

Poteri istruttori ed onere della prova nel diritto antidiscriminatorio

La giurisprudenza nazionale

Milano, 25 giugno 2018

Giulia Dossi

Tribunale di Milano - Sezione Lavoro

Principio di non discriminazione: origine ed evoluzione nell'ordinamento europeo

- Trattato CE art. 7 - Divieto di discriminazione per nazionalità tra cittadini degli Stati membri
- Trattato CE art. 119 - Parità retributiva tra uomini e donne
Direttiva 75/117/CEE
- Trattato CE art. 13 (poi art. 19 TFUE) - Clausola antidiscriminatoria di portata generale
- Trattato CE art- 119 (poi art. 157 TFUE) - Parità di trattamento lavorativo tra uomini e donne - azioni positive

Principio di non discriminazione: origine ed evoluzione nell'ordinamento europeo

Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea - art. 21

NON DISCRIMINAZIONE

1. È vietata qualsiasi forma di discriminazione fondata, in particolare, sul sesso, la razza, il colore della pelle o l'origine etnica o sociale, le caratteristiche genetiche, la lingua, la religione o le convinzioni personali, le opinioni politiche o di qualsiasi altra natura, l'appartenenza ad una minoranza nazionale, il patrimonio, la nascita, gli handicap, l'età o le tendenze sessuali.

2. Nell'ambito d'applicazione del trattato che istituisce la Comunità europea e del trattato sull'Unione europea è vietata qualsiasi discriminazione fondata sulla cittadinanza, fatte salve le disposizioni particolari contenute nei trattati stessi

Principio di non discriminazione: origine ed evoluzione nell'ordinamento europeo

- Direttiva 2000/43/CE - Parità di trattamento indipendentemente da razza e origine etnica
- Direttiva 2000/78/CE - Parità di trattamento in materia di occupazione e condizioni di lavoro
- Direttiva 2002/73/CE (modifica la precedente 76/207) - Parità di trattamento tra uomini e donne per quanto riguarda l'accesso al lavoro, la formazione e promozione professionali e le condizioni di lavoro
- Direttiva 2006/54/CE inserisce in un unico testo le principali disposizioni in materia di parità di trattamento tra uomini e donne

Principio di non discriminazione: origine ed evoluzione nell'ordinamento europeo

La giurisprudenza della Corte di Giustizia

Il principio di non discriminazione come
«*principio generale del diritto dell'Unione*»

- Corte di Giustizia, *Mangold*, 22 novembre 2005, causa C-144/04
- Corte di Giustizia, *Kücükdeveci*, 19 gennaio 2010, causa C-555/07
- Corte di Giustizia, *Dansk Industri*, 19 aprile 2016, causa C-441/14

Discriminazione diretta

- a causa della presenza di uno dei fattori di rischio, una persona è trattata meno favorevolmente di quanto sia, sia stata o sarebbe trattata un'altra in situazione analoga

Discriminazione indiretta

- una disposizione, criterio, prassi, atto, patto o un comportamento, apparentemente neutri possono mettere in posizione di particolare svantaggio determinate persone individuate in relazione al fattore discriminatorio, *a meno che* essi siano oggettivamente giustificati da una *finalità legittima* e i *mezzi impiegati* per il suo conseguimento siano *appropriati e necessari*

Deroghe e cause di giustificazione

Discriminazioni dirette

Deroga

- requisito essenziale e determinante
- obiettivo legittimo
- requisito proporzionato

Discriminazioni indirette

Giustificazione

- finalità legittima
- mezzi appropriati e necessari

Tutela antidiscriminatoria - attuazione del diritto dell'Unione

Effettività della tutela giurisdizionale in materia antidiscriminatoria

- Direttiva 2000/43/CE
art. 7; *considerando* 19, 20, 21, 25, 26
- Direttiva 2000/78/CE
art. 9; *considerando* 29, 30, 31, 35

Normativa europea - rimedi e sanzioni

- Direttiva 2000/43/CE art. 15
- Direttiva 2000/78/CE art. 17
- Direttiva 2006/54/CE art. 18

Gli stati membri determinano le sanzioni da irrogare in caso di violazione delle norme nazionali di attuazione della presente direttiva e prendono tutti i provvedimenti necessari per la loro applicazione. Le sanzioni, che possono prevedere un risarcimento dei danni, devono essere **effettive, proporzionate e dissuasive**

Normativa europea - onere della prova

- Direttiva 2000/43/CE art. 8
- Direttiva 2000/78/CE art. 10
- Direttiva 2006/54/CE art. 19

Disposizioni volte a facilitare la prova dell'avvenuta discriminazione

Normativa europea - poteri istruttori del giudice

- Art. 8 Direttiva 2000/43/CE
- Art. 10 Direttiva 2000/78/CE
- Art. 19 Direttiva 2006/54/CE

Diritto degli Stati membri di prevedere disposizioni in materia di prova più favorevoli alle parti attrici

Gli Stati membri non sono tenuti ad applicare le disposizioni in tema di onere della prova ai procedimenti in cui spetta al giudice o all'organo competente indagare sui fatti

Normativa interna - profili processuali - azioni esperibili

- Discriminazioni di genere in ambito lavorativo
artt. 36, 37 e 38 d.lgs. 198/2006
- Altre discriminazioni
art. 28 d.lgs. 150/2011

Discriminazioni di genere - artt. 36, 37, 38 d.lgs. 198/2006

Azione individuale

Art. 36 Azione ordinaria

Art. 38 Azione speciale: ricorso - decreto - opposizione con instaurazione del giudizio di merito regolato dagli artt. 413 e ss. c.p.c.

Azione collettiva promossa dalla consigliera di parità

Art. 37 comma 2 Azione ordinaria

Art. 37 comma 4 Azione speciale ("*in via d'urgenza*")

Altre discriminazioni - art. 28 d.lgs. 150/2011

- Rito sommario di cognizione *ex art. 702 bis e ss. c.p.c.* «*ove non diversamente disposto*» dall'art. 28 d.lgs. 150/2011

Onere della prova - discriminazioni di genere

Art. 40 d.lgs. 198/2006

Quando il ricorrente fornisce elementi di fatto, desunti anche da dati di carattere statistico relativi alle assunzioni, ai regimi retributivi, all'assegnazione di mansioni e qualifiche, ai trasferimenti, alla progressione in carriera ed ai licenziamenti, idonei a fondare, in termini precisi e concordanti, la presunzione dell'esistenza di atti, patti o comportamenti discriminatori in ragione del sesso, spetta al convenuto l'onere della prova sull'insussistenza della discriminazione.

Onere della prova - altre discriminazioni

Art. 28 d.lgs. 150/2011

Quando il ricorrente fornisce elementi di fatto, desunti anche da dati di carattere statistico, dai quali si può presumere l'esistenza di atti, patti o comportamenti discriminatori, spetta al convenuto l'onere di provare l'insussistenza della discriminazione. I dati di carattere statistico possono essere relativi anche alle assunzioni, ai regimi contributivi, all'assegnazione delle mansioni e qualifiche, ai trasferimenti, alla progressione in carriera e ai licenziamenti dell'azienda interessata

Onere della prova

- **Art. 40 d.lgs. 198/2006**

Elementi di fatto idonei a fondare in termini "*precisi*" e "*concordanti*" la presunzione dell'esistenza della discriminazione

- **Art. 28 d.lgs 150/2011**

Elementi di fatto dai quali si può presumere l'esistenza della discriminazione

Onere della prova - giurisprudenza di legittimità

Cassazione, sez. lav., 5 giugno 2013, n. 14206

- art. 40 d.lgs. 198/2006
- non inversione dell'onere della prova
- alleggerimento dell'onere probatorio rispetto alla regola di cui all'art. 2729 c.c.
- onere probatorio "asimmetrico": rimane fermo per l'attore l'onere della prova ma sufficiente un grado di certezza minore rispetto a quello consueto
- requisito della *precisione*: fatti noti ben determinati nella loro realtà storica
- requisito della *concordanza*: pluralità di fatti noti convergenti

Onere della prova - giurisprudenza di legittimità

Cassazione civile, sez. lav., 26 luglio 2016, n. 15435

- il ricorso a dati statistici non costituisce criterio autonomo/sostitutivo di prova
- necessaria e sufficiente una "*pluralità di tratti distintivi di univoca convergenza*" a sostegno della discriminazione

Onere della prova - discriminazione diretta

Attore

- fattore di discriminazione
- svantaggio subito
- miglior trattamento attuato nei confronti di altra persona in posizione equiparabile
- correlazione significativa fra questi tre elementi in termini di verosimiglianza

Convenuto

- insussistenza della discriminazione
oppure
- deroga

Onere della prova - discriminazione indiretta

Attore

- fattore di rischio
- prassi, criterio, disposizione ritenuta discriminatoria
- effetti sui portatori del fattore di rischio
- effetti su soggetti non portatori del fattore di rischio
- svantaggio (anche solo potenziale) attraverso il confronto degli effetti sui due gruppi

Convenuto

- insussistenza della situazione di particolare svantaggio
oppure
- esistenza di cause di giustificazione

Onere della prova - giurisprudenza di merito

Corte d'Appello di Torino n. 218/2013

Licenziamento di lavoratrice madre - discriminazione diretta

Ricorrente:

- trasferimento a 150 km, disposto dopo tre giorni dal compimento dell'anno di età da parte del bambino e dal rientro in servizio dopo una lunga assenza
- nella sede di provenienza erano stati assunti due lavoratori;
- non provato il calo delle vendite

Convenuto:

- non prospettate ragioni dirimenti, in base alle quali si dovesse provvedere al trasferimento
- non chiarito modo le ragioni per cui la scelta della dipendente da trasferire è caduta proprio su una lavoratrice madre di un bambino in tenera età

Onere della prova - giurisprudenza di merito

Corte d'Appello di Trento, sez. lav., 23 febbraio 2016, n. 63

Discriminazione diretta per orientamento sessuale

- necessità di una effettiva agevolazione probatoria
- inversione dell'onere della prova
- elementi di fatto «precisi» e «concordanti» (pur in assenza di espressa previsione legislativa)

Onere della prova - giurisprudenza di merito

Corte d'Appello di Trento, sez. lav., 23 febbraio 2016, n. 63

- ❑ Elementi di fatto *precisi e concordanti* forniti dalla ricorrente:
 - convocazione ad anno scolastico terminato (colloquio di contenuto lavorativo)
 - esito negativo del colloquio
 - rapporto di lavoro in corso da cinque anni senza rilievi negativi nei confronti dell'insegnante
- ❑ Elementi offerti dalla convenuta contraddittori e incongruenti
- ❑ No deroga ex art. 4.2. direttiva 2000/78/ CE e art. 3 comma 5 d.lgs. 216/2003

Corte di Giustizia, 17 aprile 2018, Ve. Eg. vs. Evangelisches Werk für Diakonie und Entwicklung eV, causa C-414/16

Art. 4.2, 2000/78/CE in combinato disposto con l'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali

- ❑ religione o convinzioni personali allegati come requisito essenziale, legittimo e giustificato per lo svolgimento dell'attività lavorativa: controllo giurisdizionale effettivo
- ❑ deve trattarsi di un requisito necessario e oggettivo, che non può includere considerazioni estranee all'etica della Chiesa o dell'organizzazione religiosa
- ❑ tale requisito deve essere conforme al principio di proporzionalità

Onere della prova - giurisprudenza di merito

Corte appello Milano, sez. lav., 4 maggio 2016

Discriminazione diretta in ragione dell'appartenenza religiosa - velo islamico

☐ Elementi offerti dalla ricorrente:

- connotazione religiosa del *hijab*
- svantaggio subito (mancato inserimento nell'elenco delle candidate all'assunzione)
- correlazione tra i due fattori

☐ Elementi offerti dalla convenuta:

- non integrano deroga ex art. 3 comma 3 d.lgs. 216/2003: il capo scoperto e il correlativo divieto di indossare il velo non costituiscono *requisito essenziale e determinante* della prestazione

Corte di Giustizia, 14 marzo 2017, *Bougnaoui*, causa C-188/15

Art. 4.1, lett. *a*), direttiva 2000/78/CE

- la volontà di un datore di lavoro di tener conto del desiderio di un cliente che i servizi di tale datore di lavoro non siano più assicurati da una dipendente che indossa un velo islamico non può essere considerata come un *requisito essenziale e determinante* per lo svolgimento dell'attività lavorativa ai sensi di detta disposizione.

Corte di Giustizia, 14 marzo 2017, Achbita, causa C-157/15

Art. 2.2, lett. a), direttiva 2000/78/CE

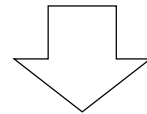
- Il divieto di indossare un velo islamico, derivante da una norma interna di un'impresa privata che vieta di indossare in modo visibile qualsiasi segno politico, filosofico o religioso sul luogo di lavoro, non costituisce una discriminazione diretta fondata sulla religione o sulle convinzioni personali
- Può costituire una discriminazione indiretta, qualora l'obbligo apparentemente neutro comporti, di fatto, un particolare svantaggio per le persone che aderiscono ad una determinata religione o ideologia, a meno che esso sia oggettivamente giustificato da una finalità legittima, come il perseguimento, da parte del datore di lavoro, di una politica di neutralità politica, filosofica e religiosa nei rapporti con i clienti, e che i mezzi impiegati per il conseguimento di tale finalità siano appropriati e necessari

Onere della prova - giurisprudenza di merito

Corte d'Appello di Firenze, sez. lav., 6 settembre 2016

Discriminazione indiretta in ragione dell'età - licenziamento collettivo

- criterio convenzionale della prossimità al pensionamento non fonda una discriminazione diretta (cfr. Cass. 26 aprile 2011, n. 9348; Cass., 12 novembre 2015, n. 23140)
- l'accordo sindacale individua il personale da licenziare, assumendo come criterio il possesso di determinati requisiti pensionistici, indipendentemente dall'area di appartenenza e dalla posizione occupata, senza alcun collegamento con l'oggetto della comunicazione di avvio della procedura



Discriminazione indiretta per ragioni di età

Onere della prova - giurisprudenza di merito

Corte d'Appello di Firenze, sez. lav., 6 settembre 2016

Ricorrente:

- fattore di rischio (età)
- criterio adottato (prossimità a pensione)
- potenziale svantaggio

Convenuta:

- non dimostrata causa di giustificazione (finalità legittima di ridurre l'impatto sociale del provvedimento espulsivo) - il criterio dell'accesso a pensione è stato esteso anche a posizioni lavorative che non risultavano in eccedenza

Onere della prova - giurisprudenza di merito

Tribunale di Milano, 11 marzo 2015

Discriminazione indiretta in ragione dell'età - licenziamento collettivo

- applicazione congiunta di due criteri uno dei quali: data di nascita fino al 31 dicembre 1949
- età anagrafica criterio destinato ad operare in via prevalentemente autonoma

Onere della prova - dati di carattere statistico

- ❑ attendibilità delle fonti
(Cass., sez. lav., 5 giugno 2013, n. 14206)
- ❑ valenza del dato statistico
- ❑ rapporto tra popolazione statistica e ambito di comparazione

Onere della prova - dati di carattere statistico

Tribunale di Roma 21 giugno 2012

Corte d'Appello di Roma 9 ottobre 2012

Discriminazione diretta fondata sulle convinzioni personali (affiliazione sindacale)

4367 lavoratori di cui è previsto il riassorbimento tra cui **382** iscritti alla Fiom

1893 lavoratori assunti da FIP al momento del ricorso tra cui **0** iscritti alla Fiom

«Appare "prima facie" evidente che le probabilità che su 1893 lavoratori assunti da un bacino di 4367 non sia stato assunto nessuno di 382 componenti dell'elenco degli iscritti a FIOM al 1.1.2011, se non 20 che nel frattempo hanno però revocato l'iscrizione, appare infinitesimale »

Onere della prova - dati di carattere statistico

Tribunale di Torino, 11 giugno 2013

Discriminazione indiretta di genere - procedura selettiva

- riproporzionamento dell'anzianità di servizio in base al *part-time*
- percentuale di dipendenti di sesso femminile in *part-time* superiore all'84%
- percentuale di vincitori della progressione da F2 a F3 in *full-time* pari al 39,40% mentre quella dei dipendenti in *part-time* pari al 20%.
- degli 83 dipendenti che hanno ottenuto la progressione da F2 a F3 solo 5 in *part-time*

Poteri istruttori del giudice

Art. 421 comma 2 c.p.c.

Può altresì disporre d'ufficio in qualsiasi momento l'ammissione di ogni mezzo di prova, anche fuori dei limiti stabiliti dal codice civile, ad eccezione del giuramento decisorio, nonché la richiesta di informazioni e osservazioni, sia scritte che orali, alle associazioni sindacali indicate dalle parti

Cass. Civ., SS. UU., 17 giugno 2004, n. 11353; Cass. Civ., Sez. Lav., 5 febbraio 2007, n. 2379; Cass. Civ., Sez. Lav., 26 giugno 2006, n. 14731; Cass. Civ., Sez. Lav., 1 agosto 2013, n. 18410

Poteri istruttori del giudice

Art. 702 *ter* comma 5

Il giudice, sentite le parti, omessa ogni formalità non essenziale al contraddittorio, procede nel modo che ritiene più opportuno agli atti di istruzione rilevanti in relazione all'oggetto del provvedimento richiesto

Cassazione civile, sez. II, 25 febbraio 2014, n. 4485

Licenziamento discriminatorio

Art. 4 Legge 604/1966

Il licenziamento determinato da ragioni di credo politico o fede religiosa, dell'appartenenza ad un sindacato e dalla partecipazione ad attività sindacabili è nullo, indipendentemente dalla motivazione adottata

Licenziamento discriminatorio

Art. 15 Statuto dei Lavoratori

nullo qualsiasi patto od atto diretto a: a) subordinare l'occupazione di un lavoratore alla condizione che aderisca o non aderisca ad una associazione sindacale ovvero cessi di farne parte; b) licenziare un lavoratore, discriminarlo nella assegnazione di qualifiche o mansioni, nei trasferimenti, nei provvedimenti disciplinari, o recargli altrimenti pregiudizio a causa della sua affiliazione o attività sindacale ovvero della sua partecipazione ad uno sciopero. Le disposizioni di cui al comma precedente si applicano altresì ai patti o atti diretti a fini di discriminazione politica, religiosa, razziale, di lingua o di sesso, di handicap, di età o basata sull'orientamento sessuale o sulle convinzioni personali

Licenziamento discriminatorio

Giurisprudenza storicamente maggioritaria

- ❑ Licenziamento discriminatorio *species* del *genus* licenziamento per motivo illecito
 - motivo discriminatorio esclusivo e determinante
 - rilevanza dell'*animus* del soggetto agente
 - onere della prova del fattore discriminatorio o del motivo illecito a carico del lavoratore

Cass. 1 dicembre 2010 n. 24347; Cass. 15 marzo 2006 n. 5635; Cass. 9 luglio 2009 n. 16155; Cass. 3 maggio 1997 n. 3837; Cass. 20 novembre 2000 n. 14982

Licenziamento discriminatorio

Cambiamento di paradigma

Il divieto di discriminazione discende [...] direttamente dalla violazione di specifiche norme di diritto interno ed europeo, senza passare attraverso la mediazione dell'art. 1345 c.c.

Cass., sez. lav., 5 aprile 2016 n. 6575

Cass., sez. lav., 9 giugno 2017 n. 14456),

Nullità del licenziamento discriminatorio - rilevabile d'ufficio?

Giurisprudenza della Sezione Lavoro della Cassazione consolidata in senso negativo

Cass., sez. lav., 24 marzo 2017 n. 7687