativi al funzionamento della parte convenuta per tentare di identificare, nella teoria e nella pratica, la procedura interna, la forma documentale che l'informazione può assumere, il luogo in cui essa è custodita, i servizi responsabili, ecc.

Già in fase di costituzione del fascicolo, i consulenti legali dovranno studiare gli strumenti giuridici e procedurali che consentono di accedere ai documenti identificati. Gran parte della preparazione del fascicolo è dedicata alla ricerca di tali documenti probatori. Si tratta di specificare con precisione che cosa provare, quali documenti richiedere, in quale fase della procedura è opportuno richiederli e di predisporre l'argomentazione a sostegno della richiesta.

3. Elementi che concorrono alla produzione delle prove :

a. Perizie

Gli elementi probatori a cui l'attore ha ottenuto di accedere devono consentire ai suoi consulenti legali di affinare la teoria specifica dell'azione basandosi sui punti di forza e sulle debolezze del fascicolo documentario. Grazie a tale analisi si possono specificare le perizie necessarie per completare l'esposizione della teoria specifica dell'azione.

Le perizie possono essere utilizzate per provare fatti di natura tecnica, medica o scientifica o per consentire un esame appropriato di fatti emersi dalle prove documentali, ad esempio di prove statistiche o contabili che consentono l'analisi comparata delle remunerazioni o delle penalizzazioni imputabili ad errori nell'avanzamento di carriera. In materia di soluzioni ragionevoli volte a consentire l'accesso al lavoro delle persone disabili, le perizie possono vertere sulla portata e sulla ragionevolezza degli interventi richiesti al datore di lavoro.

In questa fase è di capitale importanza definire chiaramente lo scopo delle perizie e quanto esse devono consentire di provare e partecipare in tal modo alla definizione del mandato assegnato ai periti, un elemento cruciale dell'intero processo.

Negli ordinamenti di diritto civile è infatti il giudice a formulare il mandato dei periti, autonomamente o su richiesta di una delle parti. È vitale fornire un contributo attivo alla definizione del mandato e all'intero processo di elaborazione delle perizie per assicurarsi che il mandato e le conclusioni dei periti siano effettivamente pertinenti.

b. Testimonianze

Negli ordinamenti giudiziari di tradizione anglosassone, l'audizione dei testimoni riveste un ruolo importante nello svolgimento della prova. Esse permettono di chiedere una valutazione preprocessuale della posizione del convenuto e consentono e giustificano spesso la richiesta che quest'ultimo depositi documenti relativi ai fatti contestati nell'azione, che vanno ad arricchire il fascicolo.

In Francia, le procedure giudiziarie non prevedono un interrogatorio preliminare se non in casi eccezionali. Inoltre, i terzi sono reticenti a rendere testimonianze e le parti tendono ad avvalersi di testimoni solo in via accessoria, a titolo complementare.

Con il conforto della prova documentale, l'audizione dei testimoni può tuttavia svolgere una nuova funzione: può rappresentare l'occasione per valutare la credibilità del convenuto o per ricevere informazioni supplementari sul contesto in cui sono stati elaborati i documenti o sull'esistenza di documenti supplementare. Nelle azioni per discriminazione, in cui le difficoltà probatorie sono spesso collegate alla "legge del silenzio", l'audizione dei testimoni può costituire un vantaggio strategico e consentire alla parte attrice di far emergere le discrepanze nel comportamento del convenuto o di acquisire i primi elementi probatori necessari per ottenere un'ordinanza di produzione dei documenti.

c. L'omissione del convenuto di trasmettere gli elementi probatori richiesti dalla parte attrice

In questo periodo di transizione, in cui le parti convenute non sono avvezze a produrre la loro documentazione davanti al giudice per confortare l'argomentazione della parte attrice, si può constatare che molti convenuti decidono di non conformarsi alle ordinanze del giudice e non trasmettono i documenti richiesti. Tale strategia si basa generalmente su un'argomentazione volta a provare che l'attore non ha comprovato la disparità di trattamento e la sua portata.

Poiché l'ordinanza di produzione della documentazione non è emanata dallo stesso giudice che delibera nel merito e questa procedura continua ad essere considerata derogatoria rispetto alla pratica usuale, durante il procedimento giudiziario non ci si deve limitare ad un'argomentazione dei rispettivi oneri della prova delle parti; la mancata esecuzione dell'ordinanza da parte del convenuto dovrà fornire materia per una discussione giuridica degli effetti del rifiuto del convenuto sull'onere della prova dell'attore.

Nella causa *IBM vs. BUSCAIL*⁹, la Corte d'appello di Montpellier ha stabilito nel 2004 che un convenuto che non si era conformato ad un'ordinanza di produzione di documenti utili a comprovare una disparità di trattamento non poteva sostenere l'insufficienza delle prove addotte dall'attore. Un corollario del diritto di accesso ai documenti è che il suo mancato rispetto comporta il trasferimento dell'onere della prova al convenuto.

⁹ CA Montpellier 25 marzo 2003 n. 0200504

Nei paesi di civil law le normative antidiscriminazione rappresentano un campo del diritto in via di elaborazione. La sua efficacia dipende dalla capacità degli operatori del diritto di superare le pratiche giudiziarie tradizionali nell'ottica della procedura civile e del diritto di accesso alla prova. Questo aspetto, spesso trascurato, è di importanza cruciale.

Spero che la mia presentazione abbia aiutato gli operatori del diritto a comprendere la portata del principio dell'accesso alla prova in materia di antidiscriminazione.