

L'onere della prova nei casi di discriminazione: elementi per una concettualizzazione nella prospettiva del diritto privato*

di Matteo Bonini Baraldi

Abstract

Nella maggioranza degli Stati membri sta rapidamente maturando una visione più precisa del ruolo che spetta al diritto antidiscriminatorio. Gli ordinamenti giuridici nazionali hanno incontrato l'esigenza di adeguarsi alle sollecitazioni che la legislazione sulla parità di trattamento esercita sulle tassonomie scientifiche tradizionali dei concetti giuridici. L'onere della prova nei casi di discriminazione è appunto una delle questioni destinate ad incidere in modo significativo tanto sulla struttura quanto sul funzionamento dei sistemi giuridici nazionali. Il presente contributo mira essenzialmente a fornire un'analisi iniziale della distribuzione dell'onere della prova prevista dalle più recenti Direttive CE sulla parità di trattamento raffrontandola con le norme generalmente vigenti in materia di responsabilità civile, e a chiedersi quali elementi esistenti nelle norme e prassi nazionali siano in grado di influenzare l'interpretazione e l'impianto della norma sull'onere della prova disegnati dalle Direttive.

I. Introduzione

Quale principale fonte di regolamentazione dei rapporti sociali e di composizione dei conflitti, il diritto è spesso concepito come una scienza pratica. Ancorché le norme procedurali sembrano generalmente espressione concreta di una serie di conoscenze riservate ai tecnici del diritto e, come tali, appaiano piuttosto avulse dalla realtà, talvolta esse offrono un'opportunità significativa di verificare in concreto la natura pratica delle scienze giuridiche. Questo vale anche in un ambito estremamente delicato quale quello concernente l'antidiscriminazione, area di raccordo tra alcuni dei fondamenti tenuti in maggior conto, ma non ancora pienamente consolidati delle nostre società: il lavoro, quale mezzo di produzione e quale strumento essenziale per la costruzione di una vita dignitosa e gratificante per il singolo e la sua famiglia; il mercato, entità in cui il capitale andrebbe usato per contribuire alla prosperità del singolo, ma anche - tramite la fiscalità - della società in generale; e la persona, intesa quale centro di valori e di interessi, di cui, nell'ottica dei diritti dell'uomo, andrebbero tutelati la dignità e il valore. Alcuni esempi concreti di interconnessione tra questi concetti emergono dalle attuali riflessioni su questioni come la qualità della vita e del lavoro, la riconciliazione tra il tempo del lavoro e il tempo della vita familiare, la partecipazione e la responsabilità sociale delle aziende.

Le discussioni sulla questione della discriminazione sfociano spesso nella determinazione dei valori o degli interessi che dovrebbero prevalere in caso di conflitto manifesto tra aspettative contrastanti a proposito della liceità o meno delle azioni degli operatori del mercato. Per questo motivo, la natura pratica delle scienze giuridiche è fortemente stimolata dai casi di discriminazione, in special modo quando si tratta di provare la discriminazione.

Le riflessioni che seguono non si svolgono nel vuoto. Sul piano teorico, il legislatore comunitario ha varato una normativa che riconosce palesemente al principio della parità di

* Questo scritto riproduce il testo di una relazione tenuta, in lingua inglese, presso l'Accademia di diritto europeo di Treviri il 29 settembre 2008. Si ringrazia l'Accademia per aver curato la traduzione in lingua italiana.

trattamento il ruolo centrale che esso ha sempre detenuto nelle tradizioni costituzionali della maggioranza degli Stati membri. La Corte di Giustizia delle Comunità Europee (di seguito CdG) ha stabilito che la lotta contro la discriminazione “rientra negli scopi sociali della Comunità”¹ e che il principio della parità di trattamento tra uomo e donna è una norma fondamentale del diritto comunitario.² Inoltre, studiosi di varie discipline hanno contribuito ad approfondire la conoscenza di concetti quali parità di trattamento, inclusione sociale, coesione sociale e discriminazione.

La normativa antidiscriminatoria, in particolare, sta vivendo una fase di rinnovato slancio. Grazie alla crescente circolazione – favorita in modo determinante dall’azione dell’UE – di norme prescrittive, diritto giurisprudenziale e analisi comparative, nella maggioranza degli Stati membri sta rapidamente maturando una visione più precisa del ruolo che l’antidiscriminazione dovrebbe svolgere nel diritto contemporaneo. Gran parte degli ordinamenti giuridici nazionali sono inoltre confrontati con l’esigenza di adeguarsi alle sollecitazioni che la normativa in materia di parità di trattamento esercita sulle tradizionali tassonomie scientifiche dei concetti giuridici. Ciò vale in particolare per gli ordinamenti che nel corso della loro storia hanno relegato la normativa antidiscriminazione ai margini del diritto civile o penale, considerandola di natura alquanto destabilizzante. Il presente contributo – senza pretendere di compiere ampie ricostruzioni comparative – mira essenzialmente a fornire un’analisi iniziale della distribuzione dell’onere della prova prevista dalle più recenti Direttive CE sulla parità di trattamento raffrontandola con alcuni concetti generali in materia di responsabilità civile.

II. Elaborare una norma adatta al contesto

L’onere della prova nei casi di discriminazione è appunto una delle questioni destinate ad incidere in modo significativo sulla struttura e sul funzionamento dei sistemi giuridici nazionali. Non a caso sia la Direttiva 2000/43/CE, sia la Direttiva quadro 2000/78/CE dispongono espressamente nel preambolo che “la valutazione dei fatti sulla base dei quali si può argomentare che sussiste discriminazione diretta o indiretta è una questione che spetta alle autorità giudiziarie nazionali o ad altre autorità competenti conformemente alle norme e alle prassi nazionali” (cfr. considerando 15 di ambedue le Direttive). Tuttavia esse dispongono anche in modo molto esplicito che “Le norme in materia di onere della prova devono essere adattate quando vi sia una presunzione di discriminazione e, nel caso in cui tale situazione si verifichi, l’effettiva applicazione del principio della parità di trattamento richiede che l’onere della prova sia posto a carico del convenuto.” (cfr. considerando n. 21 della Direttiva 43 e n. 31 della Direttiva quadro).

La tensione creata dall’esigenza di sostenere una dichiarazione di tale importanza (giustificata da un decennio di giurisprudenza sulla discriminazione di genere) induce a chiedersi quali elementi esistenti nelle *norme e prassi nazionali* siano in grado di influenzare il significato, la ricostruzione e i tentativi di innesto delle regole sull’onere della prova disegnate dalle Direttive. In termini generali, il raffronto tra l’interpretazione classica delle norme sulla responsabilità (civile) e la responsabilità per gli atti di discriminazione nell’ottica delle norme relative all’onere della prova chiama in campo questioni più ampie, quali la natura della discriminazione nelle sue diverse articolazioni (discriminazione diretta, discriminazione indiretta, molestie, ritorsioni), il ruolo dell’intenzionalità, della causalità, della giustificazione e altre ancora. In questa prospettiva è importante rilevare che gli studiosi di diritto dovrebbero continuare ad affinare la comprensione delle questioni legate alla discriminazione per onorare la promessa di categorizzare in modo razionale e basato

¹ Caso 43/75, *Defrenne II*, *Racc.*, 1976, p. 455.

² Casi congiunti C-4/02 e 5/02, *Schonheit c. Stadt Frankfurt am Main*, *Racc.*, 2003, p. I-12575.

su chiari principi quello che sta emergendo come un campo autonomo del diritto e della giurisprudenza.

La normativa che disciplina l'onere della prova figura all'art. 8 della Direttiva 43 e all'art. 10 della Direttiva quadro.³ La stessa formulazione è adottata anche in Direttive successive dedicate alla parità dei generi (articolo 19 della Direttiva 2006/54/CE, articolo 9 della Direttiva 2004/113/EC) e, come ben sappiamo, deriva, anche se non riprende alla lettera, dalla redazione della Direttiva sull'onere della prova del 1997 che, a sua volta, codifica alcune delle *regulae iuris* forgiate dalla Corte di Giustizia in casi di riferimento come *Danfoss*⁴ e *Enderby*.⁵

Questa serie di casi partiva giustamente dal presupposto che i lavoratori, di norma, non possono accedere ai dati o alle informazioni posti alla base di una determinata decisione o, più genericamente, di un determinato accordo. E' nota la famosa affermazione della CdG nella sentenza *Danfoss* secondo cui, in una situazione caratterizzata da una mancanza totale di trasparenza, spetta al datore di lavoro l'onere di dimostrare che "la sua prassi salariale non è in realtà discriminatoria" (par. 13). Essa si fondava sulla circostanza che "il meccanismo degli aumenti individuali applicati alle retribuzioni base è applicato in modo tale che un lavoratore di sesso femminile si trova nell'impossibilità di identificare le cause di una disparità tra la sua retribuzione e quella di un lavoratore di sesso maschile che svolge lo stesso lavoro". Infatti, i lavoratori ignorano quali siano i criteri di aumento che sono applicati nei loro confronti e le relative modalità di applicazione. Essi hanno conoscenza solo dell'importo della loro retribuzione maggiorata, senza poter determinare l'incidenza che ha avuto ciascuno dei criteri di maggiorazione. Quanti rientrano in un determinato livello retributivo sono quindi nell'impossibilità di comparare le varie componenti della loro retribuzione con quelle della retribuzione dei loro colleghi che fanno parte dello stesso livello retributivo" (par. 10). Pertanto, la base razionale dell'attuale disposizione che disciplina l'onere della prova nel diritto comunitario è costituita dall'ipotesi che chi denuncia un trattamento diverso e discriminatorio non abbia accesso a dati sufficienti a consentirgli di "identificare le cause" di una disparità di trattamento. Tale base razionale è funzionale ad un obiettivo generale, generalmente sintetizzato dall'assioma per cui le parti attrici non andrebbero private di strumenti efficaci per far rispettare il principio della parità di trattamento davanti ai giudici nazionali.

La *ratio* dell'attuale norma specifica sull'onere della prova dovrebbe chiarire perché la norma generale non vada interamente seguita nei casi di discriminazione. Richiedendo che l'attore provi i fatti alla base dell'azione, la norma generale parte dall'ipotesi astratta di un attore e di un convenuto come soggetti razionali in grado di esperire tutte le attività procedurali richieste per vincere la causa. L'attuale disposizione, che sarà esaminata approfonditamente in seguito, invece, riconosce una differenza fattuale nella posizione iniziale delle parti interessate e abbandona così il classico approccio astratto per abbracciare un approccio più sensibile al contesto.

Forse non si sono ancora analizzate tutte le implicazioni che questo spostamento concettuale, ormai tradotto in norma consolidata, è destinato ad esercitare su altri elementi

³ '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 procedimenti penali. 4. I paragrafi 1, 2 e 3 si applicano altresì alle azioni promosse ai sensi dell'articolo 9, paragrafo 2. 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.'

⁴ Caso 109/88, *Danfoss*, *Racc.*, 1989, p. 3199.

⁵ Caso C-127/92, *Enderby*, *Racc.*, 1993, p. I-5535.

su cui abitualmente si basano le decisioni giudiziarie. Per comprendere con più precisione il significato dello spostamento dell'onere della prova è quindi necessario esaminare il funzionamento della norma non come monade isolata, ma come uno dei tanti elementi che concorrono alla formazione di ogni decisione giudiziale (o non giudiziale). Questo è tanto più vero in quanto la norma sull'onere della prova non opera alcuna distinzione tra i casi di discriminazione diretta e quelli di discriminazione indiretta, né introduce alcun elemento utile per appurare la natura oggettiva o soggettiva della responsabilità degli atti di discriminazione.

A) Il tipo di esame richiesto

Numerosi autori hanno esposto il funzionamento concreto dell'attuale distribuzione dell'onere della prova, in particolare alla luce della giurisprudenza della CdG e dei giudici nazionali. Generalmente il funzionamento della norma è descritto come comportante un esame in due fasi sia nei casi di discriminazione diretta, sia nei casi di discriminazione indiretta. Nelle ipotesi di discriminazione diretta, la prima fase richiede che l'attore esponga i) una differenza di trattamento e ii) una differenza di genere, origine razziale o etnica, età, orientamento sessuale, ecc., rispetto ad un termine di comparazione prescelto. La seconda fase richiede al convenuto di provare che non vi è stata violazione del principio della parità di trattamento. Il diritto britannico, ad esempio, prevede per il convenuto l'obbligo di fornire una "spiegazione ragionevole" della disparità di trattamento. In assenza di una siffatta spiegazione il giudice dovrebbe dichiarare la sussistenza di una discriminazione.

In termini generali, una pubblicazione di riferimento nel campo del diritto della non discriminazione ha evidenziato la potenziale problematicità di alcuni elementi dell'esame. Potrebbero innanzitutto presentarsi casi, quali la gravidanza o la rettificazione di sesso, in cui l'individuazione di un comparatore corretto potrebbe risultare difficile. E' stato scritto che "la CdG ha negato la necessità di un comparatore nei casi di discriminazione in ragione della gravidanza".⁶ Inoltre, l'esigenza di individuare una "situazione analoga" potrebbe determinare argomentazioni arbitrarie a proposito di chi si trova in una situazione analoga rispetto a chi. In alcuni casi si è posto l'accento più sullo svantaggio che sull'individuazione di una situazione comparabile, enfatizzando piuttosto il rispetto dei diritti della persona in generale che le specificità della normativa antidiscriminatoria.

Nelle ipotesi di discriminazione indiretta, l'attore dovrebbe indicare una disposizione, un criterio o una prassi che mettono in una posizione di particolare svantaggio le persone di un particolare sesso, razza o origine etnica, ecc. Se il convenuto non è in grado di fornire una spiegazione di tale svantaggio e se esso non ha una giustificazione oggettiva, il giudice dovrebbe decretare che sussiste discriminazione indiretta.

Come avviene solitamente, anche in questo ambito il passaggio dalla spiegazione verbale di un concetto alla sua applicazione dà spesso adito a quesiti e a difficoltà che, a loro volta, richiedono un inquadramento teorico più complesso. Di seguito si tratteranno brevemente alcune di queste questioni, relative in un primo momento alla discriminazione diretta e successivamente alla discriminazione indiretta.

B) La prova nella discriminazione diretta: prova indiziaria e ruolo del convenuto

⁶ D. Schiek, L. Waddington, M. Bell, *Cases, Materials and Text on National, Supranational and International Non-Discrimination Law* (Hart Publishing, 2007) 216.

L'esame in due fasi è stato approvato e considerato soddisfacente in vari casi nazionali perché, come affermato da un giudice britannico, 'è inconsueto trovare prove dirette di discriminazione razziale (...) [e] in taluni casi la discriminazione non sarà dettata da cattive intenzioni, bensì dalla semplice presunzione che "lui o lei non si sarebbero inseriti bene"⁷. Nel Regno Unito, ai sensi del Sex Discrimination Act (sezione 63A) del 1975, l'attore deve provare fatti da cui il giudice, in assenza di spiegazioni adeguate, 'potrebbe' dedurre che il datore di lavoro ha commesso un atto di discriminazione contro la parte attrice 'che è illegale'. Nel febbraio 2005 la Court of Appeal britannica, esaminando tre casi correlati⁸, ha stabilito in forma di linee guida i propri orientamenti sull'applicazione dell'onere della prova. È interessante rilevare che la Court of Appeal effettua una distinzione tra *fatti primari* e *fatti secondari*, sottolineando che nella prima fase 'la corte non deve addivenire a determinare in via definitiva che tali fatti inducono a concludere la sussistenza di un atto illecito di discriminazione. In questa fase un giudice analizza i fatti primari prima di esaminare quali inferenze di fatti secondari se ne possono trarre'. Pertanto, nella prima fase dell'esame 'l'esito dipende generalmente dalle inferenze che si possono trarre dai *fatti primari* accertati dal giudice'.

Seguendo una linea analoga, nel febbraio 2006 la Corte Costituzionale spagnola ha considerato che al lavoratore incombe l'onere di presentare alla giudice un "indicio razonable", vale a dire un "principio de prueba" o una "prueba verosimil". L'approccio di ambedue le Corti pare dunque indicare che nella prima fase è sufficiente una prova indiziaria, che cioè una *semiplena probatio* può e deve essere accolta come sufficiente. Da ciò deriva come logico corollario che, quando non può essere fornita neppure una *semiplena probatio*, la parte attrice è destinata a soccombere.

Rispetto alla *semiplena probatio* si pone la questione di quale potrebbe essere il ruolo del convenuto nel tentativo di trasformare questa prova 'mezza piena' in una prova 'mezza vuota'. Alcuni autori britannici hanno affermato che trascurare la spiegazione del datore di lavoro in questa fase potrebbe privare 'definitivamente l'attore di quello che potrebbe rivelarsi un elemento importante della prova a suffragio del suo caso, vale a dire della spiegazione inadeguata o ingannevole del datore di lavoro'⁹. La particolare attenzione dei giudici e della letteratura britannica per la "spiegazione ragionevole" deriva dalla formulazione della normativa britannica che, anche se in modo limitativo, potrebbe essere trasposta nel concetto continentale di 'prova contraria'. Il dibattito specifico britannico, che potrebbe tuttavia emergere anche in altri sistemi giuridici, consiste nello stabilire se tale prova contraria possa o debba essere ammessa già nella prima fase o solo nella seconda fase ed esclusivamente alle condizioni restrittive indicate dalla Court of Appeal.

Per quanto riguarda la seconda fase dell'esame, la Court of Appeal britannica ha stabilito che, per adempiere all'onere della prova, il datore di lavoro deve dimostrare "sulla base di una ragionevole probabilità, che il trattamento non è in alcun modo basato sul sesso". Riguardo tale specifica questione, la Corte ha aggiunto che ciò 'impone al giudice di non valutare semplicemente se il datore di lavoro ha fornito una spiegazione comprovata dei fatti da cui si possono trarre tali inferenze, ma anche se essa sia sufficiente ad ottemperare all'onere della prova, sulla base di una ragionevole probabilità, che il trattamento in questione non è basato sul sesso".

Sempre in relazione alla prova contraria, la Corte Suprema svedese¹⁰ ha ritenuto che non sarebbe logico ammettere la produzione delle prove di ambedue le parti sugli stessi fatti, perché ciò determinerebbe l'apprezzamento individuale contemporaneo di tutte le prove

⁷ UK Court of Appeal, *King v. Great Britain-China Centre* [1992] ICR 516, 528, per Neill LJ.

⁸ *Igen v. Wong; Chamberlin and Another v. Emokpae; Webster v. Brunel University* [2005] 3 All ER 812.

⁹ N. Cunningham, 'Discrimination Through the Looking-Glass: Judicial Guidelines on the Burden of Proof', (2006) 3 Industrial Law Journal, 279, 287.

¹⁰ NJA 2006 s 170.

presentate nel procedimento. Prediligendo l'esame in due fasi, la Corte ha invece statuito che le prove prodotte dal convenuto non sono in alcun modo rilevanti nella prima fase e che, nella seconda fase, esse dovrebbero riguardare esclusivamente fatti diversi da quelli già accertati nella prima fase, i quali non sono più confutabili.

È quindi aperta la questione se la nuova norma sull'onere della prova sia suscettibile di produrre ripercussioni anche sul regime generale secondo cui il convenuto ha sempre la facoltà di produrre una prova contraria per i fatti contestati dall'attore. Poiché nella prima fase l'attore deve dimostrare un insieme di elementi limitato, anche se importante, potrebbe essere corretto ipotizzare che al datore di lavoro andrebbe almeno consentito di presentare elementi fattuali contrastanti su questi aspetti specifici. Non si tratterebbe però ancora di una "spiegazione ragionevole", quanto piuttosto di una prova contraria su determinati fatti ammessa dai principi procedurali generali.

In conclusione, nella prima fase dell'esame il convenuto può presentare i suoi elementi probatori sotto forma di prova contraria; nella seconda fase, come vedremo, malgrado la concentrazione apparente delle Direttive su un elemento negativo ("che non vi è stata violazione di...") il convenuto dovrà produrre elementi positivi che mettano in evidenza un nesso causale alternativo tra la caratteristica distintiva e il trattamento meno favorevole.

C) La discriminazione diretta: inferenze, presunzioni, rapporto di causalità

È dunque evidente che la prima fase vede il coinvolgimento di tutti i tre principali protagonisti di un'azione giudiziaria: l'attore, che deve presentare alcuni fatti (primari) rispetto agli elementi di cui sopra; il convenuto, che potrebbe dimostrare fatti contrari a proposito degli stessi elementi al fine di provare uno scenario diverso; e il giudice, a cui è affidato il compito di inferire se i fatti (primari) esposti dall'attore sono in grado di creare la presunzione di un illecito trattamento differenziato, che potrebbe a sua volta dimostrare la fondatezza di una sentenza di discriminazione. Come previsto dalle Direttive, spetterà al convenuto "provare che non vi è stata violazione del principio della parità di trattamento". Inteso in questo modo, l'esame pare diventare un'analisi in tre fasi piuttosto che in due.

Questa conclusione getta un po' di luce sul meccanismo della presunzione e suscita quesiti supplementari. In termini semplificati, la presunzione è un meccanismo o un processo che consente di identificare un fatto ignoto a partire da un fatto noto. La questione consiste qui nel comprendere se le Direttive intendevano veramente introdurre un semplice meccanismo presuntivo o se miravano a qualcosa di diverso. Se così fosse, il diritto interno sulle regole generali che disciplinano la presunzione potrebbe risultare incompatibile con le Direttive perché ne determinerebbe un recepimento insufficiente.

Vi sono fatti comunemente risaputi, i fatti notori, che pertanto non devono essere provati, ad esempio che l'acqua gela a 0°C. O che chi si abbraccia e si bacia in un ristorante non sarà esortato a lasciare il locale. Tuttavia, le parti di un'azione in giudizio dovranno provare la maggioranza dei fatti posti alla base delle loro pretese. Alcuni saranno dimostrati producendo documenti, altri grazie alle testimonianze dei testi, altri ancora saranno provati tramite presunzione: la lunghezza delle impronte lasciate dai pneumatici sulla carreggiata dopo una frenata improvvisa rivelerà la velocità di avanzamento dell'automobile.

A ben vedere, ed è qui il punto centrale, il concetto giuridico di 'discriminazione' quale 'differenziazione di trattamento contraria alla legge' non è propriamente un fatto. La discriminazione potrebbe essere descritta in modo più accurato come una narrazione normativa di un determinato insieme di fatti umani. O potrebbe essere definita come un'etichettatura concettuale che applichiamo a una determinata realtà, esattamente come gli illeciti, il dolo o la vessatorietà, che sono tutti concetti normativi e non fatti. Un primo significato immediatamente percettibile delle norme che disciplinano l'onere della prova è

che tali norme non riguardano tanto questo metadiscorso, bensì i fatti che integrano i vari elementi di cui il concetto normativo si ritiene costituito. Il problema della prova, quindi, è profondamente correlato con gli elementi sostanziali che la legge – tenendo conto delle manifestazioni della discriminazione come pratica sociale – considera attinenti a qualcosa che essa descrive (o prescrive) come ‘discriminazione’.

Le caratteristiche specifiche del costrutto giuridico ‘discriminazione’ richiedono pertanto un ulteriore approfondimento. Concludere che sussiste discriminazione dal punto di vista giuridico è un’*elaborazione* umana di un determinato complesso di fatti. Di conseguenza, nel loro secondo significato, le norme che disciplinano l’onere della prova riguardano anche l’esercizio di elaborazione di fatti naturalistici accertati o presunti dal giudice. Se la norma che disciplina l’onere della prova sancita dalle Direttive dovesse essere ridotta al primo significato (cioè che determinati fatti naturalistici possono essere dimostrati tramite presunzione), essa non apporterebbe nulla di nuovo alle norme procedurali preesistenti. Invece, la legge comunitaria in vigore parla di fatti da cui può essere dedotta la sussistenza di “discriminazione”. Poiché il concetto giuridico di “discriminazione” è costituito di vari elementi, è cruciale valutare non tanto *in che misura*, bensì *su quali elementi* l’attore deve provare fatti in grado di trasferire l’onere della prova sulla controparte.

Ad un esame più attento, nel caso della discriminazione diretta gli elementi che compongono la definizione normativa di discriminazione sono i) il trattamento meno favorevole, ii) in raffronto ad un’altra persona, iii) in una situazione analoga, iv) sulla base di una caratteristica protetta. Innanzitutto, almeno nel diritto comunitario, non si menziona alcuno stato soggettivo in capo a chi discrimina, quali l’intenzionalità o la colpa. A titolo illustrativo, la Legge generale sulla parità dei Paesi Bassi parla più precisamente di ‘distinzione’, invece che di discriminazione, ed esige che il convenuto ‘provi che l’atto contestato non violava la presente legge’. È stato spiegato che il termine “discriminazione” ‘avrebbe dato erroneamente l’impressione che il presunto discriminatore avesse l’intento di discriminare e di causare uno svantaggio’.¹¹

Pur essendo impossibile in questa sede indugiare in un’analisi comparativa dettagliata, sembra corretto affermare che si assiste ad una tendenza generale ad abbracciare una nozione oggettiva di discriminazione come concetto giuridico. Negli ordinamenti di diritto civile, la responsabilità oggettiva implica che gli unici elementi rientranti nella definizione normativa di ogni atto illecito sono i) l’atto o il fatto, ii) il danno, e iii) il nesso causale tra i due, indipendentemente dall’intenzione, dalla colpa o dalla motivazione. Il nesso causale tra l’atto o il fatto e il pregiudizio subito di cui si richiede il risarcimento consente generalmente al giudice di stabilire se il danno è effettivamente risultante da quell’atto o fatto particolare e gli permette inoltre di individuare ed escludere tutti i pregiudizi che non vanno risarciti in quanto non derivano immediatamente dall’atto o dal fatto. Il nesso causale è pertanto un elemento centrale di ogni giudizio in materia di responsabilità per illecito civile. Sarebbe possibile tracciare qui un parallelo con la responsabilità civile dei produttori o con la responsabilità di chi si dedica ad attività pericolose: è irrilevante che il produttore non volesse che il tostapane scoppiasse in faccia ad un bambino che stava tostandosi una fetta di pane, o che i proprietari della fabbrica di fuochi d’artificio saltata in aria fossero colpevoli o meno. La legge si accontenta dell’esistenza di un nesso causale tra l’atto o il fatto e il danno. Di conseguenza, la prova che il convenuto deve fornire per esentarsi dalla responsabilità civile deve essere estremamente rigorosa e si fonda sempre su circostanze oggettive, ad esempio forza maggiore, o eventi naturali accidentali e imprevedibili, o aver fatto tutto il necessario per evitare il pregiudizio.

¹¹ M. Gijzen, ‘Report on measures to combat discrimination: Directive 2000/43/EC and 2000/78/EC. Country report Netherlands’, European Commission, 2005, p. 13-14.

Comparando ora gli elementi della 'discriminazione' con gli elementi della responsabilità oggettiva per un illecito, si rileva immediatamente che 'trattamento meno favorevole' è un'espressione concisa che comprende sia l'atto o il fatto (di norma una differenziazione nel trattamento riservato ad alcuni soggetti), sia il danno da questo provocato (le conseguenze sfavorevoli che ne derivano). Affinando ancora l'analisi, appare che i tre restanti elementi (comparazione con un'altra persona; in una situazione analoga; sulla base di una caratteristica protetta) risultano essere tre elementi specifici che caratterizzano la peculiarità della struttura del nesso causale nella maggioranza dei casi di discriminazione diretta.

Ne deriva che nei casi di discriminazione la tensione onnipresente tra il rapporto di causalità e l'ostinata ricerca di un intento dovrebbe essere risolta rinunciando a chiedersi "perché questa persona è stata trattata meno favorevolmente?". Infatti un approccio di questa natura rischia realmente di introdurre un'indagine sulla volontà del responsabile, non prevista in alcun modo dalla legge. Poiché non risultano necessari né intento, né colpa, la ragione soggettiva per cui una persona è stata posta in una situazione meno favorevole dovrebbe risultare irrilevante. Questa è l'impostazione normalmente applicata nei casi in cui sono in gioco *stereotipi* (anche se corretti in termini fattuali) o *pretese apparentemente ragionevoli* (ad es. pressioni da parte di terzi). Come si è affermato, 'se la differenza avviene sulla base della razza, le ragioni o il movente che la ispira sono irrilevanti (...). La vera essenza della legge consiste nel richiedere che i fornitori di servizi trattino ogni singola persona come individuo, non come membro di un gruppo. Non si dovrebbe supporre che l'individuo sia portatore delle caratteristiche che il fornitore di servizi associa con il gruppo, indipendentemente dal fatto che nella realtà la maggioranza dei membri del gruppo presentino o meno tali caratteristiche'.¹²

Quali sono le implicazioni di questo tipo di ricostruzione per l'onere della prova nei casi di discriminazione? A mio avviso è piuttosto evidente che la questione centrale riguarda gli elementi peculiari che contraddistinguono il rapporto di causalità nei casi di discriminazione diretta. In tal senso, quanto deve essere chiarito è che, in un'ottica "naturalistica", la causa del trattamento meno favorevole è verosimilmente un atto umano, generalmente la condotta di qualcuno. In un'ottica giuridica, invece, la "causa" della discriminazione è l'uso del fattore protetto in combinazione con tale atto.

Sebbene possa sembrare ovvio, va sottolineato che l'antecedente giuridico di una sentenza di discriminazione è appunto un "atto discriminatorio", non ogni atto che risulti in una differenziazione; dopotutto, differenziazioni che causano trattamenti sfavorevoli sono all'ordine del giorno nella vita quotidiana. In termini di causalità, l'elemento specificamente problematico si manifesta quando le differenziazioni si fanno differenziazioni discriminatorie. La questione è, appunto, come provare la natura discriminatoria di un determinato atto di differenziazione.

Un giudizio di discriminazione è un'elaborazione teorica volta ad appurare se una determinata serie di fatti naturalistici sia effettivamente illecita, cioè contraria al principio giuridico della parità di trattamento. Una sentenza di non discriminazione implica che l'atto o il fatto compiuto dall'attore non sussiste o che, se è sussistito, non può essere considerato illecito. Solitamente, l'aspetto più controverso è appunto la liceità o l'illiceità di una determinata differenziazione.

Ciò aggiunge alla presente argomentazione uno spostamento concettuale piuttosto pronunciato: mentre di norma si afferma che la discriminazione diretta è la forma di discriminazione più palese e manifesta, è chiaro che, in una prospettiva procedurale, l'elemento ignoto, fintantoché non provato, è appunto la natura discriminatoria dell'atto di

¹² UK House of Lords, 9 December 2004, *R v. Immigration Officer at Prague Airport and another* [2005] 2 AC 1, per Baroness Hale. V. anche D. Schiek, L. Waddington, M. Bell, *Cases, Materials and Text on National, Supranational and International Non-Discrimination Law*, op. cit., p. 233.

differenziazione compiuto dal convenuto. L'elemento ignoto, dunque, coincide normalmente con questa forma particolare di 'causalità giuridica': il trattamento differenziato è stato conseguenza diretta dell'uso del fattore protetto come base decisionale (ad es. della mancata promozione) da parte del datore di lavoro?

Lo strumento principale offerto e richiesto dalla versione attuale della legge per trovare la risposta a questo quesito è la *comparazione*. Tale meccanismo consente (o impone) all'attore di adottare un approccio "relazionale" fin dall'inizio, allo scopo di svelare l'illiceità del trattamento subito tramite un raffronto con quello subito, o non subito, da altre persone in una situazione analoga. Tuttavia, scegliendo un approccio oggettivo alla responsabilità civile per discriminazione, 'i comparatori diventano una delle strade principali per accertare il rapporto di causalità, non la via esclusiva'.¹³

Nell'affrontare la questione della ripartizione dell'onere probatorio, è pertanto importante chiarire che il meccanismo presuntivo può vertere sia sulla sussistenza di fatti naturalistici ignoti, sia sull'illiceità di un determinato atto o condotta. Nel primo caso, le presunzioni possono intervenire sia a vantaggio, sia a svantaggio di ambedue le parti: per esempio, a vantaggio dell'attore si potrà presumere che – vista la struttura gerarchica dell'azienda – il licenziamento, pur in mancanza di un documento scritto, è stato posto in essere da questo o quel responsabile di unità. Nel secondo caso, le presunzioni possono generalmente coadiuvare l'attore nell'indicare l'esistenza di un *nesso causale credibile* tra la condotta del convenuto e il trattamento subito. È probabilmente in questo senso che la Court of Appeal britannica parla di *fatti secondari*. È stato evidenziato che in alcuni approcci nazionali, ad esempio nei Paesi Bassi e nel Regno Unito, per innescare il trasferimento non è sufficiente presentare una differenza di trattamento e una differenza di caratteristiche protette, ma va anche dimostrato, ad esempio, che l'attore soddisfaceva i requisiti minimi indicati nell'inserzione di lavoro e che egli disponeva di una qualifica almeno equivalente a quella della persona scelta per il raffronto. Tali elementi dovrebbero consentire al giudice di sospettare l'esistenza del nesso causale richiesto in quanto evidenziano l'uso di un fattore protetto abbinato ad un atto di differenziazione.

La norma sull'onere della prova presenta elementi che rendono raccomandabile non limitarne l'applicazione ai fatti naturalistici. Si tratta di una norma concepita per coadiuvare l'attore - e il giudice - nella valutazione del rapporto giuridico di causalità specifico dei casi di discriminazione. È una norma rivolta alla connotazione normativa dei fatti, non ai fatti in se stessi. In ultima analisi, il concetto di 'presunzione di discriminazione' potrebbe essere considerato come formulazione concisa di un costrutto più elaborato, definibile anche come "presunzione che un determinato atto di differenziazione che ha prodotto un determinato effetto pregiudizievole fosse basato su un fattore protetto".

In conclusione, è importante sottolineare che la *semiplena probatio* richiesta all'attore riguarda principalmente il primo elemento della fattispecie (un atto di differenziazione e una conseguenza pregiudizievole, vale a dire il 'trattamento meno favorevole') e *solo parte* degli elementi specifici che integrano il nesso causale nei casi di discriminazione. Se il pieno nesso causale dovesse essere accertato nella prima fase dell'esame, l'attore avrebbe già completamente provato la sussistenza della discriminazione.

Una lettura alternativa della norma sul trasferimento dell'onere della prova potrebbe far propendere per la presunzione di colpa. L'ordinamento britannico sembra presentare alcuni elementi di una siffatta lettura alternativa laddove richiede all'attore di fornire una 'spiegazione ragionevole', che potrebbe apparire come una sorta di proscioglimento dalla colpevolezza. Una tesi che abbracciasse la presunzione di colpa come unica lettura possibile della norma che disciplina l'onere della prova lascerebbe tuttavia eccessivo spazio a interpretazioni 'moralì' della responsabilità civile. Un approccio che ricerchi in

¹³ D. Schiek, L. Waddington, M. Bell, *Cases, Materials and Text on National, Supranational and International Non-Discrimination Law*, op cit, 209.

'cattivi comportamenti', 'colpa' o 'male' il fondamento della responsabilità civile implica una concezione troppo poco laica della responsabilità stessa. Dal punto di vista tecnico, per essere liberarsi dalla responsabilità, il convenuto deve dimostrare esclusivamente di aver rispettato le norme fondamentali della diligenza del buon padre di famiglia (l'esame abitualmente applicato per accertare l'assenza di responsabilità o di colpevolezza). Ma ciò non vale affatto nell'ambito della del diritto antidiscriminatorio.

Nella maggioranza dei casi si chiederà al convenuto di confutare la natura discriminatoria del suo atto e, per prevalere, di dimostrare elementi oggettivi *positivi* che possano essere verificati e misurati concretamente per evidenziare un nesso *specifico* con una causa o una ragione non discriminatoria *alternativa* (la 'ragione non legata al sesso' nelle cause per discriminazione di genere). Il convenuto dovrà cioè dimostrare che il salario ridotto o la mancata promozione derivano da criteri o fattori diversi da quelli vietati o protetti, ad esempio una maggiore produttività, la chiusura della filiale, ecc. Inoltre, egli potrebbe provare che una differenziazione dovuta a determinati fattori personali esiste, ma non si tratta di fattori protetti dalla legge (ad esempio lo stato civile). Tale approccio non consente di sostenere l'interpretazione per cui lo spostamento dell'onere della prova andrebbe inteso come presunzione di colpevolezza.

La norma sullo spostamento dell'onere della prova pare pertanto essere una norma sulla diversa distribuzione del rischio dell'insufficienza di prove. Mentre generalmente ogni incertezza relativa ai fatti danneggia colore che avevano l'onere di provarli, attraverso l'inversione dell'onere il rischio di non essere in grado di fornire una prova completa è trasferito sul convenuto, che sopporta il rischio dei casi dubbi.

In conclusione, va ricordato che il testo attuale della norma non pare prevedere alcuna giustificazione ammissibile per la discriminazione diretta. Il convenuto non potrà dunque invocare esigenze generali di mercato o considerazioni di natura budgetaria come fattori di giustificazione della differenziazione illecita. Egli potrà, in casi limitati, far valere la disposizione delle Direttive che consente di tenere in considerazione i "requisiti essenziali e determinanti", che non costituiscono una giustificazione formale ma limitano piuttosto l'ambito di applicazione dell'illiceità di una determinata differenziazione. Per questo motivo, l'articolo 4 di ambedue le Direttive non va visto come una disposizione procedurale, bensì come una norma di legge sostanziale sull'ambito materiale del divieto di discriminare. A livello procedurale, tuttavia, si pone la questione di valutare se i requisiti occupazionali di cui sopra risultano compatibili con il criterio di proporzionalità. È evidente che, conformemente alle norme generali, l'onere di dimostrare la proporzionalità delle misure adottate grava sul convenuto.

III. La discriminazione indiretta: background

Nei casi di discriminazione indiretta gli elementi su cui si pone l'accento sono almeno quattro, vale a dire i) una disposizione, un criterio o una prassi apparentemente neutri, ii) un particolare svantaggio, iii) il raffronto con altre persone e iv) una giustificazione oggettiva. Sebbene la discriminazione indiretta comporti varie difficoltà di natura teorica e pratica, nell'ottica della concettualizzazione dell'onere della prova essa risulta molto meno problematica della discriminazione diretta. Spesso, anche se non sempre, questo è imputabile al fatto che la disposizione, il criterio o la prassi di cui si avvale il convenuto sono noti, non ignoti:¹⁴ può trattarsi della prossimità alla pensione, dell'orario di lavoro a tempo parziale, delle norme su salute e sicurezza al lavoro (per esempio quelle che vietano di indossare copricapi o il velo). Inoltre, a volte lo svantaggio si manifesta

¹⁴ Vedi anche E. Ellis, *EU Anti-Discrimination Law*, Oxford University Press, 2005, p. 89.

addirittura *in re ipsa*: abbinare un benefit al matrimonio esclude chiaramente tutti coloro che non possono contrarre matrimonio in ragione dell'orientamento sessuale. È inoltre automaticamente evidente che i più anziani sono più vicini alla pensione.

In altri casi, provare l'effetto pregiudizievole richiede indagini più complesse: un regime di retribuzione integrativa, ad esempio, può tradursi in uno svantaggio per i lavoratori a tempo parziale, ma la sua natura discriminatoria in ragione del genere emerge solo a seguito di un'analisi d'impatto piuttosto elaborata. La dottrina ha prodotto alcune complesse concettualizzazioni delle principali questioni in gioco nei casi di discriminazione indiretta,¹⁵ evidenziando innanzitutto la necessità di accertare a quali fattori sia imputabile l'effetto pregiudizievole e sottolineando, in secondo luogo, che è decisivo determinare come provare tale effetto. Per quanto riguarda la prima esigenza, si è osservato che, grazie all'utilizzo del termine 'prassi' nelle Direttive, l'attore non deve più dimostrare l'esistenza di un requisito o di una condizione specifica che è tenuto a rispettare. Nel caso *Enderby* la Corte di Giustizia ha già accettato che si può riscontrare una discriminazione indiretta anche in assenza di 'particolari disposizioni' (paragrafo 15). Questo fatto, che sposta l'attenzione da una condizione isolata agli effetti potenzialmente discriminatori per un determinato gruppo di persone, giustifica a sua volta una lettura più 'collettiva' del divieto di discriminazione indiretta.¹⁶

Quanto alla questione della prova dell'effetto pregiudizievole, due sono gli approcci individuati: quello *statistico* (che traduce la formula del 'disparate impact', o divario consistente e sfavorevole) e quello *qualitativo*. Talora la possibilità di affidarsi all'approccio statistico può comportare un vero e proprio vantaggio per l'attore, che è così in grado di svelare casi nascosti ma diffusi di discriminazione indiretta; talvolta però esso può anche rivelarsi un ostacolo insormontabile. È per questa ragione che le due Direttive non si riferiscono più a una 'proporzione sostanzialmente più elevata', ammettendo così anche approcci non statistici alla discriminazione indiretta.

A) Il 'disparate impact' attraverso la prova statistica e l'approccio qualitativo

È stato scritto che 'le statistiche servono a evidenziare il fatto che l'uso di misure apparentemente neutre comporta tuttavia uno svantaggio specifico per determinate categorie di persone'.¹⁷ Lo svantaggio è provato dal raffronto tra quote proporzionali, e non tra numeri assoluti. Quando, per scelta o per obbligo, si opta per l'approccio statistico si dovrebbe seguire una metodologia specifica, consistente innanzitutto nell'identificazione di un gruppo di riferimento (gruppo A) e di un gruppo di comparatori (gruppo B) e, in secondo luogo, nella suddivisione degli individui che compongono ogni gruppo in due categorie, a seconda che presentino o meno la caratteristica protetta o, per dirla altrimenti, che 'corrispondano alla categoria dominante o maggioritaria e alla categoria tradizionalmente svantaggiata o minoritaria'.¹⁸ È poi necessario stabilire il rapporto proporzionale tra i membri delle due categorie di ogni gruppo, determinando ad esempio che nel gruppo A il rapporto proporzionale tra donne e uomini è pari a X, mentre nel gruppo B è pari a Y. È generalmente riconosciuto che la misura contestata è *prima facie* discriminatoria se la

¹⁵ D. Schiek, L. Waddington, M. Bell, *Cases, Materials and Text on National, Supranational and International Non-Discrimination Law*, op. cit., pp. 323 ss., 372 ss.; C. Tobler, *Indirect Discrimination. A Case Study into the Development of the Legal Concept of Indirect Discrimination under EC Law* (Intersentia, 2005).

¹⁶ D. Schiek, L. Waddington, M. Bell, *Cases, Materials and Text on National, Supranational and International Non-Discrimination Law*, op. cit., p. 397.

¹⁷ O. De Schutter, 'Methods of Proof in the Context of Combating Discrimination', in *Proving Discrimination. The Dynamic Implementation of EU Anti-Discrimination Law: The Role of Specialised Bodies*, Report of the First Experts' Meeting, January 2003, p. 24.

¹⁸ O. De Schutter, *Methods of Proof in the Context of Combating Discrimination*, op. cit., p. 27.

quota proporzionale delle persone portatrici della caratteristica protetta nel gruppo di riferimento (X) è inferiore a quella del gruppo di comparatori (Y).

Una difficoltà concreta di questo approccio consiste nella scelta del gruppo di comparatori più appropriato. Si è sottolineato che in linea di principio sussistono varie possibilità: le persone nello stesso ambiente di lavoro, tutti i dipendenti assunti o tutti i potenziali dipendenti, o un campione di persone interessate dalla misura. È evidente che 'scegliere attentamente il gruppo di comparatori è decisivo per il successo di un'azione di discriminazione indiretta in cui è richiesto un 'disparate impact' rigorosamente provato'; si è pertanto suggerito di evitare gruppi di comparatori eccessivamente ampi.¹⁹ Altri hanno rilevato che la scelta del gruppo di comparatori 'è una questione su cui i giudici detengono un notevole margine discrezionale e la sensibilità del loro approccio in questo contesto è direttamente correlata con la possibilità che il concetto di discriminazione indiretta intervenga per creare un'effettiva uguaglianza'.²⁰ Si rende, dunque, necessaria un'adeguata formazione della magistratura sulle peculiarità della discriminazione indiretta, nonché un'attenta costruzione del *dossier* da parte dei legali coinvolti.

Una seconda difficoltà di ordine pratico consiste nel determinare se l'impatto di una determinata misura è effettivamente 'disparate' e, quindi quale sia il significato dell'espressione 'sostanzialmente più elevata'. A questo proposito, poiché l'espressione non figura nelle Direttive del 2000, è sufficiente rammentare che la CdG ha palesamente ammesso la possibilità di riconoscere differenze statistiche meno rilevanti, allorché si possa comunque dimostrare che il 'disparate impact' aumenta nel tempo, generando una tendenza negativa.²¹ Nell'ottica dell'onere della prova, l'importante è sottolineare che la produzione di prove statistiche credibili e scientificamente solide è generalmente ritenuta sufficiente per trasferire l'onere della prova al convenuto, il quale dovrà dunque fornire al giudice spiegazioni specifiche e alternative dell'impatto discriminatorio del provvedimento, criterio o prassi adottati.

Il secondo approccio alla discriminazione diretta non si basa sull'evidenza statistica e sul raffronto tra le quote proporzionali delle categorie avvantaggiate e svantaggiate, ma sulla capacità 'intrinseca' della misura di mettere in una situazione di svantaggio persone che appartengono ad una categoria protetta. Altri commentatori hanno osservato che tale approccio deriva dalla prospettiva adottata dalla CdG in casi relativi alla libera circolazione dei lavoratori e alla discriminazione in ragione della nazionalità, come nella sentenza *O'Flynn*,²² in cui, al paragrafo 20, la Corte parla appunto di 'particolare svantaggio'. Le Direttive del 2000, dunque, si sono allontanate da una nozione rigorosa di discriminazione indiretta come 'disparate impact'; alcuni studiosi hanno evidenziato che questo potrebbe rendere più semplice l'individuazione della discriminazione in casi in cui le statistiche non sono di grande utilità, come le questioni relative al velo o quelle che coinvolgono le persone gay e lesbiche, e, allo stesso tempo incoraggiare basi fattuali meno esatte, quali forse gli stereotipi o le generalizzazioni sulle caratteristiche di un gruppo.

B) La giustificazione

La principale *ratio legis* del divieto di discriminazione indiretta, la necessità di indirizzare la ripartizione spontanea di opportunità o risorse socio-economiche verso una partecipazione più equa dei vari gruppi sociali, rende pressoché inevitabile l'ammissione della possibilità

¹⁹ D. Schiek, L. Waddington, M. Bell, *Cases, Materials and Text on National, Supranational and International Non-Discrimination Law*, op. cit., p. 401, 407.

²⁰ E. Ellis, *EU Anti-Discrimination Law*, op. cit., p. 95.

²¹ Caso C-167/97, *Seymour-Smith e Perez*, Racc., 1999, p. I-623, paragrafo 61.

²² Caso 237/94, *O'Flynn*, Racc., 1996, p. I-02617.

di giustificare la discriminazione indiretta, poiché a volte gli attori privati non sono in grado di influenzare il funzionamento delle variabili che possono essere ritenute responsabili di una partecipazione o rappresentazione diseguale dei vari gruppi. Come è stato scritto, la nozione di discriminazione indiretta 'richiede esclusivamente che il datore di lavoro o ogni altro operatore economico provino di non aver sfruttato la situazione di svantaggio di persone soggette a una discriminazione socio-economica'.²³

Le Direttive del 2000 consentono di giustificare la discriminazione indiretta qualora la disposizione, il criterio o la prassi 'siano oggettivamente giustificati da una finalità legittima e i mezzi impiegati per il suo conseguimento siano appropriati e necessari'. Nella prospettiva dell'onere della prova è essenziale determinare se la giustificazione della discriminazione indiretta coincida con la possibilità per il convenuto di confutare un caso di discriminazione *prima facie* – generalmente dimostrando l'assenza di un nesso causale – o se, invece, essa comporti l'obbligo di provare elementi supplementari che possono rendere accettabile un caso di discriminazione già provato in tutti i suoi elementi costitutivi. La questione è discussa da qualche autore, come Tobler e Schiek, e sembra ingrare un elemento ancora fluido e vivace del diritto antidiscriminatorio.

In ogni caso, è evidente che la giustificazione deve avere natura oggettiva, ciò che rende insufficiente fare affidamento su dichiarazioni di natura generale o su dati pertinenti solo dal punto di vista individuale. La giustificazione deve, infatti, essere funzionale al raggiungimento di una data finalità e lo strumento utilizzato deve essere proporzionato, vale a dire appropriato e necessario alla realizzazione di detta finalità.

Nella maggioranza dei casi, l'elemento cruciale della giustificazione oggettiva sarà il test utilizzato per vagliare l'accettabilità di una possibile giustificazione. Secondo alcuni commentatori, dalla giurisprudenza della CdG è lecito concludere che lo standard di scrutinio differisce in funzione del tipo di misura in questione. Barnard ha evidenziato che possono essere individuate almeno tre tipologie di scrutinio: rigoroso, come nei casi *Bilka*²⁴ e *Hill*,²⁵ nel caso di misure attuate da aziende o datori di lavoro; debole, come nel caso *Seymour-Smith*, per la legislazione in ambito lavoristico; e molto debole, come in *Nolte*²⁶ e *Megner*,²⁷ per la legislazione sulla sicurezza sociale.²⁸

Dalla giurisprudenza della CdG in materia di discriminazione sulla base del sesso è possibile trarre alcuni esempi pratici di giustificazione oggettiva. Ad esempio, secondo la CdG, le considerazioni di bilancio costituiscono ragioni sospette o insufficienti a giustificare una discriminazione indiretta. In numerosi casi la Corte ha ritenuto che

sebbene considerazioni di bilancio possano costituire il fondamento delle scelte di politica sociale di uno Stato membro e possano influenzare la natura ovvero la portata dei provvedimenti di tutela sociale che esso intende adottare, esse non costituiscono tuttavia, di per sé, un obiettivo perseguito da tale politica e non possono, pertanto, giustificare una discriminazione a sfavore di uno dei sessi (...). Ammettere che considerazioni di bilancio possano giustificare una differenza di trattamento tra uomini e donne, la quale, in loro mancanza, costituirebbe una discriminazione indiretta basata sul sesso, comporterebbe che l'applicazione e la portata di una norma tanto fondamentale del diritto comunitario come quella della parità tra uomini e donne possano variare, nel tempo e nello spazio, a seconda dello stato delle finanze pubbliche degli Stati membri.²⁹

²³ D. Schiek, L. Waddington, M. Bell, *Cases, Materials and Test on National, Supranational and International Non-Discrimination Law*, op. cit., p. 330.

²⁴ Caso 170/84, *Bilka-Kaufhaus GmbH*, *Racc.*, 1986, p. 1607.

²⁵ Caso C-243/95, *Hill and Stapleton*, *Racc.*, 1998, p. I-3739.

²⁶ Caso C-317/93, *Nolte*, *Racc.*, 1995, p. I-4625.

²⁷ Caso C 444/93, *Megner and Scheffel*, *Racc.*, 1995, p. I-4741.

²⁸ C. Barnard, *EC Employment Law* (Oxford University Press, 2006), p. 368.

²⁹ Caso C-187/00, *Kutz-Bauer*, *Racc.*, 2003, p. I-2741, paragrafi 59-60. Cfr. anche caso C-343/92, *De Weerd et al.*, *Racc.*, 1994, p. I-571, paragrafi 35 e 36; caso C-226/98, *Jørgensen*, *Racc.*, 2000, p. I-2447, paragrafo 39; caso C-4/02, *Schönheit*, *Racc.*, 2003, p. I-12575, paragrafi 84 e 85.

Inoltre, per quanto riguarda la necessità di premiare l'*adattabilità* dei lavoratori ad orari e luoghi di lavoro variabili, va ricordato che nel caso *Danfoss* la Corte ha ritenuto che 'il datore di lavoro può giustificare il ricorso al criterio della flessibilità (...) dimostrando che tale adattabilità riveste importanza per l'esecuzione dei compiti specifici che sono affidati al lavoratore, ma non se tale criterio viene inteso nel senso che si riferisce alla qualità del lavoro svolto dal lavoratore'.³⁰

Un altro criterio sospetto è quello dell'*anzianità di servizio* che, ovviamente, produce un impatto negativo sui lavoratori a tempo parziale. La CdG ha ritenuto che 'anche se anzianità ed esperienza professionale vanno di pari passo, ponendo di regola il lavoratore in grado di meglio espletare le proprie mansioni, l'obiettività di un siffatto criterio dipende dal complesso delle circostanze del caso concreto e, in particolare, dal rapporto tra la natura delle mansioni esercitate e l'esperienza che l'espletamento di tali mansioni fa acquisire dopo un determinato numero di ore di lavoro effettuate'.³¹ Per concludere, nel caso *Enderby*, la Corte ha ritenuto che 'la situazione del mercato del lavoro, che può indurre un datore di lavoro ad offrire, come incentivo, una retribuzione più elevata per una particolare attività, può costituire uno dei motivi economici obiettivamente giustificati'.³² Il giudice nazionale deve però 'determinare esattamente la parte dell'incremento salariale imputabile alla situazione del mercato' (paragrafo 27).

Malgrado questi orientamenti e considerando che spetta al giudice nazionale valutare la sussistenza delle condizioni richieste per trasferire l'onere della prova sul convenuto, si è correttamente rilevato che 'la giurisprudenza sulla giustificazione oggettiva (...) rimarrà un settore composito, in particolare a livello nazionale, fintantoché il diritto antidiscriminatorio non si sarà assestato e saldamente stabilito negli Stati membri'.³³

IV. Conclusioni

Il presente articolo prende le mosse dalla constatazione che le norme che disciplinano l'onere della prova nei casi di discriminazione costituiscono una fonte di forti pressioni sul diritto quale scienza applicata. Sostiene inoltre che, per applicare con serietà le norme stabilite dalle Direttive del 2000 sulla discriminazione, andrebbe migliorata la comprensione di come esse entrino in rapporto e interagiscono con il diritto nazionale, sia in termini teorici, sia in termini pratici. L'argomento presentato è quello secondo cui le norme sulle presunzioni normalmente riguardano fatti naturalistici, mentre la discriminazione è piuttosto una connotazione normativa di un determinato complesso di fatti. Nei casi di discriminazione diretta, pertanto, la domanda utile non dovrebbe essere 'perché' si è verificata la discriminazione, o 'quanta' prova è richiesta all'attore, bensì 'su quali elementi' della discriminazione come concetto normativo dovrebbero concentrarsi le parti. La conclusione provvisoria è che le norme nazionali che si riferiscono a semplici meccanismi presuntivi sono inaccurate nella misura in cui esse riguardano la scoperta di fatti naturalistici ignoti; nel provare la discriminazione (diretta) il vero problema è quello di valutare la natura illecita (cioè contraria al principio della parità di trattamento) di un determinato complesso di fatti naturalistici, la quale può essere o completamente dimostrata o (parzialmente) presunta. Le norme comunitarie sull'onere della prova intendono appunto assistere l'attore nel dimostrare come probabile una determinata

³⁰ Caso 109/88, *Danfoss*, op. cit., paragrafo 25.

³¹ Caso C-184/89, *Nimz*, Rec. 1991 p.I-297, paragrafo 14; Caso C-1/95, *Gerster*, Rec. 1997 p.I-5253, paragrafo 39.

³² Caso C-127/92, *Enderby*, op. cit., Rec. 1993 p. I-5535, paragrafo 26.

³³ D. Schiek, L. Waddington, M. Bell, *Cases, Materials and Text on National, Supranational and International Non-Discrimination Law*, op. cit., 452.

connotazione normativa di tali fatti (cioè la discriminazione). La norma che disciplina l'onere della prova nelle Direttive più recenti si rivolge al rapporto di causalità e, nello specifico dei casi di discriminazione, agevola la prova del rapporto di causalità tra l'atto di differenziazione e il danno subito dalla parte attrice.

In materia di discriminazione indiretta ci si sofferma brevemente sulle recenti modifiche legislative che eliminano il requisito del 'disparate impact' basato esclusivamente sull'evidenza statistica. Si sostiene che nella maggioranza dei casi l'elemento cruciale dei casi di discriminazione diretta è la possibile giustificazione e si ricordano i dibattiti dottrinali sul fatto che la giustificazione della discriminazione indiretta intervenga come elemento in grado di escludere il rapporto di causalità o come ulteriore elemento che 'neutralizza' una condotta discriminatoria già accertata. Si conclude che, in particolare alla luce della giurisprudenza della CdG, l'elemento cruciale della giustificazione oggettiva è il test applicato per valutare l'accettabilità delle ragioni avanzate dal convenuto, anche se devono ancora emergere standard uniformi tra gli Stati membri dell'Unione europea.