



LIVIA DI COLA *

LE PECULIARITÀ DELLA TUTELA GIURISDIZIONALE CIVILE AVVERSO LE DISCRIMINAZIONI

SOMMARIO: 1. Le basi giuridiche europee dell'azione civile avverso le discriminazioni. – 2. L'evoluzione della tutela giurisdizionale antidiscriminatoria in Italia. – 3. La legittimazione ad agire degli enti esponenziali. – 4. L'onere della prova. – 5. Il contenuto del provvedimento di accoglimento.

1. *Le basi giuridiche europee dell'azione civile avverso le discriminazioni*

Nel Trattato istitutivo della Comunità europea (TCE) troviamo i primi riferimenti al diritto antidiscriminatorio¹. In particolare, il settore nell'ambito del quale ha cominciato a prendere corpo il divieto di discriminazione è stato quello del mercato interno: l'art. 12 e altre disposizioni presenti nel Trattato vietavano ogni discriminazione in base alla nazionalità per gli scopi in esso perseguiti, in primo luogo, la libera circolazione di merci, di persone, di servizi e di capitali al fine della costituzione del mercato interno. L'altro asse lungo il quale si è sviluppato il diritto antidiscriminatorio è il divieto di discriminazione per motivi di genere, sempre nell'ambito dello scopo dello sviluppo del mercato comune: l'art. 141 del TCE stabiliva il principio della parità di retribuzione tra lavoratori di sesso maschile e quelli di sesso femminile per uno stesso lavoro o per un lavoro di pari valore².

* Professore associato di Diritto processuale civile, Università di Macerata.

¹ Per approfondimenti e ulteriori riferimenti si rinvia a: B. NASCIMBENE (a cura di), *La libera circolazione dei lavoratori*, Milano, 1998, *passim*; C. FAVILLI, *La non discriminazione nell'Unione europea*, Bologna, 2008, p. 16 ss.; M. BARBERA, *Principio di eguaglianza e divieti di discriminazione*, in M. BARBERA, A. GUARISIO (a cura di), *La tutela antidiscriminatoria. Fonti, strumenti, interpreti*, Torino, 2019, p. 5 ss.; A. ADINOLFI, *La libertà di circolazione delle persone e la politica dell'immigrazione*, in R. MASTROIANNI, G. STROZZI (a cura di), *Diritto dell'Unione Europea. Parte speciale*, Torino, 2021, p. 52 ss.

² Sulla discriminazione nel rapporto di lavoro si veda: S. BORRELLI, A. GUARISIO, L. LAZZERONI, *Le discriminazioni nel rapporto di lavoro*, in M. BARBERA, A. GUARISIO (a cura di), *La tutela antidiscriminatoria*, cit., p. 165 ss.; V. PICCONI, *Parità di trattamento e principio di non discriminazione nell'ordinamento integrato*, nella *Collana del Centro Studi di Diritto del Lavoro Europeo "Massimo D'Antona"*, 127/2016, p. 2 ss.

Con il Trattato di Maastricht e l'istituzione della cittadinanza europea³, il divieto di discriminazione per motivi di nazionalità si estese oltre lo scopo prettamente economico e acquistò una dimensione più prettamente sociale. All'art. 17, par 2 del TCE si prevedeva espressamente che i cittadini dell'Unione godessero dei diritti e fossero soggetti ai doveri previsti dal Trattato; quindi, ai nostri fini, anche l'art. 12 va letto alla luce dell'art. 17, per modo che non si potesse operare una discriminazione nell'attribuzione di diritti e doveri, nei confronti di un cittadino dell'Unione, per il solo dato di fatto di essere tale⁴. Il successivo art. 18 del TCE attribuiva a ciascun cittadino dell'Unione il diritto di circolare e soggiornare liberamente nei territori degli Stati membri a prescindere da qualunque scopo economico perseguito: una libertà di circolazione che diventava parità di trattamento per i cittadini europei soggiornati di lungo periodo in uno Stato estero dell'Unione rispetto ai cittadini dello Stato stesso⁵.

Con il Trattato di Amsterdam è stato poi introdotto nel TCE l'art. 13, in virtù del quale nell'ambito delle competenze dal Trattato conferite alla Comunità, il Consiglio, deliberando all'unanimità su proposta della Commissione e previa consultazione del Parlamento europeo, può prendere i provvedimenti opportuni per combattere le discriminazioni fondate sul sesso, la razza o l'origine etnica, la religione o le convinzioni personali, gli handicap, l'età o le tendenze sessuali. In detta occasione, i redattori dei Trattati intervennero anche sull'art. 141, per prevedere il potere del Consiglio di porre in essere misure che assicurassero l'applicazione del principio delle pari opportunità e della parità di trattamento tra uomini e donne in materia di occupazione e impiego, oltre il principio di parità di retribuzione per le stesse prestazioni lavorative.

Con il Trattato di Lisbona del 2007 è stato modificato il Trattato sull'Unione europea ed il Trattato CE diventa Trattato sul funzionamento dell'Unione europea.

Il Trattato sul funzionamento dell'Unione europea conferma l'impianto normativo del TCE per quel che interessa in questa sede, con qualche sostanziale novità⁶. Gli articoli sopra menzionati sono stati trasfusi, con alcuni ritocchi, nella seconda parte del TFUE titolata «Non discriminazione e cittadinanza dell'Unione» (artt. 18-25), quasi a confermare la stretta connessione tra i due termini di riferimento. Come novità è stato inserito l'art. 10 secondo il quale «Nella definizione e nell'attuazione delle sue politiche e azioni, l'Unione mira a combattere le discriminazioni fondate sul sesso, la razza o l'origine etnica, la religione o le convinzioni personali, la disabilità, l'età o l'orientamento sessuale». L'art. 141, a seguito della rinumerazione delle disposizioni del TFUE, è diventato l'art. 157.

³ Con il Trattato di Maastricht è stato introdotto l'art. 17 nel TCE che prevede l'istituzione della cittadinanza europea.

⁴ Si veda C. FAVILLI, *op. cit.*, p. 41 ss., la quale spiega che la cittadinanza europea ha individuato un settore entro il quale è stata inclusa tutta la normativa, primaria e secondaria, sulla circolazione delle persone, anche dei lavoratori. Perciò, di seguito sarebbe divenuto usuale che, nei casi prospettati davanti alla Corte, fossero invocate congiuntamente la norma primaria sulla libertà di circolazione dei lavoratori e quella sulla cittadinanza europea, al preciso scopo di leggere la prima alla luce della seconda o invocando la seconda in funzione residuale.

⁵ Così sembra potersi desumere dall'art. 24 della Direttiva 2004/38/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 29 aprile 2004, relativa al diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri, che modifica il regolamento (CEE) n. 1612/68 ed abroga le direttive 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE e 93/96/CEE (Testo rilevante ai fini del SEE), in GU L 158 del 30 aprile 2004, pp. 77-123, espressamente titolato «Parità di trattamento».

⁶ C. FAVILLI, *La non discriminazione*, cit., p. 9 ss.; M. BARBERA, *Principio di eguaglianza*, cit., p. 21 ss.

Andando ad esaminare le norme rilevanti presenti nel Trattato sull'Unione europea, all'art. 2 si stabilisce che tra valori sui quali si fonda l'Unione vi è quello dell'eguaglianza; e, ancora, all'art. 9 si stabilisce che l'Unione deve rispettare, in tutte le sue attività, il principio dell'uguaglianza dei cittadini.

Certo è che il fattore cittadinanza europea ha costituito un elemento di discriminazione tra cittadini dell'Ue e soggetti provenienti da paesi terzi. La direttiva 2000/43/CE⁷, volta ad attuare il principio della parità di trattamento fra le persone indipendentemente dalla razza e dall'origine etnica, all'art. 3, par. 2, precisa: «La presente direttiva non riguarda le differenze di trattamento basate sulla nazionalità e non pregiudica le disposizioni e le condizioni relative all'ingresso e alla residenza di cittadini di paesi terzi e di apolidi nel territorio degli Stati membri, né qualsiasi trattamento derivante dalla condizione giuridica dei cittadini dei paesi terzi o degli apolidi interessati».

Con due successive direttive, una del 2003⁸ e l'altra del 2011, i residenti di lungo periodo provenienti da paesi terzi entrati regolarmente nel territorio dell'Unione sono stati equiparati ai cittadini europei nella libertà di circolazione e in alcuni diritti fondamentali, quali ad esempio, per i lavoratori soggiornanti di lungo periodo, l'accesso ad alcuni servizi sociali, quali i sussidi allo studio o l'ottenimento di un alloggio (art. 12, lett. g dir. 2011/98/UE)⁹. Ci muoviamo in ambito lavorativo.

L'altro corpo di norme da prendere in considerazione per tracciare il quadro normativo europeo del diritto antidiscriminatorio è Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea del 7 dicembre 2000, adattata il 12 dicembre 2007 a Strasburgo; a tale corpo normativo l'art. 6 del TUE attribuisce la stessa efficacia dei trattati. Nella Carta troviamo un intero capo dedicato alla non discriminazione, il capo III intitolato «Uguaglianza». In essa viene espressamente dichiarata l'uguaglianza di tutte le persone davanti alla legge (art. 20) e di seguito il divieto di qualsiasi forma di discriminazione fondata su una serie di cause tendenzialmente esaustiva, con l'indicazione di alcune di esse non presenti nella legislazione precedente (così

⁷ Direttiva 2000/43/CE del Consiglio, del 29 giugno 2000, che attua il principio della parità di trattamento fra le persone indipendentemente dalla razza e dall'origine etnica, in *GUUE* L 180 del 29 giugno 2000, pp. 22-26.

⁸ Le due direttive, (Direttiva 2003/109/CE del Consiglio, del 25 novembre 2003, relativa allo status dei cittadini di paesi terzi che siano soggiornanti di lungo periodo, in *GU* L 16 del 23 gennaio 2004, pp. 44-53 e Direttiva 2011/98/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 dicembre 2011, relativa a una procedura unica di domanda per il rilascio di un permesso unico che consente ai cittadini di paesi terzi di soggiornare e lavorare nel territorio di uno Stato membro e a un insieme comune di diritti per i lavoratori di paesi terzi che soggiornano regolarmente in uno Stato membro, in *GU* L 343 del 23 dicembre 2011, pp. 1-9), danno seguito agli obiettivi fissati dal Consiglio europeo svoltosi a Tampere il 15 e 16 ottobre 1999, poi ribaditi nel Consiglio europeo di Stoccolma del 10 e 11 dicembre 2009, ovvero quello di armonizzare le normative nazionali relative alle condizioni di ingresso e soggiorno dei cittadini di paesi terzi e di garantire l'equo trattamento dei cittadini dei paesi terzi che soggiornano regolarmente nel territorio degli Stati membri, nell'ottica di una politica di integrazione più incisiva; esse dovrebbero mirare a garantire loro diritti e obblighi analoghi a quelli dei cittadini dell'Unione. Sul differente trattamento dei cittadini europei rispetto ai alle persone provenienti da paesi terzi residenti di lungo periodo si vedano: C. FAVILLI, *La non discriminazione*, cit., p. 71 ss.; A. ADINOLFI, *La libertà di circolazione*, cit., p. 87 ss.

⁹ V., in generale, A. NATO, *La cittadinanza sociale europea ai tempi della crisi economica*, Bari, 2020, p. 125 ss. Per una critica del fatto che l'ordinamento dell'Unione europea, abitualmente, subordina l'accesso ai benefici sociali al progressivo radicamento della residenza nello Stato membro, v. M. MESSINA, *I cittadini europei inattivi e le condizioni per l'accesso alle prestazioni di assistenza sociale in uno Stato membro ospitante: quale lezione dall'ordinamento USA*, in *Freedom, Security and Justice*, 2018, p. 44 ss.; ID., *Cittadinanza europea e USA a confronto nell'accesso alle prestazioni di assistenza sociale*, in D. POMPEJANO, L. PANELLA, A. VILLANI (a cura di), *Cittadinanze trasversali*, Milano, 2020, p. 179 ss.

il colore della pelle, l'origine sociale, la lingua, le opinioni di qualsiasi natura, l'appartenenza ad una minoranza nazionale, il patrimonio, la nascita)¹⁰.

Non minore importanza ha rivestito l'opera della Corte di giustizia che in diverse pronunce ha riconosciuto il principio di eguaglianza come un principio di carattere generale. Tra le tante sentenze, una viene spesso ricordata per la spinta verso l'affermazione dell'imminenza del principio di non discriminazione all'interno dell'ordinamento comune. Con la sentenza *Mangold*¹¹ la Corte afferma l'obbligo dei giudici nazionali di adeguarsi ad un particolare principio di non discriminazione (in ragione dell'età) stabilito in una specifica direttiva (dir. 2000/78/CE¹²), anche prima che sia scaduto il termine per la trasposizione della direttiva stessa negli ordinamenti nazionali; questo risultato dovrebbe essere raggiunto disapplicando le disposizioni nazionali confliggenti, come a voler sottolineare che il principio di uguaglianza esiste nell'ordinamento comunitario a prescindere dalle norme che vi danno attuazione¹³. In proposito, va segnalata una sentenza della Corte di Cassazione italiana che in ordine alle discriminazioni per motivi di nazionalità ha dichiarato: «L'assegno per i nuclei familiari con almeno tre figli minorenni è una prestazione essenziale di assistenza pubblica, che spetta agli extracomunitari soggiornanti di lungo periodo dalla "scadenza del termine di recepimento" della direttiva 2003/109/CE (23 gennaio 2006) e non dall'entrata in vigore della l. 6 agosto 2013 n. 97 (4 settembre 2013), di "adempimento degli obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia all'Unione europea"»¹⁴.

È nelle direttive che troviamo la definizione di discriminazione. Innanzitutto, la dir. 2000/78/CE¹⁵, cui scopo è di stabilire un quadro generale per la lotta alle discriminazioni fondate sulla religione o le convinzioni personali, gli handicap, l'età o le tendenze sessuali, per quanto concerne l'occupazione e le condizioni di lavoro al fine di rendere effettivo negli Stati membri il principio della parità di trattamento (art. 1).

All'art. 2, par. 2 troviamo la nozione di discriminazione, che viene bipartita: sussiste discriminazione diretta quando, sulla base di uno qualsiasi dei motivi di cui all'articolo 1, una persona è trattata meno favorevolmente di quanto sia, sia stata o sarebbe trattata un'altra in una situazione analoga (lett. a); sussiste discriminazione indiretta quando una disposizione, un criterio o una prassi apparentemente neutri possono mettere in una posizione di particolare svantaggio le persone che professano una determinata religione o ideologia di altra natura, le persone portatrici di un particolare handicap, le persone di una particolare età o di una particolare tendenza sessuale, rispetto ad altre persone, a meno che a meno che tale disposizione, tale criterio o tale prassi siano oggettivamente giustificati da una finalità legittima e i mezzi impiegati per il suo conseguimento siano appropriati e necessari (lett. b).

¹⁰ Sul punto oltre agli autori sopra richiamati si veda: M. MILITELLO, *Principio di uguaglianza e di non discriminazione tra Costituzione italiana e Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, nella *Collana del Centro Studi di Diritto del Lavoro Europeo* "Massimo D'Antona", C.S.D.L.E, 77/2010.

¹¹ Corte giust., 22 novembre 2005, *Mangold*, C-144/04, ECLI:EU:C:2005:709.

¹² Direttiva 2000/78/CE del Consiglio, del 27 novembre 2000, che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro, in *GU L* 303 del 2 dicembre 2000, pp. 16-22.

¹³ M. BARBERA, *op. cit.*, 33 ss. traccia il percorso di sentenze attraverso il quale la Corte di giustizia arriva all'affermazione di un principio di uguaglianza diffuso, facendo riferimento a provvedimenti precedenti e successivi alla sentenza *Mangold*.

¹⁴ Cass., Sez. lav., 7 novembre 2019, n. 28745, in *Foro italiano*, 2020, I, c. 1343 ss.

¹⁵ La direttiva ha ricevuto attuazione con il d.lgs. 9 luglio 2003, n. 216, successivamente modificato dalla l. 6 giugno 2008, n. 101.

Oltre alla discriminazione diretta o indiretta, la direttiva prende in considerazione anche la molestia e l'ordine di discriminazione, come comportamenti antiggiuridici in sé considerati. La molestia viene definita come comportamento indesiderato adottato per uno dei motivi di cui all'articolo 1 avente lo scopo o l'effetto di violare la dignità di una persona e di creare un clima intimidatorio, ostile, degradante, umiliante od offensivo (art. 2, par. 3). La caratteristica della molestia è quella di essere considerata una discriminazione in sé, senza bisogno che si ponga in essere una comparazione tra il trattamento riservato a due soggetti distinguibili tra di loro per il fattore alla base della discriminazione.

Analoghe definizioni troviamo nelle dir. 2000/43/CE¹⁶, che attua il principio della parità di trattamento fra le persone indipendentemente dalla razza e dall'origine etnica e nella dir. 2004/113/CE¹⁷, sulla parità tra uomini e donne nel settore dei beni e servizi.

In ordine alla discriminazione indiretta va fatta una precisazione che ritornerà utile al momento della determinazione delle caratteristiche del riparto dell'onere probatorio. L'attuale formulazione non presuppone più la necessità di provare che una certa misura colpisca «una quota nettamente più elevata di individui di uno dei due sessi», come prescriveva, invece, l'art. 2, § 2 della dir. 97/80, relativa ai limiti della prova nei casi di discriminazioni basate sul sesso: quindi si dovrebbe dare meno valore al criterio quantitativo della discriminazione.

Le definizioni sopra riferite sono riportate nei testi legislativi che hanno dato attuazione nel territorio nazionale alle varie direttive. Prima ancora la nozione di discriminazione diretta e indiretta era presente all'art. 4 della l. 10 aprile 1991, n. 125, disciplinante azioni positive per la realizzazione della parità uomo-donna nel lavoro, poi trasfuso nell'art. 8 del d.lgs. 23 maggio 2000, n. 196; infine, tutta la disciplina antidiscriminatoria in tale settore è confluita nel d.lgs. 11 aprile 2006, n. 198, ovvero dal Codice delle pari opportunità tra uomo e donna. La definizione di discriminazione per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi si trovava già nell'art. 43 del d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286, ovvero il Testo unico sull'immigrazione¹⁸.

Nel contesto normativo europeo come sopra delineato, il principio di uguaglianza sancito dalla nostra Costituzione all'art. 3 deve essere inteso come diritto (un vero e proprio diritto soggettivo) a non essere discriminati in tutte le formazioni sociali in cui si esprime la propria personalità.

L'ulteriore domanda da porsi è se tale principio valga solo per i cittadini o anche per le persone provenienti da paesi terzi. La risposta dovrà essere positiva nei limiti voluti dalla legislazione nazionale, collocata nel quadro della legislazione europea.

2. *L'evoluzione della tutela giurisdizionale antidiscriminatoria in Italia*

In passato, nel nostro ordinamento, vi erano una pluralità di discipline per differenti procedimenti antidiscriminatori che, a volte, si sovrapponevano.

La prima ad essere legiferata fu l'azione individuale avverso le attività discriminatorie tra uomini e donne in materia di lavoro, regolata all'art. 15 l. 9 dicembre 1977, n. 903 e

¹⁶ Che ha ricevuto attuazione in con il d.lgs. 9 luglio 2003, n. 215.

¹⁷ Direttiva 2004/113/CE del Consiglio, del 13 dicembre 2004, che attua il principio della parità di trattamento tra uomini e donne per quanto riguarda l'accesso a beni e servizi e la loro fornitura, in *GUL* 373 del 21 dicembre 2004, pp. 37-43. Essa ha ricevuto attuazione con il d.lgs. 6 novembre 2007, n. 196.

¹⁸ Per avere un quadro delle definizioni delle varie discriminazioni nella legislazione italiana si veda M. BARBERA (a cura di), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, Milano, 2007, *passim*

strutturata sulla falsa riga del procedimento di cui all'art. 28 dello Statuto dei lavoratori; il ricorso poteva essere presentato anche, su delega del lavoratore, dalle organizzazioni sindacali. Successivamente, con l'istituzione del consigliere di parità, il quadro della tutela giurisdizionale avverso le discriminazioni uomo-donna nei luoghi di lavoro divenne più articolato (l. 10 aprile 1991, n. 125, art. 4, poi trasfuso nell'art. 8 del d.lgs. 23 maggio 2000, n. 196). È stata prevista la possibilità del lavoratore, quasi sempre lavoratrice discriminata, di agire con un procedimento analogo al processo del lavoro, con alcune particolarità: un onere della prova parzialmente invertito; la possibilità che agisca in giudizio il consigliere di parità delegato dal lavoratore o che intervenga nel giudizio promosso da quest'ultimo. A questo si aggiungeva la possibilità del consigliere di parità a fronte ad atti, patti o comportamenti discriminatori diretti o indiretti di carattere collettivo, di promuovere una procedura di conciliazione ovvero agire in giudizio con ricorso, con un procedimento che si svolgeva davanti al giudice del lavoro presumibilmente sulla falsa riga del processo del lavoro ovvero di promuovere ricorso in via d'urgenza, dando vita ad un procedimento strutturato analogamente a quello dell'art. 15 l. n. 903/1977.

Questa articolata disciplina è stata trasfusa, con modifiche, nel Codice delle pari opportunità. Nella specie, è stato mantenuto il procedimento speciale del singolo lavoratore come era disciplinato dall'art. 15 della l. 903/1977, con la particolarità che può essere iniziato, per delega del lavoratore, dal sindacato, delle associazioni e delle organizzazioni rappresentative del diritto o dell'interesse leso, o della consigliera o del consigliere di parità (art. 38); vi è la possibilità di promuovere un previo tentativo di conciliazione in sede sindacale o davanti al giudice, anche per il tramite del consigliere di parità (art. 36); non ritroviamo il procedimento a fase unica strutturato sulla falsa riga del processo del lavoro; l'art. 36, comma 2, prevede la possibilità del consigliere di parità di intervenire nei giudizi promossi dalla persona discriminata; vi è un onere della prova agevolato (art. 40). La disciplina della tutela collettiva ad opera del consigliere di parità rimane sostanzialmente invariata, senza che si possa supporre che in caso di giudizio a cognizione piena vi sia un onere della prova agevolato (art. 37).

Due precisazioni sono tuttavia necessarie con riferimento all'azione individuale. L'ultimo comma dell'art. 38 contiene l'inciso «ferma restando l'azione ordinaria» che lascia supporre la possibilità dell'individuo discriminato sul luogo di lavoro di agire con il processo "ordinario" della materia di riferimento ovvero il rito del lavoro¹⁹. È da supporre che nonostante l'art. 36 secondo comma preveda l'intervento del solo consigliere di parità, tale possibilità vada estesa anche agli altri soggetti ai quali la persona discriminata può conferire delega ad agire in giudizio.

Accanto a questo corpo legislativo era collocato un altro blocco di azioni: la tutela avverso le discriminazioni per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi il cui procedimento era disciplinato dall'art. 44 del Testo unico sull'immigrazione (d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286)²⁰.

¹⁹ Su queste azioni e sulla loro evoluzione si veda: S. RAPISARDA, *La tutela dei soggetti discriminati. Azione individuale, azione pubblica, tentativo di conciliazione*, in *Nuove leggi civili commentate*, 1994, p. 73 ss.; G. BASILICO, *La tutela della parità di trattamento uomo-donna nel rapporto di lavoro*, in L. LANFRANCHI (a cura di), *La tutela giurisdizionale degli interessi collettivi e diffusi*, Torino, 2003, p. 513 ss.; R. DONZELLI, *La tutela giurisdizionale degli interessi collettivi*, Napoli, 2008, p. 604 ss.

²⁰ In proposito si veda: F. SANTAGADA, *La tutela giurisdizionale dei diritti dello straniero nel testo unico sull'immigrazione*, in L. LANFRANCHI (a cura di), *Giusto processo civile e procedimenti decisorii sommari*, Torino, 2001, p. 341 ss., spec. p. 361 ss.; G. SCARSELLI, *Appunti sulla discriminazione razziale e tutela giurisdizionale*, in *Rivista di diritto civile*, 2001, p. 341 ss.; ID., *Sulla distinzione tra tutela sommaria cautelare e tutela sommaria decisoria*, in *Foro italiano*, 2008, I, c. 2169 ss.; G. BERTOLINO, *L'azione civile contro la discriminazione razziale non è un'azione cautelare*, in *Giurisprudenza italiana*, 2008,

Quest'ultimo aveva una disciplina scarna: veniva specificato che «omessa ogni formalità non essenziale al contraddittorio», il giudice procedesse nel modo ritenuto più opportuno agli atti di istruzione indispensabili in relazione ai presupposti ed ai fini del provvedimento richiesto, con una formula tipica di procedimenti sommari di varia natura.

In primo luogo, viene in mente l'istruttoria nel rito cautelare uniforme dove all'art. 669 *sexies*, primo comma, nel quale troviamo proprio una formula analoga. Successivamente tale espressione è stata utilizzata anche per l'istruttoria del procedimento sommario di cognizione, che per la sua struttura si può a ragione annoverare tra i procedimenti decisorii sommari²¹: la fase a cognizione piena era svolta da un appello con una più ampia possibilità di assumere mezzi di prova, dapprima quando ritenuti "rilevanti", successivamente "indispensabili" (art. 702 *quater* oggi abrogato); in più, già nella fase sommaria vi era la possibilità del giudice di convertire il procedimento in un processo a cognizione piena, ove il giudice avesse ritenuto che le difese svolte dalle parti richiedessero un'istruzione non sommaria.

Nel procedimento previsto dall'art. 44 T.U. immigrazione, non era previsto un analogo meccanismo, perché contro il provvedimento con il quale il giudice provvedeva, non era dato appello ma reclamo *ex* art. 739 c.p.c.; quindi ad una fase sommaria seguiva un'altra fase sommaria. Insomma, in entrambe le fasi procedimentali, quella di primo grado e quella eventuale introdotta dal reclamo, mancava la predeterminazione dei modi e tempi dell'istruzione, propri della cognizione piena²².

Vista la scarna struttura del procedimento si formarono diverse opinioni intorno alla sua natura.

Secondo una prima tesi il procedimento avrebbe avuto natura cautelare e questo dato sembrerebbe confermato dalla sua struttura: il giudice avrebbe deciso con ordinanza; nei casi d'urgenza il tribunale in composizione monocratica avrebbe provveduto con decreto motivato, assunte, ove occorresse, sommarie informazioni; il decreto doveva essere confermato, modificato o revocato con ordinanza in un'udienza fissata in un breve arco temporale; l'ordinanza con il quale il giudice decideva era soggetta ad un reclamo che si svolgeva secondo il rito camerale, come il reclamo avverso i provvedimenti cautelari. L'unica peculiarità della fase cautelare sarebbe stata data dal fatto che il settimo comma dell'art. 44, disponendo che «Con la decisione che definisce il giudizio il giudice può altresì condannare il convenuto al risarcimento del danno, anche non patrimoniale» avrebbe consentito al giudice cautelare di adottare un provvedimento tipico del giudizio di merito ovvero la condanna al risarcimento del danno, anche non patrimoniale. Così non vi sarebbe stata affatto la necessità di introdurre

12 ss.; R. MARUFFI, *Le nuove norme sulla tutela giudiziaria delle persone con disabilità vittime di discriminazioni*, in *Rivista di diritto processuale*, 2007, p. 123 ss.; ID., *Recenti sviluppi della tutela contro le discriminazioni di genere*, *ivi*, 2008, p. 1053 ss.; M. PACILLI, *Riflessioni sull'azione civile contro la discriminazione*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2010, p. 1409 ss.

²¹ Tali sono i procedimenti in cui ad una prima fase sommaria può seguire una fase eventuale a cognizione piena introdotta dalla parte soccombente. Gli strumenti per introdurre la fase a cognizione piena sono di vario tipo; opposizione, ricorso, appello, reclamo. La mancata introduzione della fase a cognizione è da intendere come una rinuncia ad essa con il conseguente passaggio in giudicato del provvedimento sommariamente adottato. Per approfondimenti sull'argomento: L. MONTESANO, «*Dovuto processo*» *processo su diritti incisi da giudizi camerali e sommari*, in *Rivista di diritto processuale*, 1989, p. 934 ss.; A. PROTO PISANI, *Usi e abusi della procedura camerale*, *ivi*, 1990, I, p. 453 ss.; L. LANFRANCHI (cur.), *Giusto processo civile e procedimenti decisorii sommari*, Torino, 2001, *passim*; ID., *La roccia non incrinata, garanzia costituzionale del giusto processo civile e tutela dei diritti*, Torino, 2011, *passim*.

²² Così A. PROTO PISANI, *L'istruzione nei procedimenti sommari*, in *Foro italiano*, 2002, V, c. 17 ss.; ID., *Appunti sul valore della cognizione piena*, *ibidem*, c. 65 ss.

il giudizio di merito, reso facoltativo in presenza di provvedimenti cautelari anticipatori dopo la riforma dell'art. 669 *octies*²³.

Un'autrice²⁴, invece, aveva ricostruito il procedimento come unico ma a struttura bifasica: accertato il comportamento discriminatorio e provveduto di conseguenza, in una prima fase sommaria non cautelare, con un'inibitoria, nella successiva fase a cognizione piena il giudice avrebbe deciso sul diritto ad avere il risarcimento del danno. Questa conclusione era essenzialmente basata su una differente lettura dettato del comma 7 dell'art. 44: ebbene secondo l'autrice il diritto al risarcimento del danno avrebbe necessariamente richiesto una fase a cognizione piena, alla quale avrebbe del resto alluso il termine "giudizio".

Infine, secondo una terza tesi²⁵ si trattava di un procedimento sommario in un'unica fase, di natura non cautelare, che si chiudeva con un provvedimento con prevalente funzione esecutiva. Infatti, non vi era un espresso richiamo al procedimento cautelare; mentre la previsione del reclamo in camera di consiglio non indicava necessariamente la natura cautelare del provvedimento, proprio perché altri tipi di provvedimenti, ad esempio quelli camerati non cautelari, avevano lo stesso tipo di impugnazione.

Secondo quest'ultima impostazione, l'uso della formula tipica dell'art. 279 c.p.c. nel contesto di questo procedimento (in particolare ci si riferisce a «la decisione che definisce il giudizio») avrebbe significato che il legislatore avrebbe assunto in via sommaria un provvedimento di merito. Del resto l'espressione «omessa ogni formalità non essenziale al contraddittorio» riferita all'istruzione probatoria, ne avrebbe indicato l'informalità, ma non avrebbe impedito che attraverso di essa il giudice potesse raggiungere la cognizione necessaria ad accertare in via definitiva la discriminazione e ad adottare i conseguenti provvedimenti. Il procedimento voleva fornire una tutela particolarmente incisiva avverso le discriminazioni ed in quest'ottica andava letto anche il disposto del comma 8, che vuole rafforzare il rispetto di provvedimenti, diversi dalla condanna al risarcimento del danno, con la previsione di con una sanzione penale in caso di elusione della loro esecuzione²⁶.

Il problema era piuttosto legato al valore che si voleva dare alla decisione finale, che non prevedeva la successiva apertura di una fase a cognizione piena. In dottrina, da una parte era stata prospettata la necessità di un'opera di interpretazione del procedimento che lo adeguasse ai principi del giusto processo di cui all'art. 111 Cost., pena la dichiarazione di illegittimità costituzionale²⁷; da altra parte si era identificato il provvedimento come definitivo nel merito, con prevalente funzione esecutiva senza idoneità al passaggio in giudicato²⁸.

Probabilmente fin dalle origini l'intenzione del legislatore era quella di dare vita ad un procedimento speciale che si svolgesse in un'unica fase, solo che la sua struttura, prettamente

²³ Questa è la tesi che è stata sostenuta dalla Cassazione: Cass. civ., Sez. Un., 7 marzo 2008, n. 6172, in *Foro italiano*, 2008, I, c. 2168, con nota di G. SCARSELLI, la quale come ulteriore argomento richiama la formula utilizzata dall'art. 44, comma 8, secondo la quale «chiunque eluda l'esecuzione di provvedimenti, diversi dalla condanna al risarcimento del danno, resi dal giudice nelle controversie previste dal presente articolo è punito ai sensi dell'art. 388, primo comma c.p.»: ebbene ad opinione della Corte tale disposto richiamerebbe, in verità, l'art. 388 comma 2, relativo a chi elude un provvedimento del giudice che prevede misure cautelari. Nello stesso senso: Cass., 15 febbraio 2011, n. 3670, *ivi*, 2011, I, 1101; Id., 30 marzo 2011, n. 7186; Trib. Brescia, 12 maggio 2009, in *Rivista di diritto del lavoro*, 2009, p. 278 ss.

²⁴ F. SANTAGADA, *loc. ult. cit.*

²⁵ In questo senso: G. BERTOLINO, *op. cit.*, p. 2786; G. SCARSELLI, *Sulla distinzione*, cit., 2171; M. PACILLI, *Riflessioni sull'azione civile*, cit., p. 1423.

²⁶ Si veda sul punto la nota 21.

²⁷ G. SCARSELLI, *Appunti sulla discriminazione razziale e sulla tutela cautelare*, cit., p. 828.

²⁸ M. PACILLI, *Riflessioni sull'azione civile*, cit., p. 1427.

tipica di procedimenti solo sommari, rendeva difficile immaginare che l'epilogo potesse essere un provvedimento idoneo al passaggio in giudicato. Questo dubbio è stato fugato da quelli che sono stati i successivi sviluppi della normativa sul procedimento antidiscriminatorio²⁹. A seguito dell'entrata in vigore del d.lgs. 1° settembre 2011, n. 150, ovvero la normativa sulla semplificazione dei riti, tutta la materia è stata attratta dapprima nella struttura del procedimento sommario di cognizione, in un secondo momento nell'ambito di quella del rito semplificato. Fin dall'entrata in vigore del decreto, la normativa speciale ha escluso il passaggio alla cognizione piena: il procedimento si svolge in una sola fase sommaria, che oggi si chiude con sentenza soggetta ad appello idonea al passaggio in giudicato, prima si chiudeva con ordinanza egualmente soggetta ad appello ed idonea al giudicato per disposto di legge. Va sottolineato che prima della riforma "Cartabia" l'appello era a carattere limitatamente speciale, più che altro perché dava una certa possibilità di introdurre delle novità; dopo la riforma, l'appello è in tutto e per tutto quello ordinario, al quale sono soggette tutte le sentenze emesse al termine del giudizio ordinario, sia esso svolto con rito cognizione piena ovvero semplificato.

In conclusione, il rito disciplinato dall'art. 28 del d.lgs. 150/2011 è il rito generale per l'esercizio dell'azione civile avverso qualsiasi discriminazione, ma permangono le eccezioni previste dal Codice delle pari opportunità (d. lgs. 11 aprile 2006, n. 198) agli artt. 37 e 38 ovvero le azioni avverso le discriminazioni di genere connesse con l'attività lavorativa, incluso l'accesso al mercato del lavoro e nelle prestazioni previdenziali, indicate nel dettaglio dal capo II libro III del medesimo codice.

Accanto a queste azioni, il Codice delle pari opportunità prevede un'azione avverso le discriminazioni fondate sul sesso nell'accesso a beni e servizi e loro fornitura (art. 55 *ter*), che si svolge secondo il procedimento di cui all'art. 28 d.lgs. 150/2011. Perciò, vi sono almeno due modelli di procedimenti speciali antidiscriminatori, ma vi è una peculiarità che li accomuna: si tratta, in entrambi i casi, di procedimenti costruiti sul presupposto dell'esistenza di uno squilibrio tra la parte discriminante e la vittima di discriminazioni, caratteristica che la pone immediatamente in una posizione subalterna.

Ebbene, dall'art. 4 d.lgs. 150/2011, norma che disciplina il mutamento del rito in caso di errore di rito, sembra proprio potersi arguire che il rito di cui all'art. 28 non possa essere alternativo al rito ordinario a cognizione piena. Il rilievo dell'errore di rito, nel processo ordinario, non può avvenire oltre il termine dei controlli d'ufficio del giudice che si svolgono non più in udienza, ma al di fuori di questa, ai sensi dell'art. 171 *bis*. Sembrerebbe non essere contemplato il caso in cui l'errore riguardi un rito speciale scelto al posto del rito speciale antidiscriminatorio, ma si può ragionevolmente ritenere che questa disposizione possa essere applicata con i dovuti adattamenti anche alla seconda ipotesi prospettata, collocando il termine ultimo utile per il rilievo d'ufficio dell'errore di rito alla prima occasione utile in cui effettuare i controlli relativi alla corretta instaurazione del procedimento. Un meccanismo analogo può essere applicato quando l'errore nella scelta del rito riguardi una discriminazione di genere da svolgersi secondo i procedimenti di cui agli artt. 37 e 38 Cod. par. opp., a meno che non venga proposta l'azione secondo le forme del processo di lavoro a cognizione piena, sempre possibile (art. 38, comma 6).

²⁹ Nella stessa Relazione illustrativa (*Schema di D.lgs - Disposizioni al codice di procedura civile in materia di riduzione e semplificazione dei procedimenti civili di cognizione - Relazione*, 9 giugno 2011, *sub* art. 25) viene spiegato che «quello disciplinato dall'articolo 44 del decreto legislativo n. 286 del 1998 è un vero e proprio procedimento speciale (semplificato) di cognizione su diritti, suscettibile di concludersi con un provvedimento idoneo alla formazione del giudicato».

Va precisato che la giurisprudenza di Cassazione è ferma nel ritenere che lo scambio di rito non sia di per sé sufficiente a determinare la nullità del provvedimento finale per derivazione; piuttosto, colui che impugna il provvedimento dovrebbe dimostrare che l'errore sul rito abbia causato un pregiudizio al suo diritto di difesa e che quindi in qualche modo abbia influito sull'esito del procedimento³⁰. Certo è che nel procedimento generale antidiscriminatorio questo pregiudizio processuale potrebbe essere legato facilmente all'impossibilità di usufruire di un onere della prova agevolato, come di seguito vedremo.

In sintesi, potrebbero esserci cause tra di loro connesse soggette a riti differenti. La possibilità della loro proposizione congiunta o riunione successiva è subordinata alla presenza delle condizioni di cui agli artt. 31 ss. c.p.c. Per quel che concerne il procedimento speciale da scegliere, il fatto che la discriminazione di genere si svolga nell'ambito del rapporto di lavoro o per l'accesso allo stesso non dà precedenza ad un rito rispetto ad un altro con il quale, ad esempio, deve essere trattata una discriminazione di genere relativa all'accesso a beni e servizi: in entrambi i casi le peculiarità del rito esprimono la necessità di fornire una tutela celere, in considerazione anche dello squilibrio esistente tra le parti processuali. Perciò, potrebbe essere ragionevole ritenere che si applichi la regola del quarto comma dell'art. 40 c.p.c.; che, quindi, le cause connesse debbano essere trattate e decise col rito previsto per quella tra esse in ragione della quale viene determinata la competenza ai sensi degli artt. 31 ss. c.p.c. o, in subordine, col rito previsto per la causa di maggior valore. Tuttavia, un ostacolo alla riunione dei procedimenti potrebbe essere proprio la differente competenza legata ai riti differenti, che si potrebbe intrecciare anche con un problema di diverse giurisdizioni.

Più dettagliatamente, ai sensi dell'art. 28, comma 2, a conoscere delle azioni antidiscriminatorie di cui al comma 1 è competente il tribunale del luogo in cui il ricorrente ha il domicilio, anche se la discriminazione si è svolta sul luogo di lavoro e tale competenza è inderogabile secondo la Cassazione, a prescindere dalla natura privata o pubblica del rapporto di lavoro, perché sarebbero preminenti le finalità sottese alla tutela antidiscriminatoria, in quanto volta alla piena realizzazione del fondamentale principio di uguaglianza³¹. Così ragionando, dovrebbe considerarsi inderogabile anche la competenza a conoscere delle discriminazioni di genere legate al rapporto di lavoro, che ai sensi dell'art. 38, comma 1, del Cod. par. opp. è del tribunale in funzione di giudice del lavoro del luogo ove è avvenuto il comportamento denunciato; quest'ultimo nei casi residui di giurisdizione amministrativa su rapporti di pubblico impiego è il T.a.r. territorialmente competente, come ben si arguisce dall'art. 36, comma 2 e dall'articolo 37 dello stesso codice.

³⁰ In particolare, sull'adozione del rito ordinario in luogo del processo del lavoro si vedano: Cass., 26 agosto 1982, n. 4727, in *Foro italiano*, Rep. 1982, voce *Lavoro e previdenza (controversie)*, nn. 143-144; Id., Sez. Un., 10 novembre 1982, n. 5919, in *Foro italiano*, 1983, I, 1; c. 1983, 63 ss., con nota di A. PROTO PISANI, in *Giurisprudenza italiana*, 1984, p. 1043 ss., con nota di A. MINZIONI; Id., 23 gennaio 1984, n. 554, in *Foro italiano*, 1984, I, c. 3014 ss.; Id., 18 agosto 2006, n. 18201, in *Giustizia civile*, Mass., 2006, p. 7-8; Id., 13 maggio 2008, n. 11903. La giurisprudenza di Cassazione ha applicato questo principio anche con riguardo ad altri tipi di rito, prevalentemente allo scambio tra rito camerale e rito ordinario, precisando che il rito non deve essere considerato fine a sé; perciò, si richiede a chi impugna la specifica indicazione della lesione al suo diritto di difesa; significativo sul punto un passaggio della pronuncia di Cass., 29 maggio 2010, n. 6686, in *Giustizia civile*, Mass., 2006, 3; Id., Sez. Un., 17 febbraio 2009, n. 3758, in *Giustizia civile*, 2010, 5, I, 1221 con nota di P. MOROZZO DELLA ROCCA; Id., 22 ottobre 2014, n. 22352, in *Diritto e giustizia*, 22 ottobre 2014; Id., 9 febbraio 2015, n. 2412; Id., 2 febbraio 2015, n. 1849. Per ulteriori riferimenti giurisprudenziali e per la ricostruzione e commento della giurisprudenza italiana sul principio del pregiudizio effettivo con specifico riferimento allo scambio di rito si rinvia a R. DONZELLI, *Pregiudizio effettivo e nullità degli atti processuali*, Napoli, 2020, p. 56 ss.

³¹ Cass., 14 febbraio 2017, n. 3936.

Essendo entrambi i fori inderogabili è impossibile riunire le cause connesse soggette a riti diversi in un unico procedimento, se in via di fatto non coincidono, eventualità che si può verificare quando una discriminazione oggetto di giudizio è legata al luogo di lavoro e un'altra no. Vero è che il domicilio del ricorrente potrebbe essere considerato un foro sufficientemente garantista per tutti i procedimenti discriminatori o più semplicemente il ricorrente potrebbe eleggere domicilio ai fini del procedimento nel luogo al quale si lega la discriminazione di genere; rimarrebbe un limite invalicabile alla riunione, la presenza di differenti giurisdizioni.

Il dato di fatto che il giudizio su una discriminazione in linea di principio involga parti con poteri non equilibrati ha condizionato diversi aspetti della disciplina del/dei procedimento/i antidiscriminatorio/i. Nei paragrafi che seguiranno ne metteremo in evidenza alcuni, a nostro parere particolarmente interessanti.

3. *La legittimazione ad agire degli enti esponenziali*

La prima peculiarità legata alla constatazione da ultimo espressa riguarda la legittimazione ad agire.

In alcune direttive dei primi anni duemila si prevede che gli Stati membri riconoscano alle associazioni, organizzazioni o altre persone giuridiche che, conformemente ai criteri stabiliti dalle rispettive legislazioni nazionali, abbiano un legittimo interesse a garantire il rispetto dei valori tutelati dalle direttive stesse, il diritto di avviare il procedimento, in via giurisdizionale o amministrativa, per conto o di intervenire in esso a sostegno della persona presumibilmente lesa e con il suo consenso (così art. 7 dir. 2000/43/CE; art. 9 dir. 2000/78/CE; art. 17 dir. 2006/54/CE³²).³³ Più che di sostituzione processuale, si può pensare alla rappresentanza volontaria di soggetti, uno o più di uno, che assumono essere stati vittime di atti discriminatori, anche in considerazione degli scarsi mezzi economici che questi potrebbero avere.

Differente da questa situazione giuridica è l'attribuzione di una legittimazione in proprio agli enti esponenziali di un determinato interesse, che è non prevista nelle direttive suddette.

Nella Corte di giustizia troviamo l'affermazione della possibilità, non esclusa dalle direttive sopra menzionate, degli Stati membri di riconoscere alle associazioni, organizzazioni e persone giuridiche, identificate dai criteri stabiliti dalla legge nazionale propria, il diritto di avviare procedure giurisdizionali o amministrative intese a far rispettare gli obblighi derivanti dalle varie direttive, senza agire in nome di un denunciante determinato ovvero in mancanza di un denunciante identificabile³⁴. La Corte non indica criteri generali ai quali gli Stati membri si debbono allineare per la disciplina della legittimazione in proprio degli enti e associazioni.

³² Direttiva 2006/54/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 5 luglio 2006, riguardante l'attuazione del principio delle pari opportunità e della parità di trattamento fra uomini e donne in materia di occupazione e impiego (rifusione), in *GU L* 204 del 26 luglio 2006, pp. 23-36.

³³ Si veda in proposito: P. ADAMI, *L'azione civile anti-discriminazione ex art. 44 T.U. immigrazione*, in *Giurisprudenza di merito*, 2013, p. 502 ss.; A. GUARISIO, M. MILITELLO, *La tutela giurisdizionale*, in M. BARBERA, A. GUARISIO (a cura di), *La tutela antidiscriminatoria*, cit., p. 445 ss., spec. p. 466 ss.

³⁴ Così Corte giust., 10 luglio 2008, *Feryn*, C-54/07, ECLI:EU:C:2008:397, punto 27, si riferisce alla dir. 2000/43/CE; dello stesso tenore Corte giust., 25 aprile 2013, *Asociația Accept*, C- 81/12, ECLI:EU:C:2013:275, punto 37, con riferimento alla dr. 2000/78/CE.

Nella Raccomandazione n. 2013/396/UE³⁵ la Commissione ha invitato tutti gli Stati membri a dotarsi di sistemi di ricorso collettivo a livello nazionale, seguendo gli stessi principi di base in tutta l'Unione, tenendo conto delle tradizioni giuridiche degli Stati membri e adottando garanzie contro gli abusi. In proposito la Commissione chiarisce anche che per «ricorso collettivo» dove intendersi il meccanismo giuridico che offre la possibilità a due o più persone fisiche o giuridiche di agire collettivamente o ad un'organizzazione legittimata di intentare un'azione rappresentativa. Rimaniamo ancora nell'ambito della tutela di più diritti soggettivi lesi.

Nel considerando 15 della dir. 2014/54/UE³⁶ vi è un invito rivolto agli Stati membri a esaminare l'attuazione di principi comuni per meccanismi di ricorso collettivo di natura inibitoria e risarcitoria, al fine di garantire una tutela giurisdizionale efficace.

In Italia la disciplina della legittimazione ad agire degli enti non è uniforme.

Nei singoli testi legislativi è prevista espressamente la possibilità degli enti esponenziali di agire in nome e per conto dei soggetti discriminati, su delega degli stessi. Si nota una certa differenza di requisiti richiesti agli enti esponenziali che possono essere delegati. Vi sono dei testi che la riconoscono a favore di enti individuati da requisiti elastici: l'art. 5, comma 1, del d.lgs. 216/2003 prevede la possibilità di delega a favore delle organizzazioni sindacali, delle associazioni e delle organizzazioni rappresentative del diritto o dell'interesse leso, per le discriminazioni dovute all'etnia, alle convinzioni personali, agli handicap, all'età, alla nazionalità³⁷ e dall'orientamento sessuale, per quanto concerne l'occupazione e le condizioni di lavoro; il Cod. par. opp. all'art. 38, comma 1, la riconosce al sindacato, alle associazioni e alle organizzazioni rappresentative del diritto o dell'interesse leso o alla consigliera o del consigliere di parità, sempre per le discriminazioni che si verificano nel contesto lavorativo o ad essa strettamente legate. Vi sono dei testi normativi che la riconoscono solo ad associazioni ed enti inseriti in un apposito elenco approvato con decreto ministeriale, previa verifica della sussistenza di determinati requisiti: così l'art. 55 *septies*, comma 1, in ordine alle discriminazioni di genere relative all'accesso a beni e servizi e alla loro fornitura; l'art. 4, comma 1 per le discriminazioni subite dalle persone affette da disabilità; l'art. 5 comma 1, d.lgs. 215/2003 per le discriminazioni basate sulla razza e sull'origine etnica.

Anche la disciplina della legittimazione ad agire per le discriminazioni di carattere collettivo non presenta uniformità.

In due casi è prevista la possibilità di enti esponenziali di agire «Qualora il datore di lavoro ponga in essere un atto o un comportamento discriminatorio di carattere collettivo, anche in casi in cui non siano individuabili in modo immediato e diretto i lavoratori lesi dalle discriminazioni», quindi – *a fortiori* – quando i lavoratori vittima di discriminazioni siano invece individuabili. Per le discriminazioni basate sulla razza, il colore, l'ascendenza o l'origine nazionale o etnica, le convinzioni e le pratiche religiose, nel solo ambito lavorativo, è data alle rappresentanze locali delle organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative a

³⁵ Racc. 11 giugno 2013, n. 396, relativa ai meccanismi di ricorso collettivo di natura inibitoria e risarcitoria degli Stati membri che riguardano la violazione di diritti conferiti dall'Unione. Su tale Raccomandazione si veda il commento di A. GUARISIO, M. MILITELLO, *op. cit.*, 467.

³⁶ Direttiva 2014/54/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 aprile 2014, relativa alle misure intese ad agevolare l'esercizio dei diritti conferiti ai lavoratori nel quadro della libera circolazione dei lavoratori Testo rilevante ai fini del SEE, in *GU L* 128 del 30 aprile 2014, pp. 8-14.

³⁷ La nazionalità come motivo di discriminazione è stata introdotta nell'art. 2 del d.lgs. 216/2003 dalla l. 23 dicembre 2021, n. 238, in attuazione della Direttiva 2014/54/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 aprile 2014, relativa alle misure intese ad agevolare l'esercizio dei diritti conferiti ai lavoratori nel quadro della libera circolazione dei lavoratori Testo rilevante ai fini del SEE, in *GU L* 128 del 30 aprile 2014, pp. 8-14.

livello nazionale (art. 44, comma 8 T.U. immigrazione). Per le discriminazioni di genere, sempre in ambito lavorativo, è riconosciuta al consigliere o alla consigliera di parità regionale o nazionale a seconda dell'importanza della discriminazione (art. 37 Cod. par. opp.).

In altri casi, la legittimazione degli enti esponenziali avverso gli atti di discriminatori di carattere collettivo sussiste solo se «non siano individuabili in modo immediato e diretto i soggetti lesi dalle discriminazioni»: così per le discriminazioni di genere relative all'accesso a beni e servizi (art. 55 *septies*, comma 2 Cod. par. opp.); per discriminazioni di cui al d.lgs. n. 216/2003 (art. 5, comma 2); per le discriminazioni dovute a disabilità fuori dall'ambito (art. 4 l. 67/2006); per le discriminazioni dovute alla razza e all'origine etnica (art. 5, comma 2, d.lgs. 215/2003). Va precisato che la Cassazione ha inteso tale condizione ricorrente non solo nell'ipotesi in cui i destinatari del comportamento discriminatorio non siano ancora esistenti, ma anche nell'ipotesi in cui essi siano un numero indeterminato e comunque non identificabile di soggetti³⁸.

Anche in questo ambito si ripetono le differenze tra i requisiti previsti per gli enti esponenziali, che sono quelle sopra descritte.

Il quadro normativo fa emergere una disparità di trattamento che potrebbe dare luogo ad una o più pronunce di illegittimità costituzionale: palese è l'agevolazione a favore degli enti esponenziali anche meno strutturati in ambito lavorativo. Su questo particolare punto si registrano un arresto della Corte di giustizia UE³⁹ e, successivamente, una sentenza della Corte di Cassazione. Quest'ultima ha precisato che in tema di parità di trattamento in materia di occupazione e condizioni di lavoro, l'art. 5, comma 2, del d.lgs. n. 216 del 2003, costituisce esplicitazione della facoltà riconosciuta agli Stati membri dall'art. 8 della dir. 2000/78/CE di concedere una tutela più incisiva di diritto nazionale rispetto agli atti discriminatori in ambito lavorativo, attribuendo ad un'associazione, che sia rappresentativa del diritto o dell'interesse leso, la legittimazione ad avviare un giudizio per fare rispettare gli obblighi della direttiva ed eventualmente ottenere il risarcimento del danno; la rappresentatività dell'associazione, non certificata da un decreto ministeriale, dovrebbe essere oggetto di un accertamento in fatto riservato al giudice di merito, insindacabile in sede di legittimità⁴⁰.

Questo trattamento privilegiato a favore di enti non certificati con decreto ministeriale ha la stessa giustificazione anche in ordine alla possibilità di delega a tali enti da parte del discriminato in ambito lavorativo.

³⁸ Cass., 8 maggio 2017, n. 11165, in *Foro italiano*, 2017, I, c. 3100 ss.

³⁹ Con ordinanza (Cass., 20 luglio 2018, n. 19443, in *Diritto e giustizia*, 2018, 129, 14 ss., con nota di F. VALERINI) la Corte di Cassazione aveva chiesto alla Corte di giustizia Ue se un'associazione, composta da avvocati specializzati nella tutela giudiziale di una categoria di soggetti a differente orientamento sessuale, la quale nello statuto dichiara il fine di promuovere la cultura e il rispetto dei diritti della categoria, si potesse automaticamente come portatrice di un interesse collettivo e associazione di tendenza non profit, legittimata ad agire in giudizio, anche con una domanda risarcitoria, in presenza di fatti ritenuti discriminatori per detta categoria. La Corte di giustizia in risposta a tale interrogativo (Corte giust. 23 aprile 2020, *NH c. Rete Lenford*, C-507/18, ECLI:EU:C:2020:289) ha affermato: «La direttiva 2000/78 deve essere interpretata nel senso che essa non osta ad una normativa nazionale in virtù della quale un'associazione di avvocati, la cui finalità statutaria consista nel difendere in giudizio le persone aventi segnatamente un determinato orientamento sessuale e nel promuovere la cultura e il rispetto dei diritti di tale categoria di persone, sia, in ragione di tale finalità e indipendentemente dall'eventuale scopo di lucro dell'associazione stessa, automaticamente legittimata ad avviare un procedimento giurisdizionale inteso a far rispettare gli obblighi risultanti dalla direttiva summenzionata e, eventualmente, ad ottenere il risarcimento del danno, nel caso in cui si verifichino fatti idonei a costituire una discriminazione, ai sensi di detta direttiva, nei confronti della citata categoria di persona e non sia identificabile una persona lesa».

⁴⁰ Cass., 15 dicembre 2020, n. 28646.

Tra gli altri vuoti di tutela che possono essere individuati ve ne sono due particolarmente evidenti.

In ambito extralavorativo sembrerebbe essere esclusa la legittimazione ad agire di enti e associazioni avverso le discriminazioni di carattere collettivo per motivi di nazionalità. Proprio su questo punto è intervenuta la Cassazione estendendo la disciplina delle discriminazioni collettive prevista dall'art. 5 del d.lgs. 215/2003 anche alle discriminazioni per motivi di nazionalità, siano esse effettuate in ambito lavorativo che extralavorativo; in caso contrario si genererebbe una disparità di trattamento, in sfregio agli artt. 3 e 24 Cost. tra fattori di discriminazione (razza, origine etnica e nazionalità) che, invece, l'art. 43 T.U. immigrazione pone sullo stesso piano⁴¹; anche in relazione al principio "comunitario" di equivalenza occorrerebbe considerare che se è l'ordinamento giuridico interno di ciascuno Stato membro a stabilire le modalità procedurali della tutela dei diritti discendenti dall'ordinamento sovranazionale, è anche vero che esso non potrebbe approntare sanzioni e rimedi (ivi compresi quelli processuali) di livello ed efficacia inferiori rispetto a quelli approntati per la violazione di analoghi diritti garantiti dall'ordinamento nazionale⁴².

Grazie alla modifica operata all'art. 2, comma 1, del d.lgs. 216/2003, c'è stata l'introduzione tra i motivi di discriminazione in materia di occupazione e di condizioni di lavoro della nazionalità, ma non dei motivi etnici o razziali; all'art. 5 tale provvedimento prevede la possibilità di delega della propria difesa a favore delle organizzazioni sindacali, delle associazioni e delle organizzazioni rappresentative del diritto o dell'interesse lesso; applicando il principio sopra enunciato dalla Corte di cassazione anche in tale ambito dovrebbe esserci lo stesso trattamento per tutti i tipi di motivi di discriminazione sopra enunciati.

In nessun testo legislativo si trova una definizione di «discriminazione di carattere collettivo». Questa espressione richiama la nozione di "interesse collettivo", utile per la definizione dell'ambito di azione degli enti esponenziali e delle eventuali interazioni tra il giudizio da loro promosso e quello individuale.

Si può definire interesse collettivo o diffuso⁴³ quello il cui oggetto non è dato da un interesse o diritto individuale omogeneo e ripetibile, ma da un bene comune ad una collettività indeterminata ma individuabile proprio con riferimento a tale bisogno comune⁴⁴.

⁴¹ Così Cass., Sez. lav., 7 novembre 2019, n. 28745, cit., che richiama in proposito Corte giust., 10 luglio 2008, *Feryn*, C-54/07, cit. Su tale sentenza si veda V. PROTOPAPA, *Discriminazioni per nazionalità, legittimazione ad agire e organizzazioni della società civile. Un esempio di "giurisprudenza dal basso"*, in *Rivista critica del diritto privato*, 2022, p. 251 ss. In precedenza Cass., 8 maggio 2017, n. 11165, cit.

⁴² Cass., 8 maggio 2017, n. 11165, cit., § 5.6.

⁴³ Per la ricostruzione e per approfondimenti sulla nascita e sulle tecniche di tutela della categoria si rinvia alle opere collettanee: AA VV., *Le azioni a tutela di interessi collettivi. Atti del convegno di studio (Pavia 11-12 giugno 1974)*, Padova, 1976; L. LANFRANCHI (a cura di), *La tutela giurisdizionale degli interessi collettivi e diffusi*, cit.; nonché a R. DONZELLI, *La tutela giurisdizionale degli interessi collettivi*, Napoli, 2008; P.M. PIZZOL, *Una panoramica delle azioni collettive nel sistema basiliano*, in *Giustizia*, in corso di pubblicazione.

⁴⁴ P.M. PIZZOL, *Una panoramica delle azioni collettive nel sistema basiliano*, cit., § 2 distingue tra: interessi o diritti collettivi, che sarebbero riferibili ad una collettività più facilmente individuabile, perché legate da un rapporto giuridico vero e proprio; interessi diffusi riferibili ad una collettività indeterminata e indeterminabile, perché il legame che li unisce sarebbe solo di fatto; diritti individuali omogenei, di natura "accidentalmente" collettiva per il loro oggetto, che è divisibile, ma che possono essere tutelati collettivamente tutelati collettivamente. L'oggetto delle due prime figure di interessi sarebbe indivisibile, a differenza del primo. Si veda sulle stesse posizioni in precedenza: M. TARUFFO, *Intervento*, in AA.VV., *Le azioni a tutela di interessi collettivi*, cit., p. 330 ss.; A. CARRATTA, *Profili processuali della tutela degli interessi e diffusi*, in L. LANFRANCHI (a cura di), *La tutela giurisdizionale degli interessi collettivi e diffusi*, cit., p. 102 ss. Differente è la ricostruzione di R. DONZELLI, *La tutela giurisdizionale degli interessi collettivi*, cit., p. 290 ss., spec. 330 s., il quale sembra partire dagli interessi individuali per la ricostruzione del concetto di interesse collettivo: in particolare, l'autore definisce l'interesse collettivo con riferimento

Che le discriminazioni di carattere collettivo si riferiscano alla lesione di un bene differente dal singolo interesse o diritto individuale, anche a carattere omogeneo e seriale, è reso palese dal testo delle disposizioni che disciplinano la legittimazione ad agire degli enti e associazioni ovvero del consigliere/a di parità. Questi soggetti possono agire quando non siano individuabili i singoli lesi oppure a prescindere dal fatto che essi siano individuabili: la loro azione, insomma, prescinde da un'eventuale violazione di diritti soggettivi individuali. Piuttosto, il valore che viene tutelato dall'azione avverso una determinata discriminazione a carattere collettivo è l'interesse collettivo a che, in un dato contesto sociale, non siano ammessi comportamenti giuridicamente, economicamente e/o socialmente rilevanti, ingiustificatamente discriminatori per determinati fattori. All'esercizio di questo tipo di azione sono legittimati soggetti individuati sulla base di requisiti fissati dalla legge, che li rendono portatori di un valore collettivo, il principio di eguaglianza e di non discriminazione.

L'ulteriore domanda da porsi è se questi soggetti possano agire, al contempo, per la tutela di un diritto soggettivo individuale leso. In particolare, ci si deve chiedere se possa ritenersi che, come sostenuto da alcuna dottrina a proposito delle associazioni nazionali sindacali che agiscono ai sensi dell'art. 28 st. lav.⁴⁵, l'ente portatore dell'interesse a carattere collettivo, oltre ad agire a tutela dello stesso, possa essere considerato sostituto processuale del soggetto direttamente discriminato.

Questa ricostruzione è ostacolata da una specifica previsione normativa: gli enti, le associazioni o il/la consigliere di parità possono agire a tutela dei singoli discriminati solo su delega degli stessi⁴⁶. In via di fatto potrà accadere che una determinata condotta sia plurioffensiva; perciò, quando agli enti portatori dell'interesse collettivo sia consentito di agire anche se vi sono dei discriminati individuabili, essi potranno ricevere delega dagli stessi ed iniziare un giudizio per far valere una lesione tanto all'interesse collettivo che al diritto soggettivo

all'idoneità della stessa situazione della realtà a soddisfare più interessi individuali compatibili concorrenti di una data collettività.

⁴⁵ Le posizioni dottrinali espresse intorno a quest'aspetto dalla disciplina dell'art. 28 st. lav. sono state molte. Per quel che concerne l'opinione espressa nel testo, essa fu sostenuta da L. LANFRANCHI, *Prospettive ricostruttive in tema di art. 28 dello statuto dei lavoratori*, in *Studi in memoria di Furno*, Milano, 1973, p. 456 ss., con la precisazione che l'autore considera la sostituzione processuale come un istituto che consente la tutela di interesse proprio attraverso alla legittimazione ad agire in giudizio per un diritto altrui. Analoga posizione viene espressa in un successivo lavoro da R. DONZELLI, *La tutela giurisdizionale degli interessi collettivi*, cit., p. 505 ss. L'autore parte dal presupposto che la condotta antigiusdizionale antisindacale tenuta dal datore di lavoro sia la stessa che rileva tanto in sede di giudizio collettivo che in sede di giudizio individuale: vi sarebbe coincidenza tra la discriminazione sindacale di cui all'art. 15 e l'illecito di cui all'art. 28 st. lav. La differenza risiederebbe, piuttosto nell'oggetto dell'accertamento giurisdizionale, che nel primo caso investirebbe la nullità del licenziamento e l'obbligo di reintegrazione; nel secondo caso l'illecito, l'obbligo di astenersi dal comportamento antisindacale già posto in essere, eventuali obblighi a carattere reintegrativo. In buona sostanza la stessa condotta antigiusdizionale, andrebbe a ledere più interessi giuridicamente rilevanti, perché il sindacato assumerebbe come proprio l'interesse del singolo lavoratore; la conseguenza di ciò sarebbe che anche al termine del giudizio iniziato dal sindacato l'eventuale condanna del datore di lavoro dovrebbe comprendere tutto quanto sia necessario a riparare il danno subito dal lavoratore licenziato, compresa la mancata retribuzione. Va detto che la posizione sopra espressa non è comune a molta dottrina. La posizione opposta a quella esposta vuole l'azione del singolo ben distinta da quella del sindacato; esso, infatti, agirebbe per reprimere la condotta antisindacale del datore di lavoro, con un risultato incidente sulla posizione del lavoratore licenziato; al singolo lavoratore sarebbe data, invece, azione avverso l'illegittimità del licenziamento, così R. VACCARELLA, *Il procedimento di repressione della condotta antisindacale*, Milano, 1977, p. 63 ss. In questo senso anche la giurisprudenza di legittimità, in particolare si veda Cass., 21 settembre 2015, n. 18593. Per avere un quadro completo delle posizioni dottrinali si rinvia ai testi citati.

⁴⁶ Distingue i due tipi di azioni G. BASILICO, *La tutela della parità di trattamento uomo-donna nel rapporto di lavoro*, cit., p. 543 ss.; diversamente R. DONZELLI, *La tutela giurisdizionale degli interessi collettivi*, cit., p. 601 ss. riporta anche questa ipotesi allo schema visto per l'azione del sindacato.

individuale. In via successiva, tali soggetti potrebbero anche intervenire in un giudizio individuale per ampliarne l'oggetto.

Un'ulteriore domanda da porsi è se i portatori dell'interesse collettivo possano intervenire nel giudizio individuale per ampliarne l'oggetto, quando la legge prevede che possono agire avverso le discriminazioni collettive se «non siano individuabili in modo immediato e diretto i soggetti lesi dalle discriminazioni». A nostro avviso, una risposta positiva aggirerebbe la limitazione posta dal legislatore; perciò questa possibilità deve essere negata.

4. L'onere della prova

È nell'articolo 4 della dir. 97/80/CE⁴⁷, riguardante l'onere della prova nei casi di discriminazione basata sul sesso, che troviamo la prima regola in proposito. La disposizione prevedeva che gli Stati membri, secondo i propri sistemi giudiziari, adottassero i provvedimenti necessari affinché spettasse alla parte convenuta provare l'insussistenza della violazione del principio della parità di trattamento, quando chi si ritenesse leso dalla mancata osservanza nei propri confronti di tale principio avesse prodotto dinanzi ad un organo giurisdizionale, ovvero dinanzi ad un altro organo competente, elementi di fatto in base ai quali si potesse presumere che ci fosse stata discriminazione diretta o indiretta⁴⁸.

Analoga formula la ritroviamo nell'art. 8 della dir. 2000/43/CE, nell'art. 10 della dir. 2000/78/CE e, infine, nell'art. 19 della dir. 54/2006⁴⁹.

Vi è da chiedersi se al discriminato sia richiesto un livello di prova attenuato, riversando un surplus di prova sul convenuto; ovvero, sul presupposto che vi sia uno squilibrio di disponibilità anche economica tra le due parti processuali e di disponibilità delle informazioni, vi sia una vera e propria inversione dell'onere della prova a favore del discriminato.

Da alcune sentenze della Corte di giustizia si possono avere indicazioni, seppure non univoche, intorno alla portata dell'agevolazione probatoria a favore del discriminato.

Una prima sentenza di una certa rilevanza è nota come *Danfoss*⁵⁰. Alla Corte vengono sottoposte varie questioni pregiudiziali in relazione ad un caso di disparità di retribuzione all'interno della stessa azienda tra lavoratori di sesso femminile e lavoratori di sesso maschile inquadrati nello stesso livello retributivo. La controversia tra le parti nella causa principale trovava origine nel fatto che il meccanismo degli aumenti individuali applicati alle retribuzioni base veniva eseguito in modo tale che al lavoratore di sesso femminile non fosse possibile identificare le cause di una disparità tra la sua retribuzione e quella di un lavoratore di sesso maschile che svolgeva lo stesso lavoro. Quindi, le lavoratrici donne non potevano comparare

⁴⁷ Direttiva 97/80/CE del Consiglio del 15 dicembre 1997 riguardante l'onere della prova nei casi di discriminazione basata sul sesso, in *GU L* 14 del 20 gennaio 1998, pp. 6-8.

⁴⁸ Sul quadro normativo comunitario in ordine alla disciplina dell'onere della prova si rinvia a: C. FAVILLI, *La non discriminazione nell'Unione europea*, cit., p. 261 ss.; R. SANTAGATA DE CASTRO, R. SANTUCCI, *Discriminazioni e onere della prova: una panoramica comparata su effettività e proporzionalità della disciplina (parte I)*, in *Argomenti di diritto del lavoro*, 2015, p. 534 ss.; R. SANTAGATA DE CASTRO, *Le discriminazioni sul lavoro nel diritto vivente*, Napoli, 2019, p. 161 ss.; M. PERUZZI, *La prova del licenziamento ingiustificato e discriminatorio*, Torino, 2017, p. 144 ss.; A. GAURISIO, M. MILITELLO, *La tutela giurisdizionale*, cit., p. 459 ss.

⁴⁹ Direttiva 2006/54/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 5 luglio 2006, riguardante l'attuazione del principio delle pari opportunità e della parità di trattamento fra uomini e donne in materia di occupazione e impiego (rifusione), in *GU L* 204 del 26 luglio 2006, pp. 23-36.

⁵⁰ Corte giust., 17 ottobre 1989, *Danfoss*, C-109/88, ECLI:EU:C:1989:383.

le varie componenti della loro retribuzione con quelle della retribuzione dei loro colleghi uomini che svolgevano identiche mansioni.

Siamo negli anni ottanta e la direttiva interessata è dir. 75/117/CE del Consiglio del 10 febbraio 1975 (per il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati Membri relative all'applicazione del principio della parità delle retribuzioni tra i lavoratori di sesso maschile e quelli di sesso femminile) non prevedeva una specifica disposizione sull'onere della prova, ma solo l'obbligo degli Stati membri di adottare le misure necessarie per garantire l'applicazione del principio della parità delle retribuzioni (art. 6).

In questo contesto, l'obiettivo difficoltà probatoria rappresentata nel caso riportato portava la Corte a concludere per una sorta di decostruzione della fattispecie discriminatoria, con l'onere del datore di lavoro di provare che la sua prassi salariale non fosse discriminatoria, mentre al lavoratore di sesso femminile sarebbe stato sufficiente dimostrare, su un numero relativamente elevato di lavoratori, che la retribuzione media dei lavoratori di sesso femminile era inferiore a quella dei lavoratori di sesso maschile. Quindi, alla lavoratrice spettava la dimostrazione del trattamento deteriore, a prescindere dalla causa; mentre incombeva al datore di lavoro l'onere di giustificare tale trattamento sulla base di fattori escludenti la discriminazione.

Una seconda sentenza di una certa rilevanza è quella relativa al caso *Feryn*⁵¹. La Corte viene interpellata da un giudice belga di seconda istanza per rispondere ad una serie di quesiti in un caso di discriminazione diretta operata da un imprenditore nella politica delle assunzioni ai danni di candidati alloctoni. La Corte dà precise indicazioni in ordine ai fatti idonei a far presumere l'esistenza della discriminazione, nonché dell'oggetto della prova contraria posta a carico del convenuto discriminate. La dichiarazione con cui un datore di lavoro rende pubblicamente noto che, nell'ambito della sua politica di assunzione, non assumerà lavoratori dipendenti aventi una certa origine etnica o razziale può configurare un elemento di fatto idoneo a far presumere, anche autonomamente considerato, l'esistenza un comportamento discriminatorio. Di conseguenza incombe sul datore di lavoro fornire la prova di non aver violato il principio della parità di trattamento, dimostrando che la prassi effettiva di assunzione dell'impresa non corrisponde a tali dichiarazioni.

Altra questione affrontata dalla Corte è se il principio del bilanciamento dell'onere della prova debba essere interpretato anche nel senso di riconoscere ad un lavoratore, in possesso in astratto dei requisiti di qualificazione richiesti per l'accesso ad un posto di lavoro offerto, un diritto ad essere informato dal datore di lavoro dell'assunzione di un altro candidato, nonché delle ragioni e dei criteri sulla base dei quali è avvenuta l'assunzione. Infatti, la difficoltà di ottenere alcune informazioni essenziali per la prova anche *prima facie* della discriminazione, potrebbe essere del tutto vanificata dall'oggettiva difficoltà di accedervi, per essere le stesse nell'esclusiva disponibilità proprio di chi ha operato la discriminazione. La Corte ha negato l'esistenza nell'ordinamento sovranazionale di un diritto specifico, a favore di colui che si ritenga vittima di una discriminazione, di accedere ad informazioni che gli consentano di dimostrare i fatti in base ai quali poter presumere la discriminazione. Bisogna operare un bilanciamento di interessi tra il diritto del discriminato ad avere gli strumenti per far presumere la discriminazione e il dovere di riservatezza del datore di lavoro discriminante nei confronti degli altri candidati⁵². Proprio in considerazione delle contrapposte necessità la Corte cerca una soluzione alla difficoltà probatoria manifestata dal discriminato. Essa precisa che il

⁵¹ Corte giust., 10 luglio 2008, *Feryn*, C-54/07, cit.

⁵² Corte giust., 19 aprile 2012, *Meister*, C-415/10, ECLI:EU:C:2012:217; Id., 28 febbraio 2013, *Kenny*, C-427/11, ECLI:EU:C:2013:122.

comportamento reticente del datore di lavoro non può essere considerato irrilevante: l'assenza di una risposta del datore di lavoro deve essere collocata nel più ampio contesto fattuale in cui si inserisce e viene considerato uno degli elementi che possono contribuire a provare la discriminazione; le varie circostanze andrebbero unitamente valutate, proprio per evitare una vanificazione del bilanciamento dell'onere della prova legiferato a livello di diritto unionale⁵³.

In alcune sentenze la Corte affronta direttamente la questione della ripartizione dell'onere della prova con posizioni non sono uniformi.

Nella sentenza *Kelly*⁵⁴, con riferimento alle discriminazioni basate sul sesso la Corte ricorda che incombe su colui che si ritenga leso dall'inosservanza del principio di parità di trattamento dimostrare, in un primo momento, i fatti che consentono di presumere l'esistenza di una discriminazione. Solamente nel caso in cui questi abbia provato tali fatti, spetterà poi al convenuto, in un secondo momento, dimostrare che non vi sia stata violazione del principio di non discriminazione.

Una pronuncia particolarmente significativa, sotto questo profilo, è quella resa nel caso *Cheș*⁵⁵, riguardante la politica utilizzata da una società elettrica rumena di porre i contatori della luce ad altezza aerea nei quartieri abitati in prevalenza da soggetti di etnia rom. Nella fattispecie si ha un caso di discriminazione indiretta, perché una prassi apparentemente neutra va, in realtà, a scapito di un gruppo di persone appartenenti ad una certa etnia, proprio per il pregiudizio che tali persone siano dedite al furto di elettricità. Ebbene la Corte parla di «inversione dell'onere della prova», per modo che dovrebbe essere l'autore della discriminazione a provare che questo comportamento sia giustificato da circostanze oggettive. Per i discriminati, in altri termini, sarebbe sufficiente rappresentare i fatti dai quali sia possibile desumere il comportamento incriminato. Va detto che la Corte entrò molto nello specifico in ordine ai fatti dai quali poter presumere la discriminazione⁵⁶.

In quest'ultima sentenza una certa attenzione viene riservata alla prova della discriminazione indiretta, che comporta oggettive difficoltà probatorie per essere apparentemente neutra una prassi che, in realtà dà luogo a discriminazione a scapito di soggetti individuati da un fattore di «protezione».

In una recente sentenza la Corte di giustizia⁵⁷ ritorna sulla discriminazione indiretta e sull'uso della prova statistica. Nello specifico, il caso riguarda una discriminazione dovuta al sesso generata da una normativa nazionale tedesca, che prevede una retribuzione per le ore di straordinario meno favorevole per i lavoratori part-time rispetto ai lavoratori a tempo pieno: il pagamento delle ore straordinarie, in caso di lavoro part-time, avverrebbe solo per

⁵³ Corte giust., 19 aprile 2012, *Meister*, C-415/10, cit.

⁵⁴ Corte giust., 21 luglio 2011, *Kelly*, C-104/10, ECLI:EU:C:2011:506.

⁵⁵ Corte giust., 16 luglio 2015, *Cheș*, C-83/14, ECLI:EU:C:2015:480.

⁵⁶ Corte giust., 16 luglio 2015, *Cheș*, C-83/14, cit., punto 84 precisa: «Il giudice del rinvio deve tenere parimenti conto del carattere coatto, generalizzato e duraturo della prassi controversa, la quale – a causa del fatto che, da un lato, essa è stata estesa senza distinzione a tutti i residenti del quartiere, indipendentemente dal fatto che i contatori individuali di questi ultimi siano stati oggetto di manomissioni o abbiano dato luogo ad allacciamenti illegali e dall'identità degli autori di tali comportamenti e, dall'altro, che essa continua a perdurare quasi un quarto di secolo dopo la sua introduzione – è atta a suggerire che i residenti di tale quartiere, che com'è noto accoglie principalmente cittadini bulgari di origine rom, sono considerati nel complesso come potenziali autori di tali comportamenti illegali. Infatti, una tale percezione può altresì costituire un indizio rilevante ai fini della valutazione complessiva della prassi in questione».

⁵⁷ Corte giust., 29 luglio 2024, *KfHKuratorium für Dialyse und Nierentransplantation e V*, C-184/22 e C-185/22, ECLI:EU:C:2024:636.

le ore eccedenti l'orario normale di lavoro ovvero dopo le ore di lavoro a tempo pieno. Tale normativa diviene la base per una controversia: le ricorrenti erano lavoratrici part-time, che denunciavano la discriminazione indiretta operata a scapito di lavoratrici donne, che erano in percentuale di gran lunga maggiore nell'ambito del lavoro part-time; dall'altro lato, il datore di lavoro nega l'esistenza della discriminazione, in base al dato statistico che la percentuale delle donne impiegate presso la sua impresa tanto nella categoria di lavoratori part-time che nella categoria dei lavoratori a tempo pieno è la più elevata rispetto alla percentuale di lavoratori uomini.

La Corte interviene proprio sull'uso della prova statistica individuando un apposito metodo. Si parte da presupposto che nell'attuale definizione di discriminazione indiretta (art. 2, § 1, lett. b), dir. 2006/54/CE) vi è un approccio qualitativo: perciò, in primo luogo, occorre verificare se la misura nazionale, piuttosto che la prassi, di cui trattasi sia atta, per sua stessa natura, a «mettere in una posizione di particolare svantaggio» le persone di un determinato sesso rispetto a persone dell'altro sesso. Il giudice nazionale dovrebbe esaminare tutti i fattori pertinenti di natura qualitativa per determinare se un siffatto svantaggio esista prendendo in considerazione tutti i lavoratori soggetti alla normativa nazionale sulla quale si basa la differenza di trattamento di cui trattasi. In tale contesto, i dati statistici costituirebbe solo un elemento tra gli altri al quale il giudice potrebbe ricorrere e a cui la Corte potrebbe fare riferimento: da notare che nel caso di specie non viene preso come punto di riferimento il circoscritto numero di dipendenti dell'impresa accusata di discriminazione, ma il ben più ampio ambito dei lavoratori ai quali la legge si applica a livello nazionale⁵⁸.

In buona sostanza, secondo la posizione della Corte il dato statistico può essere una rilevante spia quando una prassi o una normativa incidano negativamente su un elevato numero di soggetti appartenenti ad una categoria "protetta", ma altri fattori debbono essere presi in considerazione anche al fine di verificare che non ci sia una giustificazione ad un fenomeno apparentemente discriminatorio⁵⁹.

Va sottolineato, infine, che, secondo la giurisprudenza della Corte di giustizia, l'uso del dato statistico è soggetto ad alcuni parametri: il dato deve essere sufficientemente ampio in termini numerici; non deve essere legato a fenomeni fortuiti o di breve periodo; deve essere rilevante ovvero pari ad una certa percentuale⁶⁰. Perciò, non potrebbe essere utilizzato efficacemente il dato statistico nel momento in cui una prassi o una normativa appaia del tutto inedita.

Le indicazioni provenienti dalla giurisprudenza della Corte di giustizia non sono sempre univoche: da un lato, vi è una tendenza all'alleggerimento dell'onere della prova a favore del discriminato, quasi ad un'inversione, nei momenti in cui il discriminato si trovi una

⁵⁸ Corte giust., 29 luglio 2024, cit., punto 60 ss. Determinante nel caso di specie per la decisione a favore della lavoratrice è la constatazione che a livello nazionale soggette a questa normativa svantaggiata sono soprattutto le donne, in maggioranza tra i lavoratori part-time; perciò a nulla rileverebbe che nel contesto aziendale le donne siano in maggioranza in entrambe le categorie di lavoratori.

⁵⁹ Si veda anche Corte giust., 20 aprile 2023, *BVAEB*, C-52/22, ECLI:EU:C:2023:309, punto 49, pronuncia in cui la Corte ha escluso la sussistenza di una discriminazione per motivi di età, denunciata a causa trattamento pensionistico differenziato tra lavoratori pubblici andati in pensione in momenti differenti, perché ha ritenuto che la legislazione fosse giustificabile nell'ambito degli obiettivi del Governo austriaco di politica del lavoro, di mercato del lavoro e di formazione professionale.

⁶⁰ Corte giust., 7 maggio 1991, *Commissione v. Belgio*, C-229/89, ECLI:EU:C:1991:187; Id., 27 ottobre 1993, *Enderby*, C-127/92, ECLI:EU:C:1993:859. In proposito si rinvia a C. BONARDI, C. MARAVIGLIA, *Dati statistici e onere della prova nel diritto antidiscriminatorio*, in O. BONARDI (a cura di), *Eguaglianza e divieti di discriminazione nell'era del diritto del lavoro derogabile*, Roma, 2017, p. 350 ss., spec. p. 357 ss.

situazione di obiettiva difficoltà nella prova dell'illecito; dall'altra, ad un riequilibrio dell'onere della prova a favore del presunto discriminante, nel momento in cui si invita a non considerare solo i meri dati statistici, ma anche tutti gli altri fattori di rilevanza nella ricostruzione della vicenda rilevante.

Andiamo ora a vedere come si è evoluta la situazione all'interno dell'ordinamento giuridico italiano.

La frammentazione della normativa antidiscriminatoria ha generato una serie molto eterogenea di disposizioni con differenti formulazioni.

La prima disposizione che ha dettato un regime particolare dell'onere della prova la troviamo nella disciplina sulla discriminazione di genere all'art. 4, comma 5, della l. 125/1991, riprodotta nell'art. 40 del Cod. par. opp., secondo la quale i dati di fatto, anche di carattere statistico devono essere «idonei a fondare, in termini precisi e concordanti, la presunzione dell'esistenza di atti, patti o comportamenti discriminatori in ragione del sesso».

Diverso il percorso normativo seguito per gli altri tipi discriminazione, la cui regolamentazione è stata a lungo in contrasto con la normativa comunitaria. Infatti, originariamente gli art. 4, comma 3 del d.lgs. 215/2003 e l'art. 4, comma 4, del d.lgs. 216/2003 non prevedevano alcun alleggerimento dell'onere della prova nel ragionamento inferenziale idoneo a fondare la presunzione di discriminazione, perché, semplicemente, si faceva riferimento alle caratteristiche della prova critica di cui all'art. 2729 c.c. Questa mancata attuazione degli obblighi comunitari ha comportato una procedura di infrazione nei confronti dell'Italia⁶¹, la quale con un decreto legge ha provveduto ad allineare l'originaria formulazione delle due norme a quella del precedente art. 4, comma 5, della l. 125/1991⁶².

L'attuale disciplina, che troviamo all'art. 28, comma 4, del d.lgs. 150/2011 ha dato piena attuazione alle direttive comunitarie, perché quello che viene richiesto è che l'attore fornisca «elementi di fatto desunti anche da dati di carattere statistico» dai quali presumere l'esistenza della discriminazione, senza distinzione tra discriminazione diretta o indiretta.

Vi è da dire che la Relazione illustrativa⁶³ è contraddittoria e confusa sul punto: da un lato spiega che «è stata prescelta la formulazione più aderente alle previsioni degli articoli 8 della direttiva del Consiglio dell'Unione Europea 2000/43/CE e 10 della direttiva 2000/78/CE del Consiglio dell'Unione Europea»; dall'altro che essa è «maggiormente coerente con l'ordinamento vigente in materia di prova per presunzioni». Insomma, il legislatore italiano sembra quasi aver dimenticato la procedura di infrazione a carico dell'Italia a causa della vecchia formulazione degli artt. 4, comma 3, del d.lgs. 215/2003 e l'art. 4, comma 4, del d.lgs. 216/2003.

In dottrina sono state diverse le posizioni in ordine al livello di onere probatorio richiesto a chi agisce avverso le discriminazioni.

Da alcuni, anche sulla base di quanto affermato Relazione di accompagnamento al d.lgs. 150/2011, l'onere della prova è stato inteso come corrispondente a fornire una prova presuntiva⁶⁴. Questa soluzione non comporterebbe alcuna agevolazione a favore del discriminato, perché le presunzioni⁶⁵ sono prove critiche liberamente valutabili dal giudice, al pari

⁶¹ Si veda su punto A. GUARISIO, M. MILITELLO, *La tutela giurisdizionale*, cit., p. 462 ss.

⁶² Si tratta del d.l. 8 settembre 2008, n. 59 convertito nella l. 1° giugno 2008, n. 101.

⁶³ *Schema di D.lgs - Disposizioni al codice di procedura civile in materia di riduzione e semplificazione dei procedimenti civili di cognizione - Relazione*, 9 giugno 2011, cit., sub art. 25.

⁶⁴ Così F. DE MICHIEL, *Questioni sull'onere della prova*, Padova, 2019, p. 158 ss.

⁶⁵ La presunzione consente di risalire da un fatto ignoto, appartenente alla sfera giuridica della fattispecie da provare come fatto secondario, ad un fatto noto, ovvero un fatto principale, attraverso un ragionamento

di una testimonianza, non prove di “carattere minore”: senza dimenticare che l’UE si è già espressa negativamente sul punto e la giurisprudenza della Corte di giustizia non va in questo senso.

Dottrina più risalente, all’opposto, in relazione all’art. 4, comma 5, della l. 125/1991 ha supposto una vera e propria inversione dell’onere della prova: il discriminato ricorrente si dovrebbe limitare a asserire fatti che rendano verosimile la discriminazione secondo l’*id quod plerumque accidit*, non a fornire una prova *prima facie*, ovvero rispondente ad un minor grado di probabilità⁶⁶. Una variante di questa tesi è quella che vuole fissata, in tali disposizioni, una presunzione legale relativa⁶⁷. L’ostacolo principale all’accoglimento di tale ipotesi è la mancanza di un fatto presunto di riferimento indicato dalla norma di legge, dal quale far dipendere l’inversione dell’onere della prova⁶⁸, anche perché molteplici sarebbero i fatti discriminanti da prendere in considerazione perché molteplici sono i tipi di discriminazione. Questa dottrina si è mostrata piuttosto noncurante della lettera della disposizione.

La maggior parte degli autori⁶⁹ è orientata verso un abbassamento del livello di attendibilità del ragionamento presuntivo richiesto all’attore per la prova della discriminazione rispetto a quanto previsto dall’art. 2729 c.c.: una prova *prima facie* analoga al fenomeno

inferenziale, basto su regole logiche e conoscitive. I criteri utilizzati nell’inferenza determinano anche la maggiore o minore affidabilità della presunzione: diverso il caso in cui essa si basi su di una legge statistica da quello in cui si basi su una legge scientifica. La discrezionalità del giudice non c’è solo nel momento della scelta della legge scientifica, regola logica o massima d’esperienza da porre alla base della sua deduzione, ma anche nel momento della scelta dei fatti noti dal quale far partire il suo ragionamento. L’art. 2729 c.c. indica i criteri necessari alla presunzione semplice per assurgere a prova. Questo a grandi linee il loro significato. Il requisito della gravità concerne il grado di convincimento che essa deve essere in grado di produrre in capo al giudice: non si deve trattare necessariamente di una certezza, ma della conclusione più probabile rispetto alle altre possibili. Il secondo requisito, quello della precisione fa riferimento alla non equivocità, non contraddittorietà dei risultati del ragionamento inferenziale. Infine, il requisito della concordanza fa riferimento a più elementi fattuali alla base della presunzione, che debbono portare tutti alla medesima conclusione. Per approfondimenti si rinvia a: V. ANDRIOLI, *Presunzioni (dir. civ. e dir. proc. civ.)*, in *Novissimo Digesto italiano*, Torino, 1966, XIII, p. 765 ss.; M. TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici*, Milano, 1992, p. 445 ss.; G. FRABBRINI, *Presunzioni*, in *Digesto delle discipline civili*, Torino, 1996, XIV, p. 280 ss.; P. COMOGLIO, *Le prove*, in *Trattato Riscigno*, Torino, 1997, I, p. 434 ss.; A. CARRATTA, *Prova scientifica e ragionamento presuntivo*, in *Rivista di diritto processuale*, 2022, p. 24 ss.

⁶⁶ Così M. TARUFFO, *Presunzioni, inversioni, prova del fatto*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1992, p. 733 ss., spec. p. 738 ss., il quale spiega la differenza tra le due situazioni, ovvero inversione dell’onere della prova e richiesta di una minore probabilità come risultato della prova logica: «è verosimile l’asserzione di un fatto che rientra nell’*id quod plerumque accidit*, ossia rientra nella normalità ed è plausibile in quanto potrebbe in ipotesi essersi verificato; è probabile, invece, l’asserzione di un fatto che risulti confermata da adeguati elementi conoscitivi e attendibili inferenze, ossia l’asserzione di un fatto che si fonda su prove». In questo stesso senso anche P. WIDMANN, *La tutela processuale contro le discriminazioni con particolare riferimento ai d.lgs. 215/2003 e 216/2003*, in A. VISCOMI (a cura di), *Diritto del lavoro e società multiculturale*, Napoli, 2011, p. 650 ss.

⁶⁷ B. SASSANI, *Onere della prova*, in M. BARBERA (a cura di), *La riforma delle istituzioni e della politica delle pari opportunità*, in *Nuove leggi civili commentate*, 2003, p. 735 ss.

⁶⁸ M. PERUZZI, *La prova del licenziamento ingiustificato e discriminatorio*, cit., p. 155.

⁶⁹ Così A. VALLEBONA, *L’inversione dell’onere della prova nel diritto del lavoro*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1992, p. 809 ss. che parla di inversione dell’onere della prova con riferimento all’art. 4, comma 5 della l. 125/1991, ma poi lo paragona all’*Anscheinbeweis* disposta nell’analogo procedimento del diritto tedesco; R. SANTAGATA DE CASTRO, R. SANTUCCI, *Discriminazioni e onere della prova: una panoramica comparata su effettività e proporzionalità della disciplina (parte II)*, in *Argomenti di diritto del lavoro*, 2015, p. 820 ss.; M. PERUZZI, *op. cit.*, 164 ss.

dell'*Anscheinbeweis* nel diritto tedesco⁷⁰; insomma, dalle prove richieste o prodotte dalla parte discriminata, l'evento denunciato dovrebbe risultare essere più probabile che non⁷¹.

Passiamo ora a considerare l'interpretazione che ha dato di queste disposizioni la giurisprudenza interna.

Una prima pronuncia rilevante riguarda l'art. 40 del Cod. par. opp., ove la Corte di cassazione⁷² concorda sul fatto che ci sia stato un alleggerimento dell'onere probatorio a carico del ricorrente rispetto alla regola di cui all'art. 2729 c.c., perché non viene richiesta la soddisfazione del requisito di gravità della presunzione, ma solo che la discriminazione si fondi su presunzioni precise e concordanti. Venendo meno il requisito della gravità, vi sarebbe la possibilità di osservare un minore grado di probabilità, ma dovrebbero essere soddisfatte le altre due condizioni: il requisito della precisione imporrebbe che i fatti noti da cui muove il ragionamento probabilistico ed il percorso che essi seguono non siano vaghi ma ben determinati nella loro realtà storica; il requisito della concordanza postulerebbe che la prova sia fondata su una pluralità di fatti noti convergenti nella dimostrazione del fatto ignoto.

Con riferimento ad altri tipi di discriminazioni, tuttavia, la Corte mostra un ulteriore abbassamento del livello di prova da soddisfare: così, in tema di discriminazione indiretta per motivi attinenti alla disabilità si specifica che gli elementi di fatto allegati e provati dal ricorrente non debbono essere necessariamente dotati della gravità, della precisione e della concordanza per attivare a soddisfare l'onere della prova richiesto a lui dall'art. 28, comma 4, d.lgs.150/2011⁷³. La Cassazione precisa proprio che l'agevolazione probatoria può «realizzarsi in quanto l'inversione dell'onere venga a situarsi in un punto del ragionamento presuntivo anteriore rispetto alla sua completa realizzazione secondo i canoni di cui all'art. 2729 c.c.»⁷⁴.

Nella giurisprudenza di merito troviamo anche voci dissonanti rispetto alle posizioni della Corte di Cassazione: così una sentenza della Corte d'appello de L'Aquila⁷⁵. Quest'ultima in ordine ad un licenziamento connesso ai diritti riconosciuti ad una lavoratrice madre ha concluso che l'art. 40 Cod. par. opp. statuisca una presunzione *iuris tantum* a favore della lavoratrice, la quale si sarebbe dovuta limitare ad allegare «elementi e circostanze che lascino

⁷⁰ Nella giurisprudenza tedesca sembra che gli elementi probatori idonei ad invertire parzialmente l'onere della prova debbano essere calati in un contesto fattuale che renda verosimile l'accaduto, così LG München I, 30 settembre 2021 – 19 O 6974/20 OLG München, 1° gennaio 2022, – 10 U 7382/21. Per la definizione, esempi di uso e ulteriori riferimenti dottrinali e giurisprudenziali sull'*Anscheinbeweis* si veda *Münchener Kommentar ZPO*, sub ZPO § 286, Rn. 48 – 50, disponibile on line all'indirizzo https://beck-online.beck.de/?vpath=bib-data/komm/MuekoZPO_3_Band1/ZPO/cont/MuekoZPO.ZPO.p286.gIV.g11.htm.

Per uso di questa pratica in relazione ai comportamenti discriminatori sul luogo di lavoro nell'ordinamento tedesco si rinvia all'approfondito studio di R. SANTAGATA DE CASTRO, *Le discriminazioni sul lavoro nel diritto vivente*, cit., 197, il quale spiega che vi è stata un'attenuazione del livello di prova richiesto per entrambe le parti, quindi, anche per la controparte.

⁷¹ R. SANTAGATA DE CASTRO, R. SANTUCCI, *Discriminazioni e onere della prova: una panoramica comparata su effettività e proporzionalità della disciplina (parte II)*, cit., p. 821.

⁷² Cass., 5 giugno 2013, n. 14206, la quale si richiama alla sentenza della Corte giust. nel caso *Kelly*, cit. In questo stesso senso le successive Cass., 12 ottobre 2018, n. 25543; Id., 26 febbraio 2021, n. 5476; Id., 3 febbraio 2023, n. 3361. Nella giurisprudenza di merito si veda in questo stesso senso: App. Trento, 7 maggio 2017, n. 14, secondo la quale ai fini della prova della discriminazione ci si potrebbe accontentare di una prova semi-piena, che autorizzi a ritenere plausibile la discriminazione.

⁷³ Cass., 28 marzo 2022, n. 9870.

⁷⁴ Cass., 2 gennaio 2020, n.1

⁷⁵ App. L'Aquila, 10 luglio 2014, 676.

presagire una condotta discriminatoria». In una successiva sentenza dello stesso giudice, tuttavia, l'atteggiamento sembra essere mutato in senso restrittivo: il solo riferimento alla *consecutio* temporale tra il compimento del primo anno di età del figlio e l'irrogazione del licenziamento apparirebbe elemento insufficiente al fine di far ritenere occultato un motivo illecito dietro le motivazioni del recesso esplicitate dal datore di lavoro⁷⁶.

In un'altra sentenza⁷⁷ si riconosce che tale discriminazione possa essere provata anche sulla base di dati di carattere statistico, con l'ambiguo valore che viene dato a questo strumento, perché nessuna precisazione in più viene fatta sui parametri di riferimento.

In altre parole, non si parla di inversione dell'onere della prova, ma di fatto si pone la piena prova della discriminazione a carico del datore di lavoro⁷⁸.

Qualche indicazione sui canoni che rendono valido l'elemento desumibile dai dati statistici la possiamo trarre dalla giurisprudenza di Cassazione.

Secondo la posizione più rigorosa⁷⁹ l'indicazione dei dati statistici, pur non sostanziano il requisito della gravità, sarebbe emblematica della serietà che deve caratterizzare gli elementi su cui fondare il ragionamento probabilistico, perché una prova statistica, pur se non caratterizzata da un rigore scientifico cui *resisti non potest*, non potrebbe che essere caratterizzata, ai fini della controllabilità globale dei risultati, da una chiara esplicitazione delle modalità di rilevazione degli stessi, dalla misurazione oggettiva e quantitativa dei fenomeni, da chiare modalità di presentazione delle informazioni⁸⁰.

A proposito dei dati statistici, in un provvedimento relativo alla prova discriminazioni uomo-donna la Corte specifica che il ricorso a dati statistici si prefigge lo scopo di facilitare l'emersione della condotta illecita, senza assurgere a criterio autonomo/sostitutivo della prova, con la conseguenza che il mancato rilievo dei dati statistici non è di ostacolo al riconoscimento della fondatezza del denunciato atto discriminatorio, laddove quest'ultimo sia stato provato attraverso una pluralità di tratti distintivi di univoca convergenza per stabilirne l'illegittimità.

L'uso dei dati statistici come prova nel processo civile italiano è controverso: si è sottolineata la difficoltà di provare un evento specifico attraverso l'uso di dati a carattere generale⁸¹.

La peculiarità proprie del dato statistico, idonee a rivelare l'astratta possibilità del verificarsi di un evento discriminatorio, più che il fatto specifico verificatosi, hanno portato un autore⁸² a concludere che nel procedimento relativo alle discriminazioni basate sul sesso il dato statistico venga utilizzato per invertire l'onere della prova a carico del discriminante.

Anche su questa problematica la giurisprudenza della Cassazione è contraddittoria: da un lato, dà rilevanza ai dati statistici come prova, dall'altro sembra quasi sminuirli ad argomento di prova. In una pronuncia sembra arrivare alle conclusioni della dottrina più audace, ovvero ad un'inversione dell'onere della prova vero e proprio: secondo quest'ultima giurisprudenza, l'attore avrebbe soltanto l'onere di fornire elementi di fatto, anche di carattere

⁷⁶ App. L'Aquila, 11 giugno 2015, n. 703.

⁷⁷ Trib. Trani, 11 settembre 2017, n. 238.

⁷⁸ Trib. Roma, sez. IV, 4 ottobre 2016.

⁷⁹ Cass., 5 giugno 2013, n. 14206, cit.

⁸⁰ Cass., 26 luglio 2016, n. 15435.

⁸¹ Pur chi ammette la prova statistica, considera che essa debba avere certe caratteristiche, si veda in proposito B.V. FROSINI, *Le prove statistiche nel processo civile e nel processo penale*, Milano, 2002, p. 37 ss.

⁸² Così M. TARUFFO, *La prova scientifica nel processo civile*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2005, p. 1079 ss. In questo senso sembrano concludere anche C. BONARDI, C. MARAVIGLIA, *Dati statistici e onere della prova nel diritto antidiscriminatorio*, cit., p. 354.

statistico, idonei a far presumere l'esistenza di una discriminazione, pur non dovendo i dati statistici assurgere ad autonoma fonte di prova; conseguentemente, qualora il dato statistico fornito dal ricorrente indichi una condizione di svantaggio per un gruppo di lavoratori, sarebbe onere del datore di lavoro dimostrare che le scelte sono state invece effettuate secondo criteri oggettivi e non discriminatorie⁸³.

È il momento di trarre qualche conclusione.

Le posizioni differenziate di dottrina e giurisprudenza sono in parte motivate da una diversa formulazione delle disposizioni in ordine all'onere della prova. Perciò, per evitare disparità di trattamento si dovrebbe cercare di dare un'interpretazione uniforme all'art. 40 Cod. par. opp. e all'art. 28, comma 4, d.lgs. 150/2011.

Un primo punto fermo è che il livello di prova richiesto al presunto discriminato è inferiore al grado di probabilità necessario per fondare una presunzione semplice: non chiaro è quanto a fondo possa spingersi questo alleggerimento. Ebbene, è difficile trovare una risposta in astratto, perché molto potrebbe dipendere dal contesto fattuale nell'ambito del quale viene operata la discriminazione: potrebbe esserci un'oggettiva difficoltà per il discriminato ad accedere ai dati necessari per provare di aver subito un trattamento discriminatorio, e questa circostanza oggettiva potrebbe essere in sé considerata, insieme magari a dati generali di carattere statistico. Il fatto che si faccia riferimento a dati di carattere statistico e non ad una vera e propria prova statistica, ci dovrebbe indicare che essi possano essere presi in considerazione e valutati discrezionalmente dal giudice, anche se non dotati del rigore stabilito dalla Corte di giustizia ovvero dalla Corte di Cassazione per la validità di questo tipo di prova. Il presunto discriminato deve fornire e provare quegli elementi dai quali poter desumere la discriminazione, considerato il contesto fattuale e la difficoltà probatoria dell'illecito denunciato. Perciò, non è escluso che la scarsità dei dati a disposizione del ricorrente possa comportare nei fatti una vera e propria inversione dell'onere della prova, magari allegando dati di fatto riferiti allo stesso tipo di situazione discriminatoria.

Le difficoltà del ricorrente potrebbero aumentare nel momento in cui si trattasse di fornire elementi per presumere l'esistenza di una discriminazione indiretta: in questo caso il ricorso a dati statistici potrebbe essere particolarmente utile, ma potrebbe essere insufficiente. Allora potrebbe risultare utile l'uso del *c.d. situation testing*, che dovrebbe ricreare una situazione identica a quella vissuta dal discriminato, per far emergere la discriminazione⁸⁴.

L'uso di dati statistici e del *situation testing*, consentirebbe anche ai soggetti portatori dell'interesse collettivo leso di essere agevolati nel raggiungimento dello standard di probabilità richiesto alla dimostrazione dell'illecito.

Al convenuto, dal canto suo, non rimarrebbe che provare l'insussistenza della discriminazione, dimostrando che nella pratica non è avvenuta ovvero che c'è una giustificazione oggettiva alla sua prassi o a una certa normativa.

5. Il contenuto del provvedimento di accoglimento

Un'altra peculiarità della normativa in esame è l'ampiezza di poteri riconosciuti al giudice che accolla la domanda del ricorrente nello stabilire come rimuovere gli effetti del

⁸³ Cass., 2 gennaio 2020, n.1; Trib. Trani, 10 marzo 2021, n. 402.

⁸⁴ R. SANTAGATA CASTRO, R. SANTUCCI, *Discriminazioni e onere della prova: una panoramica comparata su effettività e proporzionalità della disciplina (parte II)*, cit., p. 358.

comportamento o del provvedimento discriminatorio. Anche in questo caso possiamo riscontrare una certa disomogeneità tra la formulazione della disposizione presente nel Codice delle pari opportunità all'art. 38, comma 1, e quella dell'art. 28, comma 5, del d.lgs. 150/2011. In entrambe le norme viene previsto che riscontrata la discriminazione il giudice ordini la cessazione del comportamento discriminatorio, il risarcimento dei danni anche non patrimoniali e l'adozione di provvedimenti idonei a rimuoverne gli effetti; ma, nella seconda disposizione troviamo indicazioni ulteriori per provvedimenti più incisivi. Innanzi tutto si specifica che il provvedimento di rimozione degli effetti può essere emesso anche nei confronti della pubblica amministrazione; poi, si prevede che il giudice possa ordinare di adottare, entro il termine fissato nel provvedimento, un piano di rimozione delle discriminazioni accertate. Tale piano potrebbe anche riguardare la rimozione di prassi o di atti che comportino discriminazioni su ampia scala, non riservate, cioè, ad individui determinati: ciò è tanto vero che l'ultimo capoverso del comma 5, dell'art. 28, del d.lgs. 150/2011 prevede che nei casi di comportamento discriminatorio di carattere collettivo, il piano sia adottato sentito l'ente collettivo ricorrente. Per evitare ingiustificate disparità di trattamento la soluzione migliore è quella di integrare la prima disposizione alla luce della seconda, con la stessa ampiezza di poteri del giudice.

In questo contesto potrebbe anche accadere che si ordini la rimozione di atti amministrativi da parte del giudice ordinario.

La Cassazione⁸⁵ era intervenuta con riferimento alla passata normativa sottolineando come tanto nella fase cautelare che di merito, il giudice si potesse trovare di fronte ad un atto discriminatorio consistente in un provvedimento amministrativo. La Corte, quindi, aveva espresso dubbi sulla legittimità costituzionale della normativa in discorso, con riferimento, in particolare, agli art. 97, 103 e 113 Cost.; perciò, aveva concluso che, in tale ipotesi, il giudice ordinario dovesse limitarsi a decidere la controversia valutando il provvedimento amministrativo denunciato, disattendendolo *tamquam non esset* e adottando i conseguenti provvedimenti idonei a rimuoverne gli effetti, senza interferire nelle potestà della P.A., se non nei consueti e fisiologici limiti ordinamentali della disapplicazione incidentale ai fini della tutela dei diritti soggettivi controversi.

La Corte costituzionale, dal canto suo, sullo specifico punto ha rigettato una questione di legittimità costituzionale antecedentemente sollevata affermando che: «non esiste un principio costituzionale che escluda la possibilità per il legislatore di attribuire al giudice ordinario poteri di annullamento o di sostituzione rispetto alla amministrazione inadempiente – per la tutela di diritti che lo stesso legislatore considera prioritari – anche se ciò può comportare la necessità da parte del giudice di valutazioni ed apprezzamenti non del tutto vincolati». In queste ipotesi il legislatore esercita «il suo potere discrezionale di bilanciamento dei valori di rilevanza costituzionale»⁸⁶.

La tutela speciale accordata dal legislatore con l'art. 28, comma 3, si estende sino a consentire al giudice ordinario di pronunciare sentenze di condanna nei confronti della pubblica amministrazione per avere adottato atti discriminatori, dei quali può ordinare la

⁸⁵ Cass., Sez. un., 15 febbraio 2011, n. 3670, in *Foro italiano*, 2011, I, c. 1101 ss. Analogamente Cass., 15 febbraio 2021, n. 3842.

⁸⁶ Nella fattispecie si trattava del ricorso al pretore di uno straniero al quale era stato negato il nulla osta al ricongiungimento familiare ed il bilanciamento era da operare tra il valore dell'unità familiare ed il valore dell'ordine e della sicurezza dello Stato, così Corte cost., 17 maggio 2001, n. 140, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2002, p. 459 ss.

rimozione⁸⁷. Il potere di controllo del giudice ordinario conviverebbe con il potere del giudice amministrativo che potrebbe venire a conoscenza degli stessi atti ed annullarli con efficacia *erga omnes*⁸⁸.

Dalla giurisprudenza della Corte costituzionale sembrerebbe potersi evincere che la rimozione degli effetti dell'atto possa essere ordinata dal giudice ordinario nei confronti del ricorrente o dei ricorrenti. Ma se si tratta di atti amministrativi ad efficacia generale quale strada dovrebbe essere seguita? Occorrerebbe necessariamente un provvedimento del giudice amministrativo? Questa potrebbe essere una strada percorribile. Ci potrebbe essere anche l'ipotesi che ad agire sia un ente o un'associazione portatrice di un interesse collettivo: in questo caso, nell'eventualità in cui l'azione venga accolta e il ricorrente condannato, il piano di rimozione dovrebbe necessariamente riguardare l'intera collettività potenzialmente destinataria della discriminazione. Perciò, nei fatti in questa ipotesi non ci sarebbe differenza tra gli effetti del provvedimento del giudice ordinario e quelli del giudice amministrativo. Lo stesso giudice costituzionale, nello stesso provvedimento in un successivo passaggio contraddice a questo schema nel momento in cui afferma che «giudice può ordinare l'adozione di un piano di rimozione delle discriminazioni accertate, volto a impedire in futuro il ripetersi e il rinnovarsi di quelle stesse discriminazioni non solo nei confronti dei soggetti che hanno agito in giudizio, ma anche di qualsiasi altro soggetto che potrebbe potenzialmente esserne vittima». La Corte conferma la sua posizione affermando che il giudice ordinario possa arrivare anche a ordinare la rimozione di norme regolamentari della P.A., quando queste siano discriminatorie⁸⁹.

Più problematica potrebbe essere l'eventualità in cui, ad essere lesivo del diritto alla non discriminazione, sia una norma di legge. Proprio su questo punto troviamo una recente sentenza della Corte costituzionale⁹⁰.

Il caso di specie riguarda un regolamento della Regione autonoma del Friuli Venezia Giulia⁹¹, che nel disciplinare l'accesso alle case popolari prevedeva per i cittadini extracomunitari soggiornanti di lungo periodo requisiti o modalità diverse rispetto a quelli previsti per i cittadini comunitari per attestare l'impossidenza di alloggi in Italia e all'estero. Un trattamento differenziato che violava la dir. 2003/109/CE⁹², considerata di applicazione immediata da parte del giudice nazionale, perché contenente disposizioni sufficientemente dettagliate⁹³.

⁸⁷ Corte cost., 12 febbraio 2024, n. 15, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2024, p. 113 ss.

⁸⁸ Cons. Stato, Sez. V, 6 marzo 2023, n. 2290.

⁸⁹ Corte cost., 12 febbraio 2024, n. 15, cit.

⁹⁰ Corte cost., 12 febbraio 2024, n. 15, cit.

⁹¹ Il decreto del Presidente della Regione autonoma Friuli-Venezia Giulia 13 luglio 2016, n. 0144, recante «Regolamento di esecuzione per la disciplina degli incentivi di edilizia agevolata a favore dei privati cittadini, a sostegno dell'acquisizione o del recupero di alloggi da destinare a prima casa di abitazione di cui all'articolo 18 della legge regionale 19 febbraio 2016, n. 1 (Riforma organica delle politiche abitative e riordino delle Ater)».

⁹² Direttiva 2003/109/CE del Consiglio, del 25 novembre 2003, relativa allo status dei cittadini di paesi terzi che siano soggiornanti di lungo periodo, in *GU L* 16 del 23 gennaio 2004, pp. 44-53. L'art. 11, in particolare, sancisce la parità di trattamento tra il soggiornante di lungo periodo e il cittadino dello Stato ospitante per quanto riguarda una serie di prestazioni, tra le quali le prestazioni sociali, l'assistenza sociale e la protezione sociale (lett. d) e la procedura per l'assegnazione di un alloggio (lett. f).

⁹³ Alla base di questa impostazione vi sarebbe la costruzione riconducibile all'accettazione dei Trattati da parte degli Stati membri, in virtù della quale vi sarebbe un rapporto di complementarità tra giudice dell'Unione e giudice nazionale: al primo sarebbe affidata la funzione nomofilattica, mentre al secondo il compito di applicare in maniera uniforme il diritto dell'Unione. Strumento indispensabile per garantire questo equilibrio sarebbe il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, ogniquale volta al giudice nazionale si presentino dei dubbi

La vicenda si complicava perché il regolamento regionale incriminato era attuativo dell'art. 18 della legge della Regione Friuli-Venezia Giulia 19 febbraio 2016, n. 1 (Riforma organica delle politiche abitative e riordino delle ATER). In particolare era l'art. 29 ai commi 1 e 1-*bis* della suddetta legge a prevedere i requisiti e le modalità di presentazione della domanda in contrasto con la direttiva europea.

Un soggetto discriminato dalla suddetta normativa ricorreva al Tribunale di Udine, ai sensi dell'art. 28 d.lgs. 150/2011, avverso la Regione del Friuli Venezia Giulia. Il Tribunale di Udine accoglieva il ricorso e ordinava la disapplicazione delle norme incriminate. Non solo. Lo stesso giudice condannava la Regione ad adottare norme regolamentari in diretto e voluto contrasto con la normativa regionale; il giudice, infatti, riteneva le disposizioni regionali contrarie al diritto dell'Unione dovessero essere rimosse con effetto *erga omnes*⁹⁴.

Contro il provvedimento del Tribunale di Udine faceva appello la Regione. Quest'ultima, al contempo, sollevava un conflitto di attribuzione davanti alla Corte costituzionale perché riteneva che il giudice ordinario, nel disporre la rimozione delle norme regolamentari in contrasto con il diritto dell'Unione con effetto *erga omnes*, avesse assunto una pronuncia con effetti corrispondenti ad una dichiarazione d'illegittimità costituzionale, ovviamente preclusa al giudice ordinario.

Al contempo, davanti allo stesso Tribunale veniva iniziato un altro giudizio, nell'ambito del quale veniva sollevata una questione di legittimità costituzionale avente ad oggetto proprio i commi 1 e 1-*bis*, art. 29 suddetti, con riferimento agli artt. 3 e 117, comma 1 Cost., in quanto la normativa si porrebbe in con l'art. 11 della dir. 2003/109/CE.

Riuniti i due giudizi la Corte affronta le questioni prendendo una precisa posizione: considera fondato il conflitto di attribuzione e accoglie la questione di legittimità costituzionale sollevata; inoltre, traccia uno schema da seguire in situazioni simili.

Il giudice costituzionale parte da un presupposto che dà per scontato: l'azione civile può essere esercitata per ottenere dal giudice l'ordine di cessazione non solo di comportamenti o condotte, ma anche la rimozione di atti discriminatori pregiudizievoli; ordine che può essere accompagnato, anche nei confronti della pubblica amministrazione, da ogni altro provvedimento che il giudice, a sua discrezione, reputi idoneo a rimuovere gli effetti della discriminazione ed a evitare che si ripeta nei confronti di altri soggetti. Sembra che la Corte, pur non dicendolo espressamente, lasci intendere che il giudice ordinario possa prevedere, seppur a grandi linee, anche quale debba essere il contenuto di un regolamento: ovvero possa stabilire quale sia la modifica che deve essere apportata alle norme regolamentari affinché queste non risultino discriminatorie.

Questo potere, tuttavia, incontra un limite invalicabile nel potere legislativo: non può essere ordinata la modifica di una norma regolamentare, se poi questa è in contrasto con una norma di legge regionale.

Il corretto procedimento da seguire sarebbe quindi un altro: il giudice ordinario dovrebbe disapplicare la norma contraria al diritto UE, rimuovere la discriminazione nei confronti del ricorrente; tuttavia, per ottenere un effetto uniforme, evitando che la discriminazione si ripeta nei confronti di altri, sarebbe necessario che il giudice sollevi la questione di legittimità costituzionale, per eliminare del tutto la disposizione incriminata.

interpretativi sul diritto UE. Si veda In generale R. BARATTA, *Il sistema istituzionale dell'Unione europea*, Milano, 2020, p. 304 ss.; ID., *Le pregiudiziali Randstad sull'incensurabilità per Cassazione della violazione di norme europee*, in A. CARRATTA (a cura di), *Limiti esterni di giurisdizione e diritto europeo, a proposito di Cass. Sez. un. n. 19598/2020*, Roma, 2021, p. 27 ss.

⁹⁴ Trib. Udine, ordinanza 31 gennaio-1° febbraio 2023.

Questo modo di procedere della Corte costituzionale non è nuovo⁹⁵. Seppur questo ruolo che il giudice della costituzionalità si è arrogato nel rapporto con il diritto europolitico può aver generato qualche dubbio della dottrina di settore⁹⁶, sembra essere il più rispettoso del sistema interno, nell'ambito del quale, a ragionar diversamente, si rischia di incappare nel difetto assoluto di giurisdizione.

⁹⁵ Tra le altre: Corte cost., 14 dicembre 2017, n. 269, in *Rivista di diritto internazionale*, 2018, p. 282 ss.; Id., 30 luglio 2020, n. 182, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2020, p. 1972 ss.; Id., 15 marzo 2022, n. 69, ivi, 2022, p. 827 ss.

⁹⁶ Non è questo il contesto per approfondire il problema. Sulla specifica sentenza presa in considerazione nel testo si vedano i commenti di: C. FAVILLI, *La possibile convivenza tra disapplicazione e questione di legittimità costituzionale dopo la sentenza n. 15 del 2024 del giudice delle leggi*, in *Rivista contenzioso europeo*, 2024, p. 26 ss.; F. FERRARO, *La Consulta si affida al "tono costituzionale" per estendere il suo controllo (anche) sulle norme dell'Unione provviste di effetto diretto*, in *Eurojus.it*, 2024, n. 4; O. SCARCELLO, *Un altro passo nel processo di riaccostamento del sindacato di costituzionalità europolitico*, Nota a Corte cost., sentenza n. 15 del 2024, in *Osservatorio AIC*, 2/2024; U. VILLANI, *Il nuovo "cammino comunitario" della Corte costituzionale*, in *Eurojus*, 2024, n. 1. Più in generale su tale giurisprudenza costituzionale e sui rapporti tra la Corte cost. e la Corte di giustizia si vedano: C. AMALFITANO, *Il dialogo tra giudice comune, Corte di Giustizia e Corte costituzionale dopo l'obiterdictum della sentenza n. 269/2017*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2019; F. DONATI, *I principi del primato e dell'effetto diretto del diritto dell'Unione in un sistema di tutele concorrenti dei diritti fondamentali*, in *Federalismi.it*, 29 aprile 2020; D. GALLO, *Efficacia diretta del diritto UE, procedimento pregiudiziale e Corte costituzionale: una lettura congiunta delle sentenze n. 269/2017 e 115/2018*, in *Rivista AIC*, 2019, p. 159 e ss.; N. LAZZERINI, *Dual Preliminary within the Scope of the EU Charter of Fundamental Rights in the light of Order 182/2020 of the Italian Constitutional Court*, in *European Papers*, 2020, p. 1464 ss.; R. MASTROIANNI, *Sui rapporti fra Carta e Corti: nuovi sviluppi nella ricerca di un sistema rapido ed efficace della tutela dei diritti*, *ibidem*, p. 493 ss.