

## *Iura et leges* nella disciplina della prova della discriminazione nel processo civile

### *Iura et leges in the regulation of proof of discrimination in civil proceedings*

**Enrico Maria Mastinu**

*Professore associato di Diritto del lavoro nell'Università di Cagliari*

**SOMMARIO:** 1. Sul carattere non autosufficiente del diritto antidiscriminatorio – 1.1. ... segue. La disciplina della prova in giudizio. – 2. Le origini e la collocazione sistematica della disciplina speciale sulla prova della discriminazione. – 3. Su alcune questioni esegetiche. In particolare: sulla natura non *statistica* della c.d. *prova statistica*. – 4. I profili applicativi. I temi di prova dell'attore. – 5. I temi di prova del convenuto. - 5.1. La prova del fatto contrario. – 5.2. La prova del fatto impeditivo. - 6. La prova dell'attinenza del criterio selettivo apparentemente neutro al fattore di discriminazione indiretta considerato dalla legge. – 7. La prova della discriminazione nelle azioni di impugnazione negoziale. Il rapporto fra le cause di giustificazione tipiche e l'art. 1345 c.c. – 8. La prova della discriminazione nelle azioni di responsabilità. Il rapporto fra le cause di giustificazione tipiche e l'impossibilità sopravvenuta di adempiere. 9. L'opacità del diritto antidiscriminatorio e le misure ordinate a facilitare l'assolvimento dell'onere della prova della discriminazione

*Sinossi:* Il saggio tratta le principali questioni in materia di prova della discriminazione nel processo civile. L'analisi si diparte dall'assunto che il diritto antidiscriminatorio nazionale non sia un ramo dell'ordinamento autosufficiente ma che, all'opposto, la sua comprensione prima che la sua applicazione richieda l'integrazione nelle categorie fondamentali del diritto civile e processuale civile. Speciale attenzione è dedicata ai profili applicativi della disciplina, che sono trattati nella prospettiva delle diverse tipologie di azioni (di invalidità o di inadempimento) svolte in giudizio.

*Abstract:* *The essay studies the main issues concerning the proof of discrimination in civil proceedings. The analysis starts from the idea that national anti-discrimination law is not a self-sufficient branch of the legal system but that its application requires integration into the basic categories of civil law and civil procedure. Special attention is paid to the applicative aspects, which are treated in the dynamic perspective of the different types of actions ordinarily carried out in court.*

**Parole chiave:** Discriminazione diretta – Discriminazione indiretta - Molestia – Causa di giustificazione – Prova – Onere – Statistica – Trasparenza – Ragionevoli – Inadempimento - Motivo illecito

**Keywords:** *Direct discrimination – Indirect discrimination – Harassment –Justification – Proof – Burden – Statistics – Transparency –Reasonable – Non compliance – Unlawful motive*

## 1. Sul carattere non autosufficiente del diritto antidiscriminatorio

Sebbene sia allogato in corpi normativi a sé stanti, uno dei quali pomposamente denominato *codice*, il diritto antidiscriminatorio nazionale è un complesso normativo incompleto nei contenuti e privo di una sua pur parziale autonomia scientifica, cioè di regole proprie e autosufficienti di funzionamento<sup>1</sup>.

L'assunto ha palmare evidenza in relazione a quelle disposizioni che qualificano la discriminazione a stregua di reato<sup>2</sup> o di illecito amministrativo<sup>3</sup>. L'imputabilità, i criteri di imputazione della responsabilità, le scriminanti, il concorso di persone, la continuazione, lo statuto delle sanzioni quanto a prescrizione, intrasmissibilità agli eredi, etc. traggono tutti la loro disciplina fondamentale dal Codice penale e dalla legge 24 novembre 1981, n. 689. Discorso analogo deve farsi per la porzione di disciplina, più ampia e articolata, che attiene ai rapporti civili. Qui la discriminazione è elevata al rango di fattispecie generale e l'osservanza dei relativi divieti è presidiata da regole di validità e da regole di responsabilità con contenuti in parte originali e con la garanzia di una variegata gamma di altrettanto originali misure coercitive dirette e indirette, ma le condizioni e gli effetti dell'invalidità e dell'inadempimento, il regime delle relative azioni, della prescrizione e tutti i meccanismi di funzionamento degli istituti e delle vicende regolate debbono attingersi al diritto generale delle obbligazioni. Anche la disciplina speciale del processo, che si è andata facendo

---

<sup>1</sup> D.lgs. 25 luglio 1998, n. 286, in materia di discriminazione ai danni degli immigrati stranieri; d.lgs. 11 aprile 2006, n. 198, recante il c.d. Codice delle pari opportunità fra uomo e donna; d.lgs. 9 aprile 2003, n. 215, in materia di discriminazioni per ragioni di razza e di origine etnica; d.lgs. 9 luglio 2003, n. 216, in materia di discriminazioni per ragioni di nazionalità, convinzioni personali, orientamento sessuale, handicap ed età; l. 1° marzo 2006 n. 67 in materia di discriminazioni ai danni delle persone disabili; d.lgs. 30 giugno 2022, n. 195 (art. 3), in materia di discriminazioni ai danni di chi fruisca dei benefici correlati alla condizione di disabile e di quelli previsti per l'assistenza di congiunti portatori di handicap; d.lgs. 10 marzo 2023, n. 24, in materia di discriminazioni ai danni di chi denunci violazioni di legge commesse negli ambienti e nei luoghi di lavoro. All'elenco si deve aggiungere anche l'art. 1468 d.lgs. 15 marzo 2010, n. 66, che ha esteso ai militari la tutela antidiscriminatoria prevista dai d.lgs. nn. 215/2003, 216/2003 e 198/2006.

<sup>2</sup> Art. 38, l. 20 maggio 1970, n. 300; 41, comma 2, d.lgs. n. 198/2006. Con riferimento alle discriminazioni accertate giudizialmente, artt. 37 e 38 d.lgs. n. 198/2006 e art. 44, comma 8, d.lgs. n. 286/1998.

<sup>3</sup> Artt. 41, comma 1 e 46, comma 4, d.lgs. n. 198/2006; art. 44, comma 11, d.lgs. n. 286/1998.

relativamente sviluppata, altro non è che una propaggine minore del diritto processuale generale<sup>4</sup>.

Sul terreno dei rapporti contrattuali e del rapporto di lavoro in specie, il carattere dipendente del diritto antidiscriminatorio riceve una seconda e più profonda declinazione. Poiché le discriminazioni rilevano in quanto oggetto di divieti riferiti a tutti gli aspetti e le vicende concernenti la vita professionale del lavoratore, *che già ricevono una loro regola dal contratto di lavoro e dalla sua disciplina di legge e di contratto collettivo*, la tutela che il diritto antidiscriminatorio accorda al lavoratore tende a essere coestensiva e/o a sovrapporsi rispetto a quella completa e onnipervasiva già derivante dal diritto comune del lavoro. *Deve sovrapporsi*, perché il nudo dovere negativo di non discriminare è oggetto di una regola capace di proteggere il lavoratore fattoriale contro la sottrazione di qualcosa che egli ha già ad altro titolo (il posto, la sede di lavoro, l'inquadramento professionale, l'integrità psicofisica, la dignità personale, etc.) e non può dare corpo a nessun diritto di pretesa (all'assunzione, alla promozione, alla stabilizzazione, all'inquadramento, etc.) senza appoggiarsi sul contenuto di un titolo preesistente o sottostante: il contratto di lavoro integrato dalla sua disciplina legislativa; una promessa unilaterale, un patto accessorio; una specifica disciplina di legge violata; un uso; etc<sup>5</sup>.

Per questo motivo, i problemi della prova della discriminazione sono prima di tutto i problemi della prova dell'inadempimento di un contratto o dell'invalidità di un atto o di un patto in funzione dell'applicazione di tutele che seguono gli schemi fondamentali del diritto comune delle obbligazioni e dei contratti, con l'aggiunta dell'ampio corredo di misure sostanziali e processuali specificamente previste dal diritto antidiscriminatorio (sanzioni compulsive dirette e indirette di natura civile, penale e amministrativa; nullità testuale degli atti e dei patti discriminatori; espressa risarcibilità del danno non patrimoniale; tutela inibitoria tipica; riti sommari non cautelari; azioni di gruppo; agevolazioni probatorie; speciali procedure di conciliazione; speciali regole sulla competenza, sulla legittimazione ad agire e sulla rappresentanza in giudizio; etc.).

L'enunciata incompletezza o insufficienza, mai adeguatamente razionalizzata nella sua portata, nelle sue cause e nei suoi effetti, è stata reputata ancora di recente come «frutto di un preconcetto», che ostacolerebbe il dispiegarsi di tutte le potenzialità di tutela del diritto antidiscriminatorio, impedendo in particolare la parificazione verso l'alto dei trattamenti nell'area dei poteri liberi e delle facoltà del datore di lavoro<sup>6</sup>. Ma, come ho cercato

---

<sup>4</sup> Artt. 36 e ss., d.lgs. n. 198/2006; art. 28, d.lgs. 1° settembre 2011, n. 150. In un tempo ormai non recente, al tema del processo antidiscriminatorio e al problema del rapporto fra questo e il diritto sostanziale avevo dedicato un volumetto dal titolo *Diritto e processo nella lotta contro le discriminazioni di genere* (Cedam, 2010). Oggi è da salutare con favore un certo risveglio di interesse per la materia, se è vero che al processo e alle tutele sono state dedicate due delle sei relazioni al XXIII Congresso AIDLaSS, intitolato al *Diritto antidiscriminatorio e trasformazioni tecnologiche*, svoltosi a Messina nei giorni 23, 24 e 25 maggio 2024.

<sup>5</sup> Sul punto ALBANESE, *Contratto, mercato responsabilità*, Giuffrè, 2008, 105.

<sup>6</sup> GUARISO, *Sanzioni e rimedi nel diritto antidiscriminatorio: rimozione, risarcimento, dissuasione*, in *RGL*, 2024, 3, 354 ss.

di dimostrare in altro luogo, si tratta di un dato strutturale della disciplina nazionale il cui superamento non può essere rimesso all'inventiva o all'arbitrio dell'interprete, come talora si tende a fare, se non a prezzo di sacrificare l'equilibrio e la razionalità del sistema<sup>7</sup>.

### **1.1. ... segue. La disciplina della prova in giudizio della discriminazione**

La medesima duplice dipendenza dal ramo primario dell'ordinamento cui afferisce, il diritto antidiscriminatorio la espone in relazione alla materia della prova in giudizio. Una regola ripetuta con poche varianti nei diversi plessi normativi che disciplinano la materia consentirebbe la dimostrazione della discriminazione anche mediante una presunzione di grado inferiore rispetto a quella regolata nell'art. 2729 c.c.<sup>8</sup>. Dopo di che, tuttavia: a) la prova può essere data con qualsiasi altro mezzo previsto dai Codici; b) per regola, la dimostrazione della discriminazione è il frutto di un'attività istruttoria complessa che non è esaurita dalla presunzione agevolata prevista dalla legge; alcuni fatti da provare a carico dell'attore, primo fra tutti il titolo dell'obbligazione che si asserisce inadempita per ragioni discriminatorie, possono essere dimostrati solo con il ricorso ai mezzi ordinari; c) le modalità di assunzione e di valutazione della prova, compresa quella presuntiva appositamente ordinata alla dimostrazione delle discriminazioni, sono quelle stabilite dal Codice di rito; d) la ripartizione degli oneri di allegazione e prova e la regola di giudizio che accolla all'onerato il rischio dell'incertezza sui fatti costitutivi delle pretese fatte valere in giudizio è quella prevista dall'art. 2697 c.c.<sup>9</sup>.

In secondo luogo, e direi soprattutto, i temi di prova della discriminazione non sono fissi e immutabili, come potrebbe apparire ove la riflessione si svolgesse in modo statico, limitandosi all'esegesi della disciplina speciale al più allargando la ricerca alle connessioni e ai rapporti con quella generale. Variano bensì in relazione al tipo di tutela che il soggetto fattoriale invoca, la quale è a sua volta legata alla capacità di effetti che i divieti di discriminazione hanno in relazione alle vicende del rapporto di lavoro che concorrono a disciplinare: vale a dire a seconda che si faccia valere in giudizio la invalidità di un atto o di un patto eventualmente al fine di ottenere la restituzione di quanto materialmente sottratto oppure si pretenda di essere tenuti indenni dalle conseguenze di un inadempimento.

<sup>7</sup> MASTINU, *Lo Statuto dei lavoratori, modello (insuperato) di tutela antidiscriminatoria*, in AA.Vv., *Occupazione, persona, solidarietà. Studi in memoria di Mario Napoli*, Giappichelli, 2025, 615 ss. Una versione ampliata nel testo e nelle note è in corso di pubblicazione sulla rivista *Argomenti di Diritto del lavoro*.

<sup>8</sup> Art. 40, d.lgs. n. 198/2006; art. 28, comma 4, d.lgs. n. 150/2011.

<sup>9</sup> *Infra*, §§ 4 e ss.

## 2. Le origini e la collocazione sistematica della disciplina speciale sulla prova della discriminazione.

Si è detto che la prova della discriminazione può essere data con qualunque mezzo. Talora l'operazione è molto agevole, come nel caso in cui la discriminazione sia diretta e dichiarata e prenda dunque il crisma dell'auto evidenza<sup>10</sup>. Ma per lo più le prove storiche, dichiarative o documentali, non sono disponibili, sicché la legge ha previsto una speciale agevolazione: all'attore è sufficiente dimostrare la sussistenza di elementi di fatto, evocativi dello scopo o dell'effetto discriminatorio del comportamento, dell'atto o del patto, anche se non qualificati da tutti o da alcuno dei requisiti previsti cumulativamente dall'art. 2729 c.c.

A quel punto si attualizza in capo al convenuto l'onere di provare il fatto contrario oppure la sussistenza di una deroga ai divieti o di una causa di giustificazione, cioè un fatto impeditivo<sup>11</sup>. E se questo onere di prova non è assolto, allora la discriminazione si deve dare per accertata (art. 28, d.lgs. n. 150/2011; art. 40, d.lgs. n. 198/2006)<sup>12</sup>.

La normativa interna è di ascendenza eurounitaria: l'art. 8 della Dir. 2000/43/CE, l'art. 10 della Dir. 2000/78/CE, l'art. 19 della Dir. 54/2006/CE hanno imposto agli Stati membri di adottare discipline dell'onere della prova che ponessero a carico del datore di lavoro l'incombente di dimostrare l'insussistenza della discriminazione ogni qual volta il lavoratore avesse allegato in giudizio *elementi di fatto in base ai quali si possa presumere (oppure fatti idonei a far presumere) che ci sia stata discriminazione diretta o indiretta*. Ma la sua traduzione nell'ordinamento interno ha avuto un percorso travagliato del quale occorre dare sinteticamente conto.

Per quanto attiene alle discriminazioni di genere, la legge ha sempre richiesto che le presunzioni idonee a dimostrarne l'esistenza fossero *precise e concordanti* e non anche *gravi* (art. 4, comma 5, l. 10 aprile 1991, n. 125 e art. 40, d.lgs. n. 198/2006), come è invece prescritto dall'art 2729, comma 1, c.c.

<sup>10</sup> Nella giurisprudenza nazionale, cfr. la nota Cass. 5 aprile 2016, n. 6575, in materia di licenziamento di una lavoratrice che aveva annunciato di doversi assentare dal lavoro per un certo periodo di tempo per sottoporsi a un ciclo di inseminazione artificiale. Nella giurisprudenza eurounitaria, C. giust., 26 febbraio 2008, causa C-506/06, *Sabine Mayr c. Bäckerei und Konditorei Gerhard Flöckner*.

<sup>11</sup> Sulla distinzione fra cause di giustificazione e deroghe ai divieti di discriminazione rinvio alla nota 44.

<sup>12</sup> La specialità della disciplina della prova della discriminazione pone il problema preliminare della sua collocazione sistematica nell'area del diritto sostanziale piuttosto che di quello processuale. Il dubbio va sciolto optando per il primo corno dell'alternativa: l'attinenza a uno specifico rapporto sostanziale piuttosto che a una serie aperta di rapporti relativi a interessi di diversa consistenza rende sostanziale anche la disciplina della prova. La ricaduta più rilevante della premessa consiste in ciò che la prova agevolata potrà essere utilizzata dall'attore a prescindere dal rito, ordinario o speciale, con il quale la violazione dei divieti di discriminazione sia fatta valere. PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, Jovene, 2006; BORGHESI, *L'onere della prova nei licenziamenti disciplinari e discriminatori*, in *RGL*, 2016, I, 879; TARQUINI, *L'onere della prova nei giudizi contro le discriminazioni*, in *RGL*, 2024, 2, 342; PERUZZI, *La prova del licenziamento ingiustificato e discriminatorio*, Giappichelli, 2018, 141 ss. In giurisprudenza, Cass. 5 giugno 2013, n. 14206.

Invece, lo stesso alleggerimento del carico probatorio non era stato previsto dalle originarie discipline di contrasto alle discriminazioni per ragioni diverse dall'appartenenza di genere, che pure facevano larga propaganda dell'uso delle presunzioni: l'art. 3, comma 2, l. 1° marzo 2006, n. 67 in materia di tutela contro le discriminazioni a danno delle persone con disabilità, l'art. 4, comma 3, d.lgs. n. 215/2003 (in materia di tutela contro le discriminazioni di razza e origine etnica), l'art. 4, d.lgs. n. 216/2003 (in materia di discriminazioni nell'accesso al lavoro basate sulla religione, le convinzioni personali, l'handicap, l'età, la nazionalità, l'orientamento sessuale), richiedevano che le presunzioni fossero anche *gravi*, oltre che *precise* e *concordanti*. Ed altrettanto faceva l'art. 44, comma 9, d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286, in materia di tutela giudiziaria contro le discriminazioni per motivi etnici, razziali, nazionali o religiosi, che richiamava espressamente l'art. 2729, comma 1, c.c.

Per ricomporre la frattura con il diritto sovranazionale, dietro sollecitazione della Commissione europea, il Parlamento italiano è dovuto intervenire, cancellando dall'art. 4 del d.lgs. n. 215/2003 il requisito della *gravità* e dall'art. 4 del d.lgs. n. 216/2003 anche quelli della *precisione* e della *concordanza*<sup>13</sup>. Successivamente, il d.lgs. 1° settembre 2011, n. 151 ha accorpato tutte le discipline della prova in giudizio delle discriminazioni correlate a fattori diversi dal genere (art. 28, comma 4), prevedendo che la presunzione dell'esistenza di una discriminazione si possa poggiare sull'allegazione di fatti e su presunzioni non qualificati dai requisiti della *gravità* della *precisione* e della *concordanza*. Oggi, pertanto, ad essere gravate di un maggior onere sarebbero le vittime di una discriminazione di genere rispetto a quelle correlate ad altri fattori<sup>14</sup>, con una disarmonia che non appare giustificabile neppure alla luce della clausola di riserva che fa salva la specificità dei *sistemi giudiziari* degli Stati membri<sup>15</sup>.

Detto questo, bisogna subito aggiungere che la prassi giudiziaria si è presto incaricata di attenuare le differenze fra le diverse discipline speciali e fra queste e quella generale del Codice civile: la normale disponibilità di una pluralità di elementi indizianti la discriminazione consente al giudice di valutare più di un elemento e di farne quella valutazione complessiva o di sintesi che mantiene, di fatto, la prova presuntiva della discriminazione, in tutte le varianti oggi previste, agganciata al modello dell'art. 2729, comma 1, c.c.<sup>16</sup>.

<sup>13</sup> Art. 8-*sexies*, comma 1, lett. b) e art. 8-*septies*, comma 1, lett. b), d.l. 8 aprile 2008, n. 59.

<sup>14</sup> Cass. 2 febbraio 2023, n. 3361.

<sup>15</sup> Art. 19, par. 1, Dir. 54/2006/CE; art. 8, par. 1, Dir. 2000/43/CE; art. 10, par.1, Dir. 2000/78/CE. Sul punto PERUZZI, *La prova del licenziamento ingiustificato e discriminatorio*, op. cit., 144 e ss.; GUARISO, MILITELLO, *La tutela giurisdizionale*, in BARBERA, GUARISO (a cura di) *La tutela antidiscriminatoria*, Giappichelli, 2019, 459 ss.

<sup>16</sup> Cass. 26 luglio 2016, n. 15435. Vedi anche le annotazioni di PERUZZI, *Le discriminazioni*, in ANELLI *et alii* (a cura di), *L'onere della prova*, Cedam, 2024, 954 ss.; di TARQUINI, op. cit., 337-338 e di SANTAGATA DE CASTRO, SANTUCCI, *Discriminazioni e onere della prova: una panoramica comparata su effettività e proporzionalità della disciplina*, (parte II), in *ADL*, 2015, 3, 834-835. D'altro canto, nell'applicazione della disciplina generale del Codice, la giurisprudenza fa non di rado a meno del requisito della concordanza, ritenendo sufficiente anche una sola presunzione. Cass. 26 maggio 2017, n. 13373; Cass. 11 settembre 2007, n. 19088; Cass. 4 marzo 2005, n. 4743; Cass. 24 febbraio 2004, n. 3646; Cass. 22 marzo 2001, n. 4168. In dottrina, DE MICHEL, *Questioni sull'onere della prova nel diritto del lavoro*, Cedam, 2019, 154 ss.; NAPPI, *L'inverso rapporto tra polimorfismo*

### 3. Su alcune questioni esegetiche. In particolare: sul carattere non statistico della c.d. prova statistica

Il legislatore nazionale specifica che il fatto base della presunzione *non grave* (art. 40, d.lgs. n. 198/2006) o *non grave, non precisa e non concordante* (art. 28, d.lgs. n. 150/2011) può avere la consistenza del dato «di carattere statistico» e poi fornisce un'elencazione di situazioni o di vicende alle quali quel dato può afferire. L'elencazione comprende le *assunzioni*, i *regimi retributivi*, l'*assegnazione di mansioni e qualifiche*, i *trasferimenti*, la *progressione in carriera* e i *licenziamenti*. Donde un primo problema esegetico attinente al se la minor forza inferenziale derivante dall'obliterazione di alcuni (art. 40, d.lgs. n. 198/2006) o di tutti (art. 28, comma 4, d.lgs. n. 150/2011) gli attributi prescritti dall'art. 2729, comma 1, c.c. sia vanto esclusivo dei fatti base di carattere statistico oppure anche di quelli di natura diversa.

La risposta al quesito deve essere positiva. La lettera della legge è chiara, anche se la formula utilizzata è assai approssimativa: i fatti base della presunzione di discriminarietà possono *anche* avere la consistenza del dato di carattere numerico/statistico; il che significa che possono anche avere natura e consistenza diverse e che laddove la legge non richiede la *gravità*, la *precisione* e la *concordanza* della presunzione (art. 28, d.lgs. n. 150/2011)<sup>17</sup> la prova della discriminazione potrebbe teoricamente derivare anche da un unico indizio o da un unico fatto base *non statistico*, ad esempio la contestualità di tempo fra la scoperta che il lavoratore o la lavoratrice sono portatori del fattore di discriminazione e il venir in essere dell'atto discriminatorio<sup>18</sup>.

Un secondo problema esegetico ha base nella domanda se il riferimento al carattere statistico dei fatti base della presunzione significhi che il procedimento di inferenza dal fatto noto debba essere interamente governato dalle leggi proprie di quel ramo della conoscenza. Qui la risposta deve essere negativa. Se il giudice fosse chiamato ad applicare rigorosamente le leggi della scienza statistica l'operazione logica di deduzione sarebbe governata da criteri addirittura più rigorosi rispetto alla *gravità*, alla *precisione* e alla *concordanza*, che sono stati espunti in tutto o in parte dalla disciplina positiva, in omaggio alle prescrizioni del diritto eurounitario<sup>19</sup>. Senza dire che la prova in giudizio dovrebbe sempre darsi mediante l'ausilio di un consulente tecnico, con un aggravio anche economico che mal si

*e efficienza nelle tutele processuali antidiscriminatorie*, testo provvisorio della relazione al XXI Congresso nazionale AIDLASS (Messina, 23-25 maggio 2024), 24.

<sup>17</sup> La *precisione* è il carattere della presunzione fondata su fatti secondari «determinati nella loro realtà storica», cioè non vaghi; la *concordanza* deriva invece dall'appoggio su più elementi che «debbono convergere nella dimostrazione del fatto ignoto». Cass. 4 febbraio 2019, n. 3196.

<sup>18</sup> Uno spunto in tal senso in Cass. 26 luglio 2016, n. 15435.

<sup>19</sup> Nell'art. 2729, c.c., la *gravità* della presunzione esprime una speciale evidenza o un elevato livello di inferenza probabilistica fra il fatto noto e quello da dimostrare. In giurisprudenza, Cass. 2 febbraio 2023, n. 3361. In dottrina, PERUZZI, *La discriminazione*, op. cit., 962 e DE MICHEL, op. cit., 156 ss.

accorda con l'intento di semplificazione che il legislatore ha voluto e dovuto perseguire. E sul punto torna acconcio rammentare che nessuna delle direttive comunitarie che si sono occupate della prova presuntiva della discriminazione ha prescritto che questa dovesse avere base o natura statistica<sup>20</sup>.

La formula «dati di carattere statistico» utilizzata dal legislatore italiano non è pertanto espressiva di un rinvio alla scienza statistica e alle sue leggi; non lo sarebbe a ben guardare neppure sul piano testuale; allude più semplicemente a un criterio di misurazione quantitativo del fatto base della presunzione, come anche si evince dall'elencazione degli ambiti e delle vicende ai quali si possono riferire quei dati: tutti misurabili numericamente (assunzioni, promozioni, trasferimenti, licenziamenti, etc.). Dopo di che, la valutazione dell'attendibilità del dato numerico allegato dall'attore così come del procedimento logico che da quel ceppo si diparte sono rimessi al prudente apprezzamento del Giudice, nel contraddittorio fra le parti (art. 116 c.p.c.). E sarà prima di tutto nel gioco fra allegazioni, istanze istruttorie dell'attore e opposizioni, eccezioni del convenuto che la selezione e la misurazione dei dati quantitativi potrà raggiungere un più alto grado di attendibilità<sup>21</sup>. Quando la Cassazione, sulla scia della Corte europea di giustizia e con l'intento di richiamare i giudici di merito a un grado minimo di rigore nella valutazione dei dati quantitativi, afferma che «una prova statistica (...), ancorché non caratterizzata da un rigore scientifico *cui resisti non potest*, non può che essere connotata, 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 informazioni»<sup>22</sup> e poi soggiunge che il miglior modo di effettuare la comparazione «consiste nel confrontare le proporzioni rispettive dei lavoratori che sono o non sono attinti dalla norma in questione»<sup>23</sup>, non pretende di dettare criteri scientifici. Ragiona piuttosto in termini empirici, sebbene di un empirismo che cerca di tener conto delle metodologie accreditate in campo statistico<sup>24</sup>. Naturalmente, nulla vieta e anzi tutto consiglia che la c.d.

<sup>20</sup> Art. 8, par. 1, Dir. 2000/43/CE; art. 10, par. 1, Dir. 2000/78/CE; art. 19, par. 1, Dir. 54/2006/CE.

<sup>21</sup> *Infra*, §§ 4 e 5. Sin da ora, cfr. C. giust. 3 ottobre 2019, causa C-274/18 *Minoo Schuch-Ghannadan*; C. giust. 8 maggio 2019, causa C-161/18, *Villar Láiz*; Cass. 29 luglio 2021, n. 21801.

<sup>22</sup> Cass. 5 giugno 2013, n. 14206.

<sup>23</sup> Cass. 29 luglio 2021, n. 21801; C. giust. 3 ottobre 2019, causa C-274/18 (cons. 48); C. giust. 8 maggio 2019, causa C-161/18 (cons. 39 e 40).

<sup>24</sup> Se mal non mi sono apposto davanti al loro pensiero, la conclusione rassegnata nel testo mi pare sia condivisa anche dalle Autrici che più e meglio hanno approfondito il tema della c.d. prova statistica della discriminazione nell'ordinamento nazionale ed europeo. Dopo avere premesso con una perentorietà forse eccessiva che «(...) i parametri di ammissibilità della prova statistica non possono che basarsi sulle leggi tecnico-scientifiche proprie dell'analisi statistica e i parametri di ammissibilità della prova statistica non possono che basarsi sulle leggi tecnico-scientifiche proprie dell'analisi statistica», soggiungono «che nella maggior parte dei casi i dati che vengono utilizzati hanno carattere elementare e sono ben lontani dal richiedere analisi matematiche sofisticate». Le stesse Autrici riconoscono inoltre che la presunzione della discriminazione sarebbe ricavabile anche dai dati numerici grezzi, che l'elaborazione statistica renderebbe solo più evidenti e inequivocabili. BONARDI, MERAVIGLIA, *Dati statistici e onere della prova nel diritto antidiscriminatorio*, in BONARDI (a cura di), *Eguaglianza e divieti di discriminazione nell'era del diritto del lavoro derogabile*, Ediesse, 2017, 366, 371, 389 e ss. Sul funzionamento della c.d. prova



prova statistica sia data dall'attore nel modo più rigoroso possibile, cioè mediante raccolta e trattamento dei dati quantitativi effettuati con criteri corrispondenti a quelli accolti nella comunità scientifica di riferimento, così sostanzialmente precludendo al convenuto la possibilità di fornire una prova contraria o di falsificare quella dedotta dall'attore, per la contraddizione che non consente che una proposizione vera sia smentita da una proposizione altrettanto vera ma di segno contrario<sup>25</sup>. La legge deve preoccuparsi di stabilire un livello minimo di attendibilità probatoria, sotto il quale il Giudice non può attestarsi, ma non vieta che questo sia superato. In questo senso la statistica può rendere ottimi servizi pratici alle ragioni della parità. Ma, lo si ribadisce, quel livello minimo non è e non può essere rappresentato dalla certezza o sicurezza statistica<sup>26</sup>. Come sottolineato in premessa, è al Codice, non alla disciplina speciale, muta sul punto e non autosufficiente, che debbono pur sempre attingersi i criteri di valutazione della prova dei fatti dedotti in giudizio<sup>27</sup>. Problema logicamente distinto, sebbene praticamente intrecciato a quello della scientificità della c.d. prova statistica, è quello attinente alla significatività dell'impatto differenziato o dello svantaggio, che per essere rilevante deve essere *particolare*. Su questo piano ancor meno si può postulare l'applicazione di qualsivoglia regola scientifica, posto che la soglia oltre la quale un certo squilibrio o svantaggio, dimostrato numericamente, sarebbe significativo di discriminazione è stabilita dalla legge mediante un'aggettivazione del tutto ascientifica<sup>28</sup>.

statistica vedi anche le annotazioni di IZZI (*Discriminazioni di sesso nel rapporto di lavoro: il nuovo regime processuale*, in *RTDPC*, 1994, 543 ss.; EAD., *Eguaglianza e differenze nei rapporti di lavoro*, Jovene, 2005, 145 ss.). Spunti di diritto comparato possono trarsi da CATALANO, *Prova indiziaria, probabilistic evidence e modelli matematici di valutazione*, in *RDP*, 1996, 514 ss.; da GIUSSANI, *La prova statistica nelle «class actions»*, in *RDP*, 1989, 1052 ss.; SANTAGATA DE CASTRO, SANTUCCI, op. cit., 821.

<sup>25</sup> A questa situazione si riferisce l'idea che, in certe situazioni, la prova statistica sarebbe *prova piena* della discriminazione, dove l'aggettivo *piena* vuole significare *non falsificabile* (TARQUINI, *L'onere della prova ...*, op. cit., 341). Diverso dal concetto di prova *piena* è quello di prova statistica *diretta*, cioè non presuntiva, che invece allude alla capacità dei dati numerici non campionari e privi di elaborazione di rappresentare compiutamente e non in via presuntiva la realtà di certi squilibri fattoriali e dunque, alla fine, della discriminazione stessa (BONARDI, MERAVIGLIA, op. cit., 377 ss. spec. 380; TARQUINI, op. cit., 342; spunti anche in GUARISO, MILITELLO, op. cit., 460 ss. e in PERUZZI, op. cit., 170). In giurisprudenza, sembra appoggiarsi solo sul nudo dato statistico, Cass. 2 febbraio 2023, n. 3361, sebbene concerna una discriminazione di genere in relazione alla quale l'art. 40 d.lgs. n. 198/2006 prescrive che la presunzione debba essere anche *concordante*, oltre che *precisa*.

<sup>26</sup> L'assunto è condiviso da PERUZZI, *La prova ...*, op. cit., 172; ID., *Le discriminazioni*, op. cit., 962, e da NAPPI, op. cit., 30-31 ma non anche da TARQUINI, op. cit., 340, la quale, a mio avviso senza calcolare adeguatamente le conseguenze della premessa che enuncia, afferma che i dati statistici dovrebbero essere rilevati con metodo scientifico «ai fini della loro ammissibilità in giudizio».

<sup>27</sup> *Retro*, § 1.1.

<sup>28</sup> La conclusione mi pare condivisa anche da BONARDI, MERAVIGLIA, op. cit., 374 e da PERUZZI, op. cit., 962. Quando la discriminazione indiretta era qualificata dallo svantaggio *proporzionalmente maggiore*, fu proposta l'utilizzazione del criterio empirico dei 4/5, invalso nell'esperienza statunitense in tema di discriminazioni razziali, ma opportunamente temperato dalla ponderazione delle circostanze del caso concreto Nell'ordinamento interno un criterio analogo, e opportunamente meno rigido, ha una indiretta base testuale nell'art. 48, comma 1, d.lgs. n. 198/2006, che indica, quale obiettivo dei piani di azioni positive nella pubblica amministrazione, *il riequilibrio della presenza femminile nelle attività e nelle posizioni gerarchiche ove sussiste un divario fra generi non inferiore a due terzi* e, nella stessa situazione, prevede l'obbligo di motivare la preferenza accordata in sede di assunzione o promozione a una qualifica superiore a un candidato di genere maschile con pari qualificazione e preparazione professionale rispetto a una di genere femminile. Sul punto BARBERA, *Discriminazioni ...*, op. cit., 250; GUAGLIANONE, op. cit., 270.

La terza e ultima questione esegetica attiene all'oggetto delle serie statistiche sulle quali si può fondare la presunzione di sussistenza della discriminazione. La legge, si è detto, lo individua in un certo numero di situazioni o vicende concernenti l'ambito del mercato del lavoro interno o comunque prossimo alla singola impresa o ente: la discriminazione si potrebbe presumere se il datore di lavoro avesse assunto, promosso, trasferito, licenziato, meglio retribuito, un numero proporzionalmente maggiore o minore di soggetti fattoriali rispetto ai non fattoriali comparabili. Ma né il *numero* di situazioni, né l'*ambito* nel quale potrebbero essere rilevate devono intendersi indicati tassativamente.

L'assunto ha una molteplicità di conferme.

Sul piano letterale vale la considerazione che il catalogo di fatti da misurarsi quantitativamente al fine di reggere la presunzione agevolata è introdotto dalla particella aggiuntiva *anche*, segno del carattere non esaustivo dell'elencazione.

Sul piano sostanziale è dirimente il rilievo che le discriminazioni a danno del lavoratore possono essere attuate non solo dal datore di lavoro ma prodursi anche nell'affiliazione ad associazioni professionali, nell'adesione a fondi di previdenza complementare, nell'accesso alle prestazioni sociali di istruzione, sanità, alloggio<sup>29</sup>, dove non ha alcun senso il riferimento all'assunzione, alla promozione, al trasferimento, al licenziamento, etc.

Si consideri, infine, che solo o prevalentemente nel caso di discriminazione diretta, i dati statistico/quantitativi possono attenersi alle situazioni o vicende elencate dalla legge, ossia, si ripete, il numero di assunzioni, stabilizzazioni, licenziamenti, trasferimenti, sanzioni disciplinari, etc., che possono avere interessato i lavoratori fattoriali e quelli non fattoriali in un certo contesto di tempo e di luogo. Diverso è il discorso nel caso delle discriminazioni indirette, quelle attuate mediante assegnazione di trattamenti sfavorevoli a gruppi non selezionati in base a un fattore protetto ma di fatto composti prevalentemente da soggetti fattoriali. Nel giudizio sulla sussistenza di questo tipo di discriminazione lo squilibrio numerico rileva prima di tutto *a monte* dell'organizzazione di lavoro e riguarda la composizione diseguale del gruppo destinatario del trattamento svantaggioso, correlandosi a elementi (ad esempio, la maggiore propensione all'utilizzo del part time, il possesso di certi titoli di studio o di abilitazione professionale, certi caratteri biologici, etc.) che non attengono al singolo datore di lavoro e alla sua organizzazione. In alcuni casi, lo squilibrio nella composizione del gruppo destinatario del trattamento deteriore esaurisce i temi di prova della discriminazione<sup>30</sup> e la sua dimostrazione deve poter essere data attingendo anche a dati quantitativi e, in questo limitato senso, *statistici*, senza che possa avere efficacia preclusiva l'elencazione contenuta nella legge, la quale sul punto sconta evidentemente una visione angusta della fenomenologia e della struttura della discriminazione<sup>31</sup>.

<sup>29</sup> Art. 3, comma 1, lett. c), d), e), f), g), h), i), d.lgs. n. 215/2003; art. 3, comma 1, lett. c), d), d-bis), d-ter), d-quarter), d-quinquies), d.lgs. n. 216/2003; art. 27, comma 3, 30 e 30 bis, d.lgs. 198/2006.

<sup>30</sup> *Infra*, § 4.

<sup>31</sup> L'assunto è pacifico in dottrina: GUARRIELLO, *Le azioni in giudizio*, in GAETA, L. ZOPPOLI (a cura di) *Il diritto diseguale. La*

## 4. I profili applicativi. I temi di prova dell'attore

I temi di prova a carico delle parti sono quelli correlati alla struttura della fattispecie sostanziale, assemblata dal legislatore interno secondo una sequenza di fatti costitutivi, da dimostrare a carico dell'attore, e di fatti impeditivi, *sub specie* di cause di giustificazione, da dimostrare a carico del convenuto. La tesi secondo la quale la disciplina speciale avrebbe stabilito una presunzione legale relativa e quindi invertito l'onere della prova a danno dell'autore della discriminazione non ha mai avuto un'adeguata base positiva ed è stata a ragione rigettata dalla nostra giurisprudenza<sup>32</sup>: la previsione che la differenziazione vietata possa essere dimostrata mediante presunzioni non *gravi* o non altrimenti qualificate non predetermina un collegamento fra la discriminazione e uno specifico fatto secondario, pur suscettibile di prova contraria, come sarebbe nella logica delle presunzioni legali relative; il fatto ignoto che concorre a costituire la discriminazione deve pur sempre essere inferito dal giudice a partire da uno o più fatti base, sebbene senza la guida di alcuni o di tutti criteri previsti dall'art. 2729, comma 1, c.p.c.. Che poi si voglia etichettare questa facilitazione istruttoria come inversione parziale dell'onere della prova è in fondo una questione nominalistica che non sposta i termini fondamentali del giudizio sulla sussistenza della discriminazione<sup>33</sup>.

---

*legge sulle azioni positive*, Giappichelli, 1992, 193; PULEO, *Discriminazioni di sesso nel mercato del lavoro. Novità ed aporie di un modello processuale*, in *RTDPC*, 1996, 135; GUARISO, MILITELLO, op. cit., 464. Il dato è pacificamente riconosciuto anche nella giurisprudenza della Corte di giustizia. In una nota pronuncia dei giudici lussemburghesi si legge che, ai fini del giudizio sulla sussistenza della discriminazione indiretta, *i dati statistici possono essere presi in considerazione se riguardano una popolazione sufficiente, se non riflettano fenomeni puramente fortuiti o congiunturali e se, in generale, appaiano significativi*. Dove si vede bene che l'indagine statistica è relativa non solo all'effetto svantaggioso conseguente all'atto al patto o al comportamento che si assume discriminatorio, cui alludono le situazioni elencate dall'art. 40, d.lgs. n. 198/2006, bensì anche alla squilibrata composizione di genere del gruppo destinatario del trattamento differenziato. Cfr. C. giust., 27 ottobre 1993, causa C-127/1992, *Enderby vs. Heat authority*, punto 17 della motivazione.

<sup>32</sup> Nella giurisprudenza nazionale prevale l'idea che l'art. 40, d.lgs. n. 198/2006 non disponga un'inversione dell'onere della prova ma una semplice attenuazione di quello naturalmente gravante sul lavoratore. Si vedano in merito Cass. 29 luglio 2021, n. 21801; Cass. 15 luglio 2021, n. 20253; Cass. 26 febbraio 2021, n. 5476; Cass. 15 giugno 2020, n. 11530; Cass. 4 febbraio 2019, n. 3196; Cass. 12 ottobre 2018, n. 25543; Cass. 3 febbraio 2016, 2113; Cass. 5 giugno 2013, n. 14206. In parziale difformità da questo orientamento Cass. 2 gennaio 2020, n. 1; Cass., 9 gennaio 2025, n. 460, le quali, sulla premessa che la presunzione di grado minore non metterebbe mai capo alla compiuta dimostrazione di tutti gli elementi della discriminazione, affermano che il rischio della perdurante situazione di incertezza graverebbe sul datore di lavoro. Nella qual proposizione è qui evidente l'omaggio alla tesi sostenuta da PERUZZI, *La prova ...*, op.cit., 148 ss.

<sup>33</sup> Chi desiderasse condurre approfondimenti sul punto può utilmente consultare i contributi di SASSANI, *Le pari opportunità: onere della prova e sanzioni*, in *DLRI*, 1992, 124 ss.; ID., *L'onere della prova*, in BARBERA (a cura di), *La riforma delle istituzioni e degli strumenti delle politiche di pari opportunità – Commentario sistematico*, in *NLCC*, 2003, 735; VALLEBONA, *Le pari opportunità: onere della prova e sanzioni*, in *DLRI*, 1992, 136 ss.; R. PESSI, *Lavoro e discriminazione femminile*, in *DLRI*, 1994, 463 ss.; BALLESTRERO, *La prova della discriminazione indiretta: ancora un passo avanti della Corte di Giustizia*, in *RIDL*, 1990, 781 ss.; DE CRISTOFARO, *Il riparto dell'onere della prova in caso di discriminazione sessuale di una lavoratrice*, in *RGL*, 1990, 527 ss.; GUARRIELLO, *Le azioni ...*, op. cit., 190 ss.; DE ANGELIS, *Profili della tutela processuale contro le discriminazioni tra lavoratore e lavoratrici*, in *RIDL*, 1992, 462 ss.; RAPISARDA SASSOON, *La tutela dei soggetti discriminati. Azione individuale, azione pubblica, tentativo di conciliazione*, in *NLCC*, I, 1994, 79; PULEO, op. cit., 100 ss.; HOESCH, *Ancora sull'onere della prova nella legge 125/1991*, in *D&L*, 1998, 449 ss.; IZZI, *Discriminazioni ...*, op. cit., 520 e ss.; EAD., *Eguaglianza ...*, op. cit., 131 ss.; CICHITTI, *Profili processuali della tutela della parità tra uomini e donne in materia di lavoro*, in *RDP*, 1996, 1200 ss.; CURCIO, *Le azioni in giudizio e l'onere della prova*, in BARBERA (a cura di), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio. Il quadro comunitario*

Ciò detto, il soggetto fattoriale dovrebbe allegare e dimostrare, nell'ordine: a) un comportamento, l'esistenza di una prassi, il compimento di un atto o la conclusione di un accordo che sottrae o nega lui anche solo potenzialmente un determinato beneficio o lo mette in una condizione di particolare svantaggio oppure di disagio se denuncia un atto di molestia; b) la correlazione di quella sottrazione con un fattore di differenziazione che la legge vieta di considerare (gravidanza, matrimonio, età, condizione di salute, nazionalità, origine etnica, orientamento sessuale, etc.); nella discriminazione indiretta questa correlazione ha base nell'attinenza strutturale del criterio selettivo apparentemente neutro al fattore di discriminazione rilevante nella concreta vicenda di causa, che è elemento al quale occorrerà dedicare una riflessione separata<sup>34</sup>; c) l'essere portatore di quel fattore di differenziazione o, pur non essendolo, di essere stato considerato a tale stregua dal soggetto agente.

Quando si faccia valere una discriminazione indiretta, cioè l'assegnazione di un trattamento differenziato in ragione dell'appartenenza a un gruppo selezionato mediante un criterio apparentemente neutro, ai sopraddetti elementi si deve aggiungere: d) la composizione numericamente squilibrata del gruppo destinatario del predetto trattamento e/o il conseguente effetto proporzionalmente o particolarmente svantaggioso per l'appartenente al sottogruppo dei soggetti fattoriali.

Come è agevole constatare solo gli elementi indicati sub b) e d) si prestano a essere dimostrati mediante la presunzione fondata su dati numerici. Gli altri richiedono la deduzione e l'assunzione di comuni prove storiche. Dal che la conclusione preliminare che non è appropriato discorrere *della* prova presuntiva della discriminazione, come talora si fa e come in modo un po' approssimativo suggerisce la nostra legge. E non lo è perché la discriminazione stessa non un fatto ma una formula riassuntiva di un insieme di fatti, non tutti o non sempre dimostrabili con il solo ausilio della c.d. prova statistica agevolata<sup>35</sup>.

Sarà possibile osservare meglio questo carattere strutturale in sede di trattazione delle diverse tipologie di azioni in seno alle quali può essere dedotto un fatto di discriminazione<sup>36</sup>. Nella concreta dinamica del processo può accadere che la prova numerica dei fatti costitutivi della discriminazione dia esiti contraddittori o divergenti; che cioè un fatto sia evocativo della esistenza di una discriminazione e un altro, parimenti costitutivo, la escluda.

---

*e nazionale*, Giuffrè, 2007, 552 ss.; BALENA, *Gli aspetti processuali della tutela contro le discriminazioni per ragioni di sesso*, in *DLRI*, 1995, 423 ss.; M.T. CARINCI, *Il giustificato motivo oggettivo nel rapporto di lavoro subordinato*, Cedam, 2005, 91 ss.; BARALDI, *L'onere della prova nei casi di discriminazione: elementi per una concettualizzazione nella prospettiva del diritto privato*, in CALAFÀ, GOTTARDI (a cura di), *Il diritto antidiscriminatorio tra teoria e prassi applicativa*, EDIESSE, 2009, 263 ss.; BOLLANI, *Tutele e tecniche normative nel diritto antidiscriminatorio a cinquant'anni dallo Statuto*, in RUSCIANO, GAETA, ZOPPOLI, *Mezzo secolo di statuto dei lavoratori*, ES, 2020, 245 ss.; SANTAGATA DE CASTRO, SANTUCCI, op. cit. (parte II), 834 ss.; DE MICHEL, op. cit., 158 ss. La più recente e completa rivisitazione del tema è quella di PERUZZI *La prova ...*, op. cit., 148 ss.

<sup>34</sup> *Infra* § 6.

<sup>35</sup> Il dato è ben colto da BARALDI, op. cit., 272-273. Si esprime in questo fraintendimento un'asimmetria fra il piano della nozione di discriminazione, molto sviluppato e molto studiato, e quello della prova, che invece ha sofferto e soffre di un certo ritardo di attenzione tanto da parte del legislatore che da parte degli studiosi.

<sup>36</sup> *Infra*, §§ 6 e 8.

Questa situazione può verificarsi quando la discriminazione indiretta sia l'effetto dell'offerta di un bene rivolta a una platea indeterminata di soggetti. La legge prevede che il particolare svantaggio, nel che si rivela questa specie di discriminazione, possa essere anche solo *potenziale* e verificarsi anche quando non siano ancora individuati i soggetti lesi, per modo che, ad esempio, la clausola di un bando di concorso, che escludesse un numero proporzionalmente maggiore di lavoratori fattoriali dalla partecipazione alle prove selettive o li pregiudicasse nell'assegnazione del punteggio, sarebbe discriminatoria anche prima che fossero proposte le domande di ammissione al concorso, espletate le prove selettive e formata la graduatoria finale. In questo caso, quando cioè non vi fosse o non vi fosse ancora un pregiudizio finale a carico di uno o più soggetti determinati, la valutazione sulla sussistenza della discriminazione si dovrebbe poter reggere solo sulla diversa composizione del gruppo destinatario del trattamento deteriore (oltre che sulla dimostrazione dell'attinenza del criterio selettivo al fattore discriminatorio considerato)<sup>37</sup>. Deve potersi reggere su queste basi, sia per assicurare l'anticipazione della tutela voluta dalla legge quando dispone che lo svantaggio possa essere solo potenziale e/o non siano ancora individuati i soggetti lesi, sia perché la misurazione dell'impatto differenziato effettuata comparando il numero di aspiranti a coprire i posti di lavoro offerti e il numero dei vincitori o degli assunti trascurerebbe di considerare quanti hanno rinunciato a proporre la loro candidatura perché scoraggiati dalla richiesta del possesso del requisito indirettamente discriminatorio<sup>38</sup>. *Quid*, tuttavia, se, espletate le prove selettive, alcuni lavoratori del gruppo dei fattoriali potenzialmente svantaggiati non lo fossero stati in atto e si fossero invece aggiudicati tutti i posti disponibili? La Consigliera di parità o il/la candidato/a escluso/a che avesse in ipotesi impugnato il bando di concorso contenente la clausola discriminatoria potrebbero ottenere l'annullamento degli atti della procedura, compresa la graduatoria finale nella quale i classificati ai primi posti fossero soggetti fattoriali?

<sup>37</sup> Per richiamare due casi oggetto di altrettante pronunce di giudici nazionali, la dimostrazione che la limitazione nell'accesso al lavoro a danno dei *part timers* (TAR Sardegna, n.2181/2007) e o di coloro i quali non siano in possesso di un determinato titolo di abilitazione alla guida (TAR Sardegna n.2025/2008) svantaggia un numero proporzionalmente maggiore di appartenenti al genere femminile non potrebbe darsi con riferimento alle politiche di assunzione della singola impresa o amministrazione (che, in ipotesi, potrebbe non avere ancora mai proceduto ad effettuare alcuna assunzione); deve bensì essere integrata dalla dimostrazione dell'esistenza di dati quantitativi (esplicativi della maggiore propensione all'utilizzo del *part time* da parte delle donne o della minor propensione a conseguire quel dato titolo abilitativo alla guida), che attengono alla situazione del mercato del lavoro nazionale o anche ad ambiti estranei alla condizione lavorativa degli appartenenti al genere svantaggiato. La sentenza del TAR Sardegna 29 novembre 2007, n. 2181, si può leggere in *LPA*, 2007, 1129, la sentenza del 25 novembre 2008, n. 2025, si può leggere in *LPA*, 2008, 827 ss.

<sup>38</sup> Osserva esattamente PERUZZI (*La prova ...*, op. cit., 171) che la prova della discriminazione si reggerebbe sulla premessa che l'impatto differenziato rilevato numericamente a livello extra aziendale «si distribuisca nello stesso modo anche nel contesto del caso di specie (cioè quello aziendale)». In merito all'effetto scoraggiamento derivante dall'adozione di un criterio escludente, cfr. Cass. 11 novembre 2020, n. 28646; Cons. Stato, 10 maggio 2010, n. 2754; C. giust., 25 aprile 2013, *Associatia Accept*, causa C-81/12; C. giust., 10 luglio 2008, causa C-54/07, *Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racisme bestrijding vs. Firma Feryn NV*, che si può leggere in *RGL*, 2008, 788 ss., con i commenti di STRAZZARI, *Corte di Giustizia e discriminazione razziale: ampliata la tutela della discriminazione diretta* e di IZZI, *Il divieto di discriminazioni razziali preso sul serio*. Vedi anche SANTAGATA DE CASTRO, SANTUCCI, op. cit. (parte D), 540 ss.

Si osserverà, la singolare inversione di ruoli e il conseguente rimescolamento dei temi di prova a carico delle parti: alcuni lavoratori fattoriali, precisamente quelli non in possesso del requisito apparentemente neutro e come tali esclusi dalla selezione, sarebbero interessati a dare la prova della squilibrata composizione del gruppo degli esclusi, che sarebbe un elemento costitutivo della discriminazione indiretta *potenziale*; altri, parimenti fattoriali ma in possesso del requisito apparentemente neutro, a dare la prova o ad argomentare che non vi è stato alcun effetto proporzionalmente o particolarmente svantaggioso, che è un fatto contrario rispetto alla discriminazione indiretta *attuale*. Ma, nel conflitto, la discriminazione può dirsi integrata oppure no?

La risposta al quesito, per quanto iniqua possa apparire nelle sue conseguenze, deve essere in senso positivo. Il soggetto fattoriale escluso dal concorso o danneggiato nel medesimo in quanto privo del requisito apparentemente neutro deve poter essere messo in condizione di concorrere in posizione di parità con tutti gli altri candidati, a prescindere dal casuale risultato che possa avere dato la selezione. E la stessa posizione di interesse è propria dell'ente o del soggetto esponenziale del gruppo dei soggetti fattoriali, il quale agirebbe anche nell'interesse di coloro i quali alla selezione non abbiano nemmeno chiesto di partecipare perché scoraggiati dalla previsione del requisito discriminatorio.

## 5. I temi di prova del convenuto

L'attività probatoria del convenuto si svolge ordinariamente sui due piani della prova contraria (o meglio della prova del fatto contrario rispetto a quello costitutivo affermato dall'attore) e del fatto impeditivo, cioè della dimostrazione dell'esistenza di una di una causa di giustificazione.

### 5.1. La prova contraria

La prova contraria ha per oggetto gli stessi fatti costitutivi allegati dall'attore ma con segno invertito. Il convenuto potrà allegare e dimostrare che non è stato posto in essere nessun atto o patto che svantaggi uno o più soggetti fattoriali; oppure che non sussiste l'effetto svantaggioso allegato dall'attore o, pur sussistendo, che detto effetto è meno che *particolare*; oppure, nel caso di discriminazione indiretta, che il criterio di selezione è *realmente* e non *apparentemente* neutro perché seleziona in misura paritaria soggetti fattoriali e non o perché non attiene o non è collegato a nessuno degli elementi che caratterizzano l'identità dei portatori del fattore di discriminazione protetto<sup>39</sup>.

Per le stesse ragioni già esposte scorrendo della prova a carico dell'attore, al convenuto potrebbe non essere sufficiente dimostrare che il criterio apparentemente neutro

<sup>39</sup> Su quest'ultimo aspetto, si vedano le considerazioni svolte *infra*, § 6.

non avrebbe prodotto, in pratica, effetti discriminatori: la sola previsione che un certo trattamento sarà assegnato o accordato secondo un criterio indirettamente discriminatorio varrebbe a integrare la discriminazione indiretta anche prima e a prescindere dall'effettivo risultato selettivo di quel criterio<sup>40</sup>.

Sul terreno della prova contraria, l'attività difensiva del convenuto è essenziale per il corretto funzionamento della c.d. prova statistica a carico dell'attore.

Si è detto che la presunzione di grado inferiore prevista dalla legge speciale non può dirsi governata dalle leggi e dai procedimenti della statistica. I «dati statistici» cui fanno riferimento l'art. 40, d.lgs. n.198/2006 e l'art. 28, d.lgs. n.150/2011 altro non sono se non dati numerici capaci di suggerire al prudente apprezzamento del Giudice la sussistenza di un effetto svantaggioso correlato direttamente o indirettamente all'essere la vittima portatrice di uno dei fattori previsti dalla legge (art. 116 c.p.c.)<sup>41</sup>. Se il convenuto ritiene che i numeri esposti dall'attore siano errati oppure siano stati rilevati in modo errato, ad es. quanto al campione o all'intervallo temporali presi in considerazione, dovrebbe allegarlo e argomentarlo in giudizio al fine di contestare che l'attore abbia assolto al suo onere di prova. Quando ciò accadesse, il grado di verosimiglianza del dato numerico allegato dall'attore dovrebbe essere assoggettato a un controllo più severo da parte del Giudice, fino a richiedere l'eventuale intervento di un ausiliare esperto nella persona del consulente tecnico d'ufficio<sup>42</sup>. Se il convenuto non svolge questa indispensabile attività o se non vi riesce, il giudice potrebbe dare per assolto l'onere della prova a carico dell'attore che abbia allegato dati numerici suggestivi del suo assunto e passare a valutare la sussistenza degli altri fatti contrari o di quelli impeditivi eventualmente allegati dallo stesso convenuto<sup>43</sup>.

---

<sup>40</sup> *Retro*, § 4.

<sup>41</sup> *Retro*, § 3.

<sup>42</sup> Ad es.: nella vicenda decisa da Cass. 15 giugno 2020, n. 11530, un lavoratore fattoriale aveva dimostrato che tutti i lavoratori assunti a termine in un certo giorno erano stati stabilizzati mentre lui no. Il giudice avrebbe potuto dare per sufficientemente provata la discriminazione. Ma avrebbe potuto persuadersi del contrario ove il datore di lavoro avesse allegato e dimostrato che in precedenza avevano beneficiato della stabilizzazione un numero proporzionalmente maggiore di lavoratori fattoriali, cosicché il valore medio ottenuto non sarebbe stato sufficientemente evocativo della situazione di particolare svantaggio allegata dall'attore. In un'altra vicenda era accaduto che un'amministrazione pubblica avesse bandito una procedura per un avanzamento retributivo valevole per tutti i suoi enti dislocati sul territorio nazionale, prevedendo l'attribuzione di un minor punteggio a danno dei lavoratori a part time. Nei diversi gradi di giudizio, la comparazione fra lavoratori fattoriali e non e fra aggiudicatari e non aveva dato esiti diversi a seconda che il Giudice, dietro sollecitazione delle parti, la avesse effettuata a livello di singolo ente oppure considerando l'universo dei partecipanti alla selezione (Cass. 29 luglio 2021, n. 21801).

<sup>43</sup> Cass. 3 febbraio 2016, n. 2113 e Cass. 5 giugno 2013, n. 14206 si sono espresse nel senso che i dati numerici su cui si fonda la prova statistica debbono essere specifici e soprattutto, pacifici; che se fossero contestati dal datore di lavoro non sarebbero sufficienti a reggere la presunzione di discriminazione.

La centralità della condotta processuale del datore di lavoro convenuto nella formazione della prova statistica a carico del lavoratore attore risulta bene da quella proposizione della Corte europea di giustizia, la quale ricava una presunzione di discriminatorietà dal comportamento del datore di lavoro, il quale, essendone in possesso, non ostenda i dati attinenti al numero di soggetti attinti dal trattamento differenziato. C. giust. 3 ottobre 2019, causa C-274/18, (cons. 55 e 57).

## 5.2. La prova del fatto impeditivo

Quando il convenuto non voglia limitare la sua attività difensiva a confutare il contenuto, il fondamento o la rilevanza delle allegazioni attoree dovrà a sua volta allegare e provare che il trattamento o l'effetto differenziato ai danni dei soggetti fattoriali è spiegabile a stregua di una causa di giustificazione o di una delle deroghe tipiche previste dalla legge, cioè che ricorre uno dei fatti previsti come ostativi al configurarsi della discriminazione indiretta o che escludono la violazione del divieto di discriminazione diretta<sup>44</sup>.

Bisogna premettere al prosieguo della trattazione che il legislatore nazionale, con deprecabile disordine, ha costruito la disciplina delle cause di giustificazione in modo non uniforme.

In relazione alla generalità dei fattori di discriminazione considerati dalla legge (esclusa solo la cittadinanza) si è previsto che l'adozione di un criterio differenziale non costituisca discriminazione quando sia finalizzato al perseguimento di un *obiettivo legittimo* purché il mezzo utilizzato sia *appropriato e necessario*<sup>45</sup>. A questa clausola di esclusione della discriminazione si addice l'aggettivazione di *generale*.

La formula usata dal legislatore è ampia e indeterminata. Per intendere quali possano essere i temi di prova a carico del convenuto bisogna preliminarmente sforzarsi di ridurne il tasso di genericità determinando l'*obiettivo legittimo* al cui perseguimento deve rapportarsi il giudizio di *appropriatezza* e di *necessarietà* del criterio di selezione dei destinatari dell'atto, patto o comportamento produttivo di effetti differenziati. La giurisprudenza della Corte europea di giustizia lo identifica con le *esigenze obiettive dell'impresa concretamente valutate*, che è formula esatta ma ancora troppo generica<sup>46</sup>. A voler essere rigorosi

<sup>44</sup> Per quanto attiene alle discriminazioni di genere, la disciplina delle cause di giustificazione si atteggia in modo differente nelle due forme di discriminazione descritte dalla legge. In quella *indiretta* è collocata all'*interno* della nozione e ha, per questa via, un rilievo generale: la discriminazione *indiretta* è sempre esclusa quando le disposizioni, gli atti, i patti, i comportamenti, le prassi, i criteri, apparentemente neutri, ma che mettono o possono mettere in una posizione di particolare svantaggio gli appartenenti a un genere, riguardano *requisiti essenziali* allo svolgimento dell'attività lavorativa, purché *l'obiettivo sia legittimo* e i mezzi impiegati per il suo conseguimento siano *appropriati e necessari* (art. 25, comma 2, d.lgs. n. 198/2006). Invece, la *nozione* di discriminazione *diretta* non incorpora la previsione di cause di giustificazione; la legge si perita di prevedere singole *deroghe* in sede di formulazione di alcuni divieti di discriminazione *diretta* (art. 27, d.lgs. n. 198/2006), ponendo un limite, che è esterno rispetto alla nozione, sebbene interno rispetto all'operare del divieto. Dopo di che, è discusso se l'insieme delle deroghe singolarmente normate al divieto di discriminazione *diretta* possa valere a enucleare o sia espressiva di una regola implicita di generale giustificabilità anche di questa specie di discriminazione. La ormai matura elaborazione in materia tende a escluderlo mantenendo rigidamente circoscritta l'area della scusabilità della discriminazione diretta (di genere). Detto questo, la giustificabilità della discriminazione diretta già sul piano della nozione piuttosto che dei singoli divieti è questione di diritto positivo, come è dimostrato dal fatto che, nel settore contenzioso delle discriminazioni di genere nell'accesso ai beni e servizi (art. 55-bis, comma 7, d.lgs. n. 198/2006) e poi anche in quello delle discriminazioni per fattori diversi dal genere disciplinate dai decreti legislativi nn. 215/2003 (art. 3, commi 3 e 4) e 216/2003 (art. 3, commi 3 e 6), il legislatore ha previsto una causa di giustificazione generale, valevole tanto per le discriminazioni dirette che per quelle indirette, che sono entrambe escluse quando il trattamento differenziato è funzionale al perseguimento di *finalità legittime* attraverso *mezzi appropriati e necessari*.

<sup>45</sup> Art. 25, comma 2, d.lgs. n. 198/2006; art. 3, comma 4, d.lgs. n. 215/2003; art. 3, commi 4-ter e 6, d.lgs. n. 216/2003. Solo in relazione alle discriminazioni per ragioni di cittadinanza l'unica clausola di esclusione prevista consiste nell'attinenza del criterio selettivo «a requisiti non essenziali allo svolgimento dell'attività lavorativa» [art. 43, comma 2, lett. e), d.lgs. n. 286/1998].

<sup>46</sup> A proposito delle discriminazioni di genere, i giudici di Lussemburgo sogliono richiedere che la disparità di trattamento



quanto è richiesto dalla struttura della causa di giustificazione, *l'obiettivo legittimo* dovrebbe identificarsi con l'esigenza di consentire il funzionamento dell'organizzazione di lavoro concretamente data, secondo canoni oggettivi di razionalità organizzativa<sup>47</sup>. Non dunque con esigenze di mercato legate al minor gradimento della clientela verso il lavoratore fattoriale<sup>48</sup>. E neppure con l'interesse al maggior profitto, che sarebbe comunque recessivo rispetto al valore della parità, cosicché le esigenze obiettive dell'impresa (che giustificano) non coincidono con la convenienza economica dell'imprenditore, con l'economicità dell'impresa o con obiettivi di mercato (che non giustificano)<sup>49</sup>. E si coglie in questo carattere della causa di giustificazione la differenza di peso specifico della tutela antidiscriminatoria rispetto quella accordata mediante la generica imposizione di una giustificazione necessaria per l'esercizio di alcuni poteri datoriali<sup>50</sup>.

Talora in aggiunta, tal'altra in alternativa all'elemento della legittimità dell'obiettivo perseguito dal datore di lavoro, la legge richiede che il criterio di selezione discriminatorio attenga a un *requisito essenziale* (e determinante) *ai fini dell'esecuzione della prestazione*

---

sia giustificata da «ragioni obiettive dell'impresa estranee a qualsiasi discriminazione fondata sul sesso e conformi al principio di proporzionalità», da valutare a cura del giudice nazionale, (C. giust., 13 luglio 1989, causa C-171/1988, *Rinner Kubn vs. FWW Spezial-Gebaudereinigung GmbH & Co. KG*; C. giust., 21 ottobre 1999, causa C-333/1997, *Lewen vs. Denda*; C. giust., 26 giugno 2001, causa C-381/1999, *Susanna Brunnhöfer vs. Bank der österreichischen Postsparkasse AG*; C. giust., 7 febbraio 1991, n. 184, causa C-184/1989, *Nimiz vs. Freie und Hansenstadt Hamburg*).

<sup>47</sup> L'assunto è condiviso da PILEGGI, *Tutela lavoristica versus tutela antidiscriminatoria*, relazione al XXI Congresso nazionale AIDLASS (Messina, 23-25 maggio 2024), 50 ss.

<sup>48</sup> C. giust., 10 luglio 2008, causa C-54/07, *Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racisme bestrijding vs. Firma Feryn NV*; C. giust., 14 marzo 2017, causa C-188/15, *Asma Boungaoui* (cons 40 e 41), che si può leggere anche in RIDL 2017, 418, con nota di Nuzzo, *La Corte di Giustizia e il velo islamico*.

<sup>49</sup> L'elaborazione intorno a questo aspetto è largamente tributaria dell'apporto della giurisprudenza eurounitaria. C. giust., 13 maggio 1986, causa C-170/1984, *Bilka-Kaufhaus GmbH vs. Weber von Hartz*; C. giust., 27 ottobre 1993, causa C-127/1992, *Enderby vs. Heat authority*; C. giust., 21 ottobre 1999, causa C-333/1997, *Lewen vs. Denda*; C. giust., 17 ottobre 1989, causa C-109/1988, *Danfoss*, punti 32 ss. della motivazione; C. giust., 28 settembre 1994, causa C-408/1992, *Constance Christina Ellen Smith vs. Autel Systems Ltd*; C. giust., 17 giugno 1998, causa C-243/1995, *Kathleen Hill and Ann Stapleton vs. The Revenue Commissioners Department of Finances*. In un'occasione, la Corte europea ha ritenuto giustificate le disparità di trattamento conseguenti all'adozione di criteri che svantaggiavano i lavoratori a tempo parziale quando ciò fosse stato necessario a incentivare il lavoro a tempo pieno (C. giust., 31 marzo 1981, causa C-96/1980, *Jenkins vs. Kingsgate*, punto 12 della motivazione). Si consideri, infine, che la Corte europea nega efficacia scusante alle esigenze di salvaguardare gli equilibri di bilancio anche quando vengano in gioco misure adottate dagli Stati, richiedendo il perseguimento di legittimi obiettivi di politica sociale (C. giust. 20 marzo 2003, causa C-187/00 *Kutz-Bauer*). In dottrina, approfondimenti sul punto, specialmente in Izzi, *Eguaglianza* ..., op. cit., 157; BALENA, op. cit., 423 e ss.; CICCHITTI, op. cit., 186.

<sup>50</sup> Quello sulla sussistenza della causa di giustificazione, non importa se diretta o indiretta, è un giudizio nel quale, sotto l'egida della legge ordinaria, si compone il conflitto fra i due beni dell'eguaglianza, che ha come referenti gli artt. 3, 37 e 51 Cost., e dell'efficienza delle organizzazioni di lavoro, che ha come referenti gli artt. 41 e 97 Cost. Donde l'uso di una formula elastica nella descrizione normativa della causa di giustificazione, che è il modo della legislazione costituzionale, funzionale al giudizio di bilanciamento, secondo il criterio della massimizzazione dei beni protetti oppure secondo quello alternativo della minimizzazione del sacrificio dei beni in conflitto. Ma sebbene il valore dell'efficienza e quello dell'eguaglianza siano protetti da disposizioni di pari rango, non sono essi stessi di pari rango. Ciò che costituisce un contenuto minimo irrinunciabile della nostra Carta fondamentale è il principio di eguaglianza e non anche il bene dell'efficienza degli apparati produttivi e di quelli amministrativi. Se, dunque, è lecito sacrificare l'efficienza in nome dell'eguaglianza non è altrettanto vero il contrario, cosicché, in caso di conflitto, le ragioni dell'eguaglianza debbono tendenzialmente prevalere su quelle dell'efficienza, per modo che si può sacrificare l'efficienza in nome dell'eguaglianza più di quanto si può sacrificare l'eguaglianza in nome dell'efficienza.

*di lavoro*<sup>51</sup>. Onde il convenuto è onerato della dimostrazione che, senza il requisito o l'elemento che seleziona indirettamente i lavoratori in base a un criterio apparentemente neutro (la statura, la forza fisica, un certo grado di istruzione e di formazione, una certa anzianità di servizio, la disponibilità a lavorare secondo certe modalità orarie, etc.), causando loro la somministrazione di un trattamento deteriore, non sarebbe possibile adempiere alla prestazione dedotta in contratto<sup>52</sup>.

Sebbene sia talora inserita nella definizione generale della causa di giustificazione della discriminazione (è il caso delle discriminazioni di genere), si tratta di una clausola di esclusione che si attaglia solo a quelle situazioni particolari nelle quali il trattamento differenziato concerne la determinazione di uno degli elementi dell'oggetto del contratto di lavoro, dunque alle discriminazioni attuate in fase di costituzione, modificazione o estinzione di uno o più rapporti di lavoro. Solo in questi casi ha senso il riferimento alla prestazione di lavoro e alla sua esecuzione. Negli altri, ad esempio nell'affiliazione ad associazioni sindacali o nell'adesione a fondi di previdenza complementare, evidentemente no e la clausola di esclusione non potrà che essere quella generale, che fa perno sulla legittimità dell'obiettivo organizzativo perseguito<sup>53</sup>. Questo più limitato ambito applicativo fa meritare a questa clausola di esclusione della discriminazione l'aggettivazione di *particolare*.

La formula linguistica utilizzata dalla legge lascia intendere che il *requisito essenziale* attinga non alla prestazione di lavoro oggettivamente considerata (art. 1346 c.c.), ma alla capacità del lavoratore fattoriale candidato a eseguirla.

A determinare l'oggetto e dunque il contenuto della prova viene in aiuto il legislatore che ha tipizzato specifiche ipotesi di *essenzialità* del criterio selettivo in discorso. Il datore di lavoro potrà andare esente da responsabilità per discriminazione ai danni delle donne se dimostra che determinate occupazioni comporterebbero lo svolgimento di mansioni *particolarmente pesanti* individuate come tali dalla contrattazione collettiva<sup>54</sup> o richiederebbero l'assegnazione di mansioni e qualifiche speciali per le quali un decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri avesse stabilito un limite di altezza<sup>55</sup>. Oppure che l'appartenenza di genere è richiesta dal ruolo che un lavoratore o una lavoratrice devono impersonare

<sup>51</sup> Nella disciplina delle discriminazioni di genere, i fatti che possono giustificare la differenza di trattamento sono l'attinenza del criterio selettivo a un requisito essenziale allo svolgimento dell'attività lavorativa e poi la legittimità dell'obiettivo perseguito dal datore di lavoro. Invece, nella disciplina delle discriminazioni per ragioni diverse dal genere la discriminazione è esclusa se l'elemento che differenzia il trattamento attiene a «caratteristiche che costituiscono un requisito essenziale e determinante ai fini dello svolgimento dell'attività medesima» (art. 3, comma 3, d.lgs. n. 215/2003; art. 3, commi 3 e 5, d.lgs. n. 2016/2003), oppure se sia giustificato oggettivamente «da finalità legittime perseguite attraverso mezzi appropriati e necessari» (art. 3, comma 4, d.lgs. n. 2015/2003; art. 3, commi 4-ter e 6, d.lgs. n. 216/2003).

<sup>52</sup> Art. 25, comma 2, d.lgs. n. 198/2006; art. 3, comma 3, d.lgs. n. 215/2003; art. 3, commi 3 e 5, d.lgs. n. 216/2003; art. 43, commi 2, lett. e), d.lgs. n. 286/1998.

<sup>53</sup> Questa duplicità di piano dell'operatività della causa di giustificazione è ben colta anche da PERUZZI, *La prova...*, op. cit., 188.

<sup>54</sup> Art. 27, comma 4, d.lgs. n. 198/2006.

<sup>55</sup> Art. 31, comma 2, d.lgs. n. 198/2006.

in attività dell'arte, della moda o dello spettacolo<sup>56</sup>. Oppure il carattere confessionale di determinate mansioni, se la prestazione di lavoro del soggetto fattoriale è destinata a svolgersi dentro un'organizzazione di tendenza<sup>57</sup>. Oppure l'aver riportato condanna in via definitiva per reati che concernono la libertà sessuale dei minori e la pornografia minore se il lavoratore deve essere adibito allo svolgimento di attività lavorativa che riguardi la cura, l'assistenza, l'istruzione e l'educazione di soggetti minorenni<sup>58</sup>. Oppure il fatto che gli elementi di calcolo attuariale, sulla base dei quali sono stati determinati differenti livelli di prestazioni di previdenza complementare, sono diversi per uomini e donne<sup>59</sup>.

L'elencazione non ha carattere tassativo, cosicché il datore di lavoro può essere ammesso provare che altri caratteri sono incompatibili con la mancanza o con il possesso di un requisito che seleziona indirettamente soggetti fattoriali. Ad esempio: in un caso è stato ritenuto requisito essenziale al fine dello svolgimento della prestazione di lavoro il possesso di una certa abilitazione alla guida, che era vanto maggioritario della popolazione maschile rispetto a quella femminile<sup>60</sup>. Ma l'indicazione che se ne trae è sufficientemente precisa: il requisito deve attenersi all'idoneità a disimpegnare la concreta prestazione di lavoro.

La domanda da porsi a questo punto è quale sia il rapporto fra le due formule di esclusione della discriminazione quando la legge le preveda entrambe in un unico contesto, come si è detto accade in relazione alle discriminazioni di genere.

Taluno ha ritenuto che una volta data la prova della indispensabilità ai fini dell'esecuzione della prestazione non vi sarebbe spazio per fare questione della legittimità dell'obiettivo aziendale perseguito, proprio perché legittimo sarebbe, di per sé, lo scopo di consentire la materiale o giuridica esecuzione della prestazione di lavoro<sup>61</sup>.

Se non ché, anche supposto che vi sia coincidenza fra *indispensabilità* al fine dell'esecuzione della prestazione e *legittimità dell'obiettivo* perseguito dal datore di lavoro, resta pur sempre che la clausola di esclusione generale, quella che rimanda all'obiettivo legittimo, si riferisce non alla singola prestazione ma all'organizzazione dell'impresa o dell'ente nel suo complesso ed è integrata dalla dimostrazione che l'adozione del criterio fattoriale sia anche *appropriato e necessario*. Il che, salvo errore, dovrebbe significare o meglio confermare che l'essenzialità ai fini dell'esecuzione della prestazione non potrebbe essere valutata a prescindere dall'organizzazione di persone e mezzi nella quale quella prestazione sarebbe destinata a inserirsi e che, simmetricamente, un requisito potrebbe essere essenziale per l'esecuzione della prestazione in certo contesto organizzativo e non esserlo in un altro.

---

<sup>56</sup> Art. 27, comma 6, d.lgs. n. 198/2006.

<sup>57</sup> Art. 3, comma 3, d.lgs. n.216/2003.

<sup>58</sup> Art. 3, comma 6, d.lgs. n. 216/2003.

<sup>59</sup> Art. 30-bis, commi 2 e 3, d.lgs. n. 198/2006.

<sup>60</sup> Cons. Stato, 10 maggio 2010, n. 2754.

<sup>61</sup> Se mal non ne ho inteso il pensiero, dovrebbe essere questa l'opinione di CHIECO, *Frantumazione e ricomposizione delle nozioni di discriminazione*, in *RGL*, 2006, 596 ss.

Se così è, la conseguenza che discende dall'enunciata premessa ha un impatto che non deve essere trascurato, perché la prova della sussistenza di una causa di giustificazione può comportare la dimostrazione di avere adottato tutte le misure organizzative idonee a integrare la prestazione di quel particolare lavoratore o quella particolare classe di lavoratori nell'impresa o ente nei limiti in cui fossero *ragionevolmente* e aggiungerei *concretamente* esigibili sulla base del dovere di solidarietà<sup>62</sup>. Il che, salvo errore, significherebbe che, sul piano sostanziale, gli accomodamenti ragionevoli a beneficio dei lavoratori fattoriali dovrebbero essere esigibili anche oltre lo specifico ambito materiale nel quale la legge comanda che siano adottati (art. 3, comma 3-*bis*, d.lgs. n. 216/2003)<sup>63</sup>.

Ad esempio: quando in un'occasione assurda al piano delle verifiche giurisprudenziali un'amministrazione pubblica aveva bandito un concorso per l'assunzione di vigili urbani, prevedendo come requisito di ammissione alle selezioni il possesso dell'abilitazione alla guida di categoria A, necessario per condurre le motociclette in dotazione al Corpo di polizia municipale, e si era accertato che i maschi possedevano quella particolare abilitazione alla guida in proporzione di gran lunga maggiore rispetto alle donne, questo squilibrio fattoriale non aveva condotto ad affermare che vi era stata una discriminazione di genere, perché si era giudicato che poter guidare una motocicletta fosse un requisito necessario al fine di consentire al personale selezionato di eseguire la prestazione di lavoro oggetto del contratto<sup>64</sup>. Ma con migliore aderenza alla lettera e allo spirito della legge si sarebbe potuta rassegnare una conclusione opposta se solo si fosse considerato che una possibilità alternativa e non eccessivamente costosa onde assicurarsi che i candidati da immettere in ruolo possedessero il requisito essenziale in discorso sarebbe stata la previsione nel bando di concorso della postergazione dell'assunzione per quell'aggiudicatario/a privo del titolo abilitativo in parola per il tempo necessario a conseguirlo, sotto pena dello scorrimento della graduatoria.

<sup>62</sup> Sostanzialmente concorde PERUZZI, *La prova*, ..., op. cit., 201; ID., *La discriminazione*, op. cit., 978 ss., che, in relazione al licenziamento, opportunamente richiama il maggior aggravio rispetto alla dimostrazione dell'adempimento di un generico obbligo di *repêchage*, sebbene non spinto fino alla soglia degli accomodamenti ragionevoli richiesti in relazione al licenziamento del lavoratore disabile.

<sup>63</sup> Uno spunto in tal senso in MENGONI, *I diritti sociali*, in *ADL*, 1998, 11, nonché ID., *Fondata sul lavoro: la Repubblica fra diritti inviolabili e doveri inderogabili di solidarietà*, in *Jus*, 1998, 49; più ampia riflessione in PERULLI, *Razionalità e proporzionalità nel diritto del lavoro*, in *Diritto del lavoro. I Nuovi problemi. L'omaggio dell'Accademia a Mattia Persiani*, Cedam, 2005, 229 ss., spec., 239 e ss.; ID., *Il controllo giudiziale dei poteri dell'imprenditore tra evoluzione legislativa e diritto vivente*, in *RIDL*, 2015, 105 e ss. Sul profilo specifico della valutazione di congruità dell'organizzazione aziendale rispetto ai precetti del diritto antidiscriminatorio cfr. anche le opposte opinioni di BARBERA, *Poteri datoriali* ..., op. cit. 43 ss.) e di LISO, *La legislazione nazionale in materia di parità e prospettive di riforma*, in DE CRISTOFARO (a cura di), *Lavoro femminile e pari opportunità*, Cacucci 1989, 76. Un accenno al problema anche in C. giust., 17 giugno 1998, causa C-243/1995, *Kathleen Hill and Ann Stapleton vs. The revenue Commissioners Department of Finances*. In materia di accomodamenti ragionevoli a beneficio dei lavoratori disabili, si veda Cass. 9 marzo 2021, n. 6497 e le successive Cass. 31 marzo 2023, n. 9095; Cass. 2 maggio 2024, n. 11731; Cass. 22 maggio 2024, n. 14316; Cass. 26 febbraio 2024, n. 5048. In dottrina l'ampia rassegna di SALVAGNI, *Il "prisma" delle soluzioni giurisprudenziali in tema di licenziamento del disabile per superamento del comporta: discriminazione indiretta, clausole contrattuali nulle, onere della prova e accomodamenti ragionevoli*, in *LPO*, 2023, 3-4, 244 ss.

<sup>64</sup> Cons. Stato, 10 maggio 2010, n. 2754.

Ha sempre avuto rilievo esclusivamente teorico, non essendosene mai fatta questione nelle poche verifiche applicative intervenute, il quesito se il soggetto che assume di essere stato indirettamente discriminato debba quantomeno allegare la misura, l'accomodamento o il criterio alternativi, che avrebbero potuto essere adottati onde elidere o ridurre l'impatto differenziato. In passato, l'opzione favorevole avrebbe potuto argomentarsi sulla base del parallelismo con lo schema di ripartizione degli oneri di allegazione e prova del giustificato motivo oggettivo di licenziamento, dove il datore di lavoro doveva dimostrare che non esistevano possibilità di impiego alternativo del lavoratore licenziato solo quando questo avesse almeno allegato la posizione aziendale disponibile, che avrebbe potuto ricoprire<sup>65</sup>. Oggi, dacché la nostra giurisprudenza non richiede più quest'onere di allegazione al lavoratore, quell'idea non è più sostenibile, se mai lo fosse stata<sup>66</sup>.

## **6. La prova dell'attinenza del criterio selettivo apparentemente neutro al fattore di discriminazione indiretta considerato dalla legge**

Nella distribuzione dei carichi probatori ai fini della dimostrazione della discriminazione indiretta può dubitarsi se il lavoratore, una volta provato lo squilibrio numerico prodotto dal criterio o fattore utilizzato dal datore di lavoro, debba anche provare il carattere *apparente* della neutralità di quel criterio rispetto al fattore di discriminazione rilevante nella concreta vicenda di causa.

Il punto è che la legge tace sulle cause della squilibrata composizione fattoriale all'interno del gruppo destinatario di un trattamento indirettamente discriminatorio, cioè sulle ragioni per le quali il criterio di selezione astrattamente neutro produce un effetto particolarmente svantaggioso a danno di alcuni, o, se si vuole, sul tipo di correlazione che deve sussistere fra il criterio di selezione stesso e il fattore differenziale perché la differenziazione possa rilevare come discriminazione. Il che, nell'esperienza applicativa, può essere fonte di qualche incertezza quando le suddette ragioni o cause non siano quelle più immediatamente riconducibili al fattore di differenziazione di volta in volta considerato (non siano, ad esempio, basate su una certa altezza, su una certa forza fisica, su una bassa morbilità, su certe abitudini alimentari, etc.). Secondo un noto arresto della Corte di Giustizia, si dovrebbe tenere conto, ai fini del giudizio di discriminazione, solo di quegli squilibri nella composizione dei gruppi destinatari di un certo trattamento, *che non riflettano fenomeni*

---

<sup>65</sup> Avevo avanzato la tesi nel mio *Diritto e processo* ..., op. cit., 128-129. L'opinione è stata avversata, debbo riconoscere con buoni argomenti, da PERUZZI, *La prova* ... op. cit., 179-180.

<sup>66</sup> Cass. 30 gennaio 2024 n. 2739; Cass. 9 marzo 2021, n. 6497; Cass. 22 novembre 2017, n. 27792; Cass. 20 ottobre 2017, n. 24882.

*puramente fortuiti o congiunturali*<sup>67</sup>, che è tuttavia una determinazione concettuale negativa di scarsa capacità qualificatoria.

Quando allora e a quali condizioni può affermarsi che un criterio il quale seleziona in modo diseguale lavoratori fattoriali e non fattoriali sia *non neutro*?

Ad esempio: se un datore di lavoro decidesse di elargire un certo beneficio ai lavoratori non fumatori e poi si scoprisse che, all'interno di quel gruppo, i portatori di un certo fattore protetto fossero una minoranza, potrebbe sulla base di questo nudo fatto presumersi l'esistenza di una discriminazione indiretta, così da costringere il datore di lavoro a dimostrare che quel criterio serve a selezionare lavoratori dotati delle caratteristiche *necessarie* a svolgere le mansioni dedotte in contratto e/o la sua previsione è mezzo appropriato e necessario rispetto al perseguimento di un legittimo obiettivo aziendale?

Se si ha tratto alla storia e alla funzione del diritto antidiscriminatorio, si dovrebbe dire che un certo fattore di differenziazione è *non neutro* quando attiene a ragioni identitarie proprie della condizione esistenziale del soggetto fattoriale, che ne limitano le capacità o le possibilità di autodeterminazione al di là della sua volontà e delle sue scelte individuali. Il che conduce a considerare *non neutri* e dunque indirettamente fattoriali i criteri correlati a ragioni che affondano le loro radici nella condizione biologica, sociale, economica, culturale, educativa, di costume dei soggetti protetti e invece a considerare *realmente neutri* quelli che hanno base in loro scelte, completamente libere e individuali delle cui conseguenze negative non potrebbero che imputare sé stessi.

Se a questo punto si considera che la discriminazione indiretta è tale se il criterio di selezione è neutro solo *apparentemente*, mentre è in realtà correlato al fattore di discriminazione considerato, allora la conclusione da trarre è nel senso che dovrebbe essere il lavoratore la parte onerata della prova della apparente neutralità o, al limite, della prova che quel criterio non astrattamente correlabile a nessun fattore protetto è stato adottato proprio in considerazione o in vista degli effetti squilibrati che avrebbe prodotto, ciò che equivarrebbe evidentemente ad affermare che la discriminazione è in realtà diretta e intenzionale<sup>68</sup>. Ove, invece, il criterio considerato fosse *realmente* neutro, la discriminazione dovrebbe essere esclusa in radice e sul datore di lavoro non dovrebbe attualizzarsi alcun onere di prova, né di fatti contrari, né di fatti impeditivi, cioè di cause di giustificazione.

In proposito, si consideri che un criterio *realmente* neutro, che tuttavia producesse casualmente, cioè indipendentemente dalla correlazione con il fattore stigmatizzato dalla legge, effetti squilibrati non avrebbe i requisiti per concorrere a integrare una causa di giustificazione. E siccome per andare esente da responsabilità il datore di lavoro deve dimostrare che il criterio di selezione indirettamente differenziante è anche funzionale alla soddi-

---

<sup>67</sup> C. giust., 27 ottobre 1993, causa C-127/1992, *Enderby vs. Healt authority*, punto 17 della motivazione.

<sup>68</sup> Se mal non mi sono apposto innanzi al suo pensiero la conclusione è condivisa o meglio è la medesima alla quale perviene PERUZZI *La prova ...*, op. cit., 168-169.

sfazione di obiettive esigenze dell'impresa<sup>69</sup>, la previsione in legge di una molteplicità di fattori di discriminazione finirebbe per introdurre surrettiziamente un controllo diffuso di razionalità oggettiva sulle scelte organizzative del datore di lavoro non razionalizzabile alla luce delle categorie accolte nel diritto interno<sup>70</sup>. Qualsiasi criterio di attribuzione di un certo trattamento può determinare effetti numericamente squilibrati ai danni di gruppi di soggetti accomunati da una qualche caratteristica, anche se questa non presenta nessun collegamento, neppure indiretto, con quel criterio. E a misura che un numero sempre maggiore di queste caratteristiche è elevato a fattore di discriminazione protetto il rischio è che pressoché tutte le scelte del datore di lavoro si prestino a essere discusse da singoli o gruppi di soggetti fattoriali<sup>71</sup>.

Detto questo, nell'assolvimento di questo onere, l'attore fattoriale è agevolato dalla possibilità di far ricorso a quello stesso dato numerico che dimostra il materiale squilibrio a danno del gruppo dei fattoriali. Il fatto che il tal criterio o fattore danneggi alcuni in misura proporzionalmente o particolarmente maggiore dovrebbe essere uno di quei dati numerici che, da solo, o in combinazione con altri indizi, potrebbe far presumere la sua non neutralità<sup>72</sup>. Il che potrà apparire anche un sofismo, ma, sul piano dei principi, altro è dire che la prova del tal elemento non è necessaria, ciò che equivarrebbe a dire che esso non concorre a comporre la fattispecie produttiva di effetti; altro è dire che il Giudice può ricavare la sua prova da quella di un altro fatto o elemento ritualmente acquisito al processo.

## **7. La prova della discriminazione nelle azioni di impugnazione negoziale. Il rapporto il motivo concorrente lecito nell'art. 1345 c.c. e le cause di giustificazione tipiche della discriminazione**

Quando il soggetto fattoriale contesti la validità di un atto o di un patto deve innanzi tutto allegarne e provarne l'esistenza<sup>73</sup>. In questo incumbente non soffre delle limitazioni previste dagli artt. 2721 e ss. c.c., che riguardano la situazione della parte che invochi in giudizio un contratto in vista della produzione dei suoi effetti<sup>74</sup>.

---

<sup>69</sup> *Retro*, § 5.2.

<sup>70</sup> Art. 30, comma 1, l. 4 novembre 2010, n. 183.

<sup>71</sup> La preoccupazione i sembra condivisa anche da PILEGGI, op. cit., 62

<sup>72</sup> BONARDI, MERAVIGLIA, op. cit., 383, ove il richiamo a una sentenza della Corte suprema inglese (5 aprile 2017), la quale ha affermato che l'attore non sarebbe onerato della prova «del modo in cui il criterio causa lo svantaggio», intendendo evidentemente che la prova dello svantaggio sarebbe anche prova della non neutralità del criterio.

<sup>73</sup> Art. 15, l. 20 maggio 1970, n. 300; art. 26, comma 3 e art. 35, d.lgs. n. 198/2006; art. 54, comma 5, d.lgs. n. 151/2001.

<sup>74</sup> Cass. 4 marzo 2021 n. 5880.

Deve poi allegare e provare la sussistenza di un fatto di discriminazione correlato alle ragioni o alle conseguenze del predetto atto o patto; onere da assolvere secondo le regole generali e speciali sopra illustrate<sup>75</sup>.

Dopo di che, se non vi è stata esecuzione o attuazione, tanto basta ad esaurire i temi di prova a carico dell'attore; la sentenza che dichiara la discriminazione costituirà titolo per sottrarsi agli obblighi e agli effetti discendenti dall'atto o dal patto nulli, e il lavoratore potrà eventualmente esercitare l'autotutela di resistenza al riparo dal pericolo di soggiacere a sanzioni disciplinari.

Se, invece, l'atto o il patto discriminatori fossero stati portati a esecuzione e avessero sottratto o leso al lavoratore un bene di sua pertinenza, ad esempio il posto di lavoro, la sede, una certa collocazione aziendale, un certo inquadramento contrattuale, etc. del quale egli chieda la restituzione, secondaria all'invalidazione dell'atto o del patto, allora la prova a suo carico si estenderebbe anche alla dimostrazione dell'esistenza del titolo sottostante attributivo del bene della vita che l'atto o il patto discriminatorio hanno illegittimamente sottratto e del quale si chiede la restituzione.

Trattandosi di restituzione e non di risarcimento, è escluso in premessa che si possa fare questione di dimostrazione dell'elemento soggettivo, sub specie di dolo o colpa, che non rilevano nel giudizio sulla sussistenza della discriminazione come causa di nullità.

Per quanto attiene alla posizione del convenuto si è a lungo male inteso il rapporto fra il diritto antidiscriminatorio e la disciplina generale sull'illiceità del motivo, affermandosi che la dichiarazione di nullità dell'atto o del patto discriminatorio avrebbe patito le limitazioni derivanti dall'art. 1345 c.c., cioè avrebbe richiesto che la discriminazione avesse avuto la consistenza del motivo unico e determinante. E l'equivoco è perdurato anche dopo che è stato finalmente (e tardivamente) reciso il collegamento con la disciplina del Codice, perché si è chiamata in causa la rilevanza obiettiva della discriminazione<sup>76</sup>, della quale non sarebbe stato lecito dubitare, quando invece il vero problema non atteneva tanto all'intenzione dell'agente, ma all'idoneità di una giustificazione alternativa a recidere senza residui il nesso di causalità fra il fattore protetto e il trattamento peggiore (prova del fatto contrario) o l'idoneità della ragione alternativa lecita dell'atto o del patto supposti discriminatori a integrare una causa di giustificazione del trattamento differenziato o una deroga al divieto (prova del fatto impeditivo)<sup>77</sup>.

Così intesi i termini del problema, la sua soluzione chiamava in causa il rapporto fra disciplina generale del Codice e disciplina speciale dei divieti di discriminazione, entrambe convergenti sul medesimo rapporto o sulla medesima vicenda ma con effetti diversi: più

<sup>75</sup> *Retro*, § 4.

<sup>76</sup> Cass. 5 aprile 2016, n. 6575 ma già prima Cass. 5 giugno 2013, n. 14206. La vicenda è ricostruita con completezza di riferimenti da PILEGGI, op. cit., 40 ss. e da PERUZZI, *Le discriminazioni*, op. cit., 974 ss.

<sup>77</sup> Entrambi questi aspetti sono fatti oggetto di ampia ed esaustiva trattazione da PERUZZI, *La prova ...*, op. cit., 139 e ss. Sul medesimo tema anche TARQUINI, op. cit., 332 ss.



vantaggiosi quelli previsti dal diritto antidiscriminatorio, perché di fronte all'allegazione e all'offerta di dimostrazione della violazione del divieto non basta al convenuto addurre una qualsiasi ragione alternativa lecita concomitante, ad esempio un giustificato motivo oggettivo o una qualsiasi altra ragione organizzativa capace ordinariamente di legittimare scelte imprenditoriali che incidono sulla posizione del lavoratore, secondo la logica dell'art. 1345 c.c.; bisogna che questa ragione sia idonea ad escludere in radice e in *concreto* la sussistenza di una causa o di un effetto discriminatori oppure abbia le caratteristiche della causa di giustificazione<sup>78</sup>. Ad esempio, se un licenziamento per giusta causa attingesse un lavoratore fattoriale, la dimostrazione della sussistenza del motivo disciplinare addotto dal datore di lavoro potrebbe valere a mettere in dubbio che il licenziamento sia correlato al fattore protetto. Se tuttavia lo stesso inadempimento addebitato al lavoratore fattoriale fosse stato commesso anche da un lavoratore non fattoriale e questo non fosse stato attinto da nessuna sanzione, il licenziamento dovrebbe essere giudicato discriminatorio anche se astrattamente giustificato. Ancora: la disapprovazione da parte della clientela del comportamento di un certo lavoratore potrebbe ben integrare gli estremi del giustificato motivo oggettivo, ma se quella disapprovazione o quel comportamento fossero legati al possesso di un fattore di differenziazione protetto, il licenziamento potrebbe dirsi giustificato solo a condizione che se ne dimostrasse l'incidenza sull'idoneità a disimpegnare la prestazione di lavoro nel contesto aziendale dato e altresì, l'inesigibilità di misure che consentano di neutralizzare, sul piano organizzativo, gli effetti della condotta o della caratteristica correlata al fattore protetto, cioè che si dimostrasse che ricorre una causa di giustificazione. Dimostrazione che, si fa opportunamente notare, è qualcosa di più del mero *repêchage*<sup>79</sup>.

## **8. La prova della discriminazione nelle azioni di responsabilità. Il rapporto fra le cause di giustificazione tipiche e l'impossibilità sopravvenuta di adempiere**

Quando la discriminazione non sia solo la causa o l'effetto di un atto negoziale ma connoti un inadempimento oppure integri un fatto illecito e la domanda spiegata in giudizio non abbia dunque contenuto limitato alla declaratoria di invalidità di un atto o di un patto, la disciplina del diritto antidiscriminatorio non esaurisce vieppiù i problemi della prova in giudizio, dovendosi tenere conto anche del regime probatorio delle azioni di responsabilità contrattuale oppure extracontrattuale di fatto esercitate<sup>80</sup>.

---

<sup>78</sup> *Retro*, § 5.

<sup>79</sup> PERUZZI, *La prova* ..., op. cit., 201. In giurisprudenza, da ultimo, Cass., 9 gennaio 2025, n. 460.

<sup>80</sup> Nei rapporti contrattuali di lavoro, i divieti di discriminazione rilevano come regole di responsabilità oltre che di validità, arricchendo o specificando il corredo di obblighi di comportamento delle parti nelle diverse fasi, sin dal momento dell'instaurazione delle trattative. Su questo cruciale aspetto, mi permetto di rinviare al mio contributo: *Lo Statuto dei lavoratori* ...

La regola generale in materia di responsabilità contrattuale vorrebbe che il soggetto fattoriale, in quanto attore/creditore, allegasse e provasse il titolo dell'obbligazione inadempita, limitandosi per il resto ad allegare l'altrui inadempimento. A quel punto graverebbe sul convenuto/debitore/inadempiente l'onere di dimostrare di avere adempiuto o che l'inadempimento o il ritardo sono stati dovuti a impossibilità sopravvenuta a lui non imputabile. A questa regola generale, è noto, fa eccezione l'inadempimento delle obbligazioni negative, in relazione alle quali il creditore è onerato anche della prova del fatto positivo contrario al divieto, nel che si concreta l'inadempimento lamentato<sup>81</sup>.

In questo quadro, il soggetto fattoriale che agisse in responsabilità dovrebbe, prima di tutto, dare la prova del fatto o dell'atto o del patto che ha generato l'obbligo inadempito. Se la discriminazione si fosse realizzata in fase di assunzione, la prova dovrebbe avere a oggetto l'esistenza di un accordo preliminare di assunzione o, in mancanza, l'avvenuta instaurazione di trattative o l'esistenza di un contatto altrimenti qualificato fra le parti; se invece attenesse a una vicenda di un rapporto negoziale già instaurato, oggetto di dimostrazione dovrebbe essere il contratto o eventualmente un patto aggiunto.

Contrariamente a quanto si è detto a proposito dell'azione di nullità, qui la prova del titolo negoziale soffre di tutte le limitazioni previste dagli artt. 2721 e ss., c.c.<sup>82</sup>

Per quanto attiene alla sussistenza della discriminazione, che nelle azioni risarcitorie qualifica l'inadempimento, l'idea che il soggetto fattoriale potrebbe limitarsi ad allegarla e attendere che il datore di lavoro desse la dimostrazione del contrario o si discolpasse dimostrando che ricorre una causa di giustificazione sarebbe a dir poco ingenua.

La ragione è semplice, anche se non sempre è immediatamente percepibile: pure quando l'obbligazione inadempita abbia contenuto positivo, ad esempio un impegno o un obbligo legale ad assumere, a promuovere, a stabilizzare, a inquadrare, etc., il divieto di discriminazione ha una sua *speciale* tutela sostanziale e processuale che si attiva solo in presenza di un fatto o di un effetto riconducibile alla fattispecie materiale del diritto antidiscriminatorio, cioè di un fatto di discriminazione vietato<sup>83</sup>. Il lavoratore che si duole in

---

op. cit., ove anche ulteriori indicazioni bibliografiche.

<sup>81</sup> Cass. SS.UU. 30 ottobre 2001, n. 13533; Cass. 25 maggio 2006, n. 12445; Cass. 8 maggio 2007, n. 10441; Cass. SS.UU. 20 novembre 2007, n. 577; Cass. 14 aprile 2008, n. 9817 e Cass. 23 aprile 2008, n. 10529; Cass. 7 gennaio 2009, n. 45. Nella copiosa letteratura in materia, VALLEBONA, *L'edonismo d'assalto di fronte alle sezioni unite: il danno alla persona del lavoratore in FI*, 2002, I, 769; Id., *Gli oneri di allegazione e di prova nelle azioni fondate sull'inadempimento del datore di lavoro*, ora in VALLEBONA, *Allegazioni e prove nel processo del lavoro*, Cedam, 2006, 59 ss.; MAGGIOLIO, *Inadempimento e oneri probatori*, in *RDC*, 2006, 172; CASTRONOVO, *Il risarcimento del danno*, in *RDC*, 2006, 85 ss.; PEDRAZZOLI, *Tutela della persona e aggressioni alla sfera psichica del lavoratore*, in *RTDPC*, 2007, 1142 ss.; MAZZAMUTO, *Il mobbing*, Giuffrè, 2004, 35; AMENDOLA, *Oneri allegativi e probatori nelle domande di risarcimento del danno per inadempimento del datore di lavoro*, in *MGL*, 2010, 780 ss.

<sup>82</sup> *Retro*, § 7

<sup>83</sup> Anche quando il diritto antidiscriminatorio, integrando i doveri previsti dall'art. 2087 c.c., comanda al datore di lavoro di vigilare, di prevenire o di intervenire per rimuovere situazioni di potenziale o attuale pericolo per i soggetti protetti, l'obbligo correlato si attualizza solo in presenza di concrete situazioni di pericolo, le quali devono essere dimostrate. Solo quando siano puntualmente allegati e provate circostanze di tal fatta, il che equivale a dire quando è stata data dimostrazione dell'esistenza di un fatto di discriminazione, che reclama di essere rimosso, il datore di lavoro può essere chiamato a dare la

giudizio del carattere discriminatorio dell'altrui inadempimento non chiede semplicemente un sostitutivo del programma negoziale rimasto inattuato; reclama bensì la produzione di uno di quegli effetti *aggiuntivi* sostanziali e processuali previsti dal diritto antidiscriminatorio, che hanno base in un fatto di discriminazione, che non gli basta allegare ma che deve anche provare se si vuole giovare di quegli effetti<sup>84</sup>. Per lo più, inoltre, i divieti di discriminazione proiettano all'interno del contratto di lavoro obblighi negativi di astensione in funzione di conservazione e salvaguardia di interessi personali del lavoratore (salute e dignità); e, per questo genere di obblighi, si è detto che la regola generale sulla ripartizione degli oneri di allegazione e prova sopra enunciata soffre un'eccezione: poiché ciò che viola l'obbligazione negativa è un comportamento positivo del debitore, sarebbe comunque il creditore/lavoratore a dover dare la prova dell'inadempimento, nel nostro caso dell'atto o del comportamento discriminatorio.

L'attore fattoriale non è onerato della prova del dolo o della colpa dell'agente. La discriminazione rileva oggettivamente, oltre che sul piano della fattispecie, anche su quello dell'imputazione di responsabilità<sup>85</sup>.

Tuttavia, un ruolo, sia pure marginale, la prova dell'elemento psicologico lo gioca, poiché se la discriminazione è dolosa non opera la limitazione del danno risarcibile a quello prevedibile al momento della nascita dell'obbligazione, così come disposto dall'art. 1225 c.c.<sup>86</sup>.

---

prova liberatoria dell'inadempimento. Il che è proposizione che non contraddice le regole generali in tema di ripartizione dei carichi probatori nelle azioni contrattuali, le quali postulano che chi agisce in via contrattuale dimostri l'esistenza dell'obbligo inadempito e con questo la ricorrenza di tutte le condizioni che lo rendono attuale. Cfr. Cass. 20 luglio 2007, n. 16148. Spunti anche in Cass. 11 settembre 2009, n. 19434; nonché in Cass. 10 gennaio 2011, n. 306, che si può leggere in *ADL*, 2011, 1138 ss. con nota di CONSOLI, *La responsabilità contrattuale del datore di lavoro per violazione dell'art. 2087, Cod. civ.: ripercussioni sull'onere probatorio*.

<sup>84</sup> *Retro*, § 1.

<sup>85</sup> In giurisprudenza, uno spunto in C. giust., 22 aprile 1997, *Draehmpaehl*, causa C-190/95, che si può leggere anche in *D&L*, 1997, 733, con nota di ROMEO, *Discriminazione sessuale, colpa del datore di lavoro e tecniche risarcitorie*. In dottrina DE ANGELIS, *Il danno da discriminazioni tra risarcimento e sanzioni civili*, in *RGL*, 2008, 602; PELLICANI, *Il risarcimento del danno non patrimoniale a favore del lavoratore discriminato*, in *Aa.Vv.*, *Il danno alla persona del lavoratore*, Giuffrè, 2007, 332; GUARISO, MILITELLO, *op. cit.*, 466; GUARISO, *I provvedimenti del giudice*, in BARBERA (a cura di) *Il nuovo diritto antidiscriminatorio. Il quadro comunitario e nazionale*, Giuffrè, 2007, 605 ss. (il quale sottolinea opportunamente come la discriminazione indiretta, di regola, è commessa senza che l'autore versi in colpa, esulando dall'ordinaria diligenza la misura dello sforzo che dovrebbe compiere per avvedersi dell'effetto discriminatorio). Il problema dell'indifferenza dell'elemento psicologico non si pone, o si pone in forma attenuata, nell'area della responsabilità contrattuale, che, secondo un tradizionale indirizzo dottrinale, e comunque con la finzione giurisprudenziale della presunzione di colpa, si atteggia a responsabilità sostanzialmente oggettiva. Nell'area della responsabilità extracontrattuale, invece, specialmente quando si domandi il risarcimento del danno non patrimoniale, che richiederebbe un giudizio di rimproverabilità del soggetto agente, la deviazione rispetto alla regola generale, che vuole il danneggiato onerato della prova del dolo o della colpa dell'agente, è più evidente. Il dato è colto anche da MOROZZO DELLA ROCCA, *Gli atti discriminatori nel diritto civile alla luce degli artt. 43 e 44 T.U. Immigrazione*, in *DFP*, 2002, 124.

La necessità della prova del dolo o della colpa ai fini del giudizio di responsabilità è sostenuta da M.T. CARINCI, *op. cit.*, 190-191, ma in seno ad una ricostruzione che qualifica i divieti di discriminazione a stregua di figure tipizzate di abuso del diritto.

<sup>86</sup> Anche PEDRAZZOLI, *Tutela della persona ...*, *op. cit.*, 1154, con rilievo svolto a proposito del *mobbing*, ma calzante anche per il caso della discriminazione di genere.

Per quanto attiene al danno, il soggetto discriminato dovrà sempre fornirne specifica allegazione e dimostrazione con riguardo a tutte le sue componenti, patrimoniali e non. Dovrà poi dimostrare la sua derivazione dall'illecito e, prima, la sua riconducibilità al titolo dell'obbligazione inadempita<sup>87</sup> e, salva l'applicazione dell'art. 1226, c.c., il suo ammontare<sup>88</sup>.

È appena il caso di sottolineare che la prova del danno da discriminazione non ha a nulla a che spartire con la prova della derivazione del trattamento differenziato dal possesso di un certo fattore protetto. Quest'ultimo aspetto attiene al piano della discriminazione come fattispecie in sé considerata, mentre il danno da discriminazione è un elemento della responsabilità civile. Nella prova del danno da discriminazione non è, pertanto, utilizzabile l'agevolazione prevista dall'art. 40, d.lgs. n. 198/2006 e dall'art. 28 d.lgs. n. 150/2011, che opera solo sul piano della fattispecie. Ma il ricorso alle presunzioni semplici *ex art.* 2729 c.c. è largamente ammesso e anzi suggerito già nell'elaborazione interna in materia di prova del danno<sup>89</sup>. Il che, considerata l'ascendenza comunitaria della disciplina nazionale, rappresenta una garanzia e un indicatore fra i più accreditati di effettività della tutela accordata nell'ordinamento interno<sup>90</sup>.

Per parte sua, la posizione del convenuto subisce un aggravamento parallelo a quello che affligge l'attore. Per andare completamente esente da responsabilità non gli basta dimostrare che la discriminazione non sussiste o è giustificata. Limitandosi a quest'attività difensiva andrebbe esente solo dalle conseguenze *aggiuntive* che il diritto antidiscriminatorio prevede rispetto al diritto generale delle obbligazioni. Ma poiché, come si è detto, sottostante alla violazione del divieto di discriminazione vi è l'inadempimento a un'obbligazione con un suo autonomo titolo e chi agisce in via contrattuale vuole pur sempre ottenere il bene della vita oggetto di quell'obbligazione che gli è negato o gli è sottratto per ragioni discriminatorie<sup>91</sup>, il convenuto deve anche dimostrare che la prefata obbligazione si è estinta per una delle cause tipiche previste dalla legge, ivi compresa l'impossibilità sopravvenuta di adempiere per causa a lui non imputabile (art. 1218 c.c.), che, vale la pena di ricordare, è fatto che non coincide con la causa di giustificazione della discriminazione<sup>92</sup>.

<sup>87</sup> In materia di responsabilità contrattuale la sussistenza del nesso di causalità fra inadempimento e danno si accerta sulla base del criterio del più probabile che no. Donde l'ampio uso delle presunzioni, che sono il mezzo di prova elettivo di questo elemento della fattispecie del danno contrattuale. Ma è ancora una volta quasi superfluo precisare che si tratta di presunzioni interamente regolate dalla disciplina ordinaria del Codice. Cass. 26 aprile 2023, n. 10978; Cass. 16 ottobre 2007, n. 21619. Vedi anche, se vuoi, Cass. SS.UU. 20 novembre 2007, n. 577; Cass. 7 gennaio 2009, n. 45.

<sup>88</sup> Cass. SS.UU. 24 marzo 2006, n. 6562, *cit.*, Cass. SS.UU., 11 novembre 2008, n. 26972, *cit.*; Cass. 26 novembre 2008, n. 28274, Cass. S.U., 16 febbraio 2009, n. 3677; Cass. 4 marzo 2011, n. 5237, le quali riaffermano una regola che un certo orientamento della giurisprudenza superiore, incline a riconoscere il diritto al risarcimento dietro sola dimostrazione della lesione del bene protetto (ora la professionalità, ora la dignità, ora l'immagine) a prescindere dalla prova del danno, aveva disatteso.

<sup>89</sup> Cass. SS.UU., 11 novembre 2008, n. 26972.

<sup>90</sup> C. giust., 7 marzo 2018, causa C-494/2017, *Santoro vs. Comune di Valderice* (spec. Considerando 50).

<sup>91</sup> *Retro*, § 1.

<sup>92</sup> L'impossibilità sopravvenuta di adempiere espone rispetto alla causa di giustificazione della discriminazione la stessa

## 9. L'opacità del diritto antidiscriminatorio e le misure strumentali ad agevolare l'assolvimento degli oneri di allegazione e prova nel processo

Inutilmente complicato, resistente a ogni sforzo di sistematizzazione, poco fruibile e complessivamente poco fruito, a dispetto della rilevanza sociale del fenomeno disciplinato<sup>93</sup>. In una parola: *opaco*; questa è oggi l'immagine più immediata che il diritto antidiscriminatorio nazionale restituisce allo studioso come all'operatore pratico.

L'opacità è un fatto strutturale. La causa più vistosa è nel disordine legislativo. La disciplina interna, complice la necessità di rimanere allineata alla sua ascendente eurounitaria, si è formata per stratificazioni successive e si è distribuita in una pluralità di corpi normativi non coordinati fra loro e con aree di ingiustificabile sovrapposizione, ciò che rende non-ché difficile interpretarla ma prima ancora intendere quali siano le disposizioni da applicare. La disciplina del processo non è uniforme per tutti i fattori e gli ambiti di rilevanza delle discriminazioni. In taluni casi, la materia della prova e del processo è accorpata a quella sostanziale; in altri è separata. Le nozioni di discriminazione sono assemblate secondo tecniche non uniformi, prevedendosi in taluni casi solo una clausola di esclusione generale, in altre solo o anche una particolare, cioè riferita ad alcune vicende della vita professionale del lavoratore. La disciplina della prova ha un ambito di applicazione tarato sul mercato del lavoro interno all'impresa ed è perciò disallineata rispetto alle nozioni di discriminazione, che hanno guadagnato nel tempo un'estensione che ha travalicato l'impresa e il suo ambito interno e prossimo. La prova presuntiva ha gradi diversi di agevolazione in relazione ai differenti fattori protetti. E l'elenco delle disfunzioni potrebbe proseguire per non breve tratto<sup>94</sup>.

---

eccedenza di portata che la possibilità oggettiva dell'oggetto (art. 1346 c.c.), espone rispetto al requisito dell'essenzialità ai fini dell'esecuzione della prestazione. Sul punto vedi *retro* § 5.2.

<sup>93</sup> La relativa scarsità di verifiche applicative è rilevata da tutti gli studi sulla materia. Si vedano NAPOLI, *La tutela dei diritti fra diritto sostanziale e processo: interessi protetti e forme di tutela*, in BARBIERI, MACARIO, TRISORIO LIUZZI, *La tutela in forma specifica dei diritti nel rapporto di lavoro*, Giuffrè, 2004, 65; LASSANDARI, *Le discriminazioni sul lavoro, Nozione, interesse, tutele*, Cedam, 2010, 269 ss.; CICHITTI, *Profili processuali della tutela della parità tra uomini e donne in materia di lavoro*, in RDP, 1996, 1204; AMATO, *L'azione individuale e l'azione collettiva*, in NLCC, 2003, III, 771 ss.; GUARISO, *I provvedimenti ...*, op. cit., 579 ss.; DE ANGELIS, *Profili della tutela processuale contro le discriminazioni tra lavoratore e lavoratrici*, in RIDL, 1992, 457 e ss.; M.G. GAROFALO, *Una riflessione sul codice delle pari opportunità tra uomo e donna*, in RGL, 2007, 720; SILVESTRI, *Codice delle pari opportunità e tutela antidiscriminatoria*, in RIDPC, 2007, 854 ss.; DE SIMONE, *Dai principi alle regole. Eguaglianza e divieti di discriminazione nella disciplina dei rapporti di lavoro*, Giappichelli, 2001, 163 ss.; IZZI, *Eguaglianza e differenze nei rapporti di lavoro*, Jovene, 2005, 138-139; 197 ss.; COMINATO, *Divieti di discriminazione di genere nella giurisprudenza nazionale*, in CALAFÀ, GOTTARDI (a cura di), *Il diritto antidiscriminatorio tra teoria e prassi applicativa*, EDIESSE, 2009, 157 ss.; KILPATRICK, *Gender Equality: A Fundamental Dialogue*, in SCIARRA (a cura di), *Labour Law in the Courts: National Judges and the European Court of Justice*, Oxford, 2001, 31 ss.; TAMBASCO, *Violenza e molestie nel mondo del lavoro. Un'analisi della giurisprudenza italiana*, OIL, Roma, 2022; BONARDI, *Accesso all'accademia mediante concorso e progressione in carriera: una lettura di genere*, in LDE, 3, 2022; PILEGGI, op. cit., 38 e 39 del dattiloscritto.

<sup>94</sup> Vedi anche le annotazioni di PILEGGI, op. cit., 30 ss.

Non aiuta a dissipare le molte nebbie una letteratura ipertrofica, non di rado sviluppatasi a ridosso, per non dire al traino, di una giurisprudenza senza guida di concetti, come è per lo più quella della Corte europea di giustizia.

Vi è poi un'opacità contingente, più vicina ai problemi pratici della prova nel processo, e questa ha base nella considerazione che la materia prima per la vittima di discriminazione o di molestia, ossia i fatti da introdurre e dimostrare nel processo, sono poco o niente disponibili per la parte onerata.

A questo livello di analisi l'opacità avrebbe validi strumenti di contrasto dentro e fuori il processo.

Dentro il processo le leve fondamentali sono il potere del Giudice di ordinare alla parte o al terzo l'esibizione di atti e documenti di cui ritenga necessaria l'acquisizione (art. 210 c.p.c.) oppure di acquisire informazioni dalle pubbliche amministrazioni, comprese quelle che hanno compiti di vigilanza sul mercato del lavoro (art. 213 c.p.c.), e dai sindacati (art. 421, comma 2, c.p.c.). Quando gli atti e le informazioni fossero richiesti alla parte del processo e questa non adempisse alla richiesta, il giudice sarebbe abilitato a trarre da questo contegno argomenti di prova del fatto oggetto di accertamento (art. 116, comma 2, c.p.c.)<sup>95</sup>.

Fuori e prima del processo è da salutare con favore la previsione di misure ordinate a facilitare al lavoratore o alle organizzazioni e istituzioni che ne rappresentano gli interessi l'accesso a dati e informazioni concernenti il mercato del lavoro interno ed esterno all'impresa, che il datore di lavoro non fornirebbe spontaneamente, ma che sono indispensabili specialmente al fine della deduzione della c.d. prova statistica.

Si inscrivono in questa logica: il potere conferito alla Consigliera di parità di richiedere che le Direzioni interregionali e territoriali del lavoro acquisiscano presso i luoghi di lavoro informazioni sulla situazione occupazionale maschile e femminile, in relazione allo stato delle assunzioni, della formazione e della promozione professionale, delle retribuzioni, delle condizioni di lavoro, della cessazione del rapporto di lavoro e ogni altro elemento utile al fine di valutare se sussistano disparità di trattamento, in seno alle quali possano allignare fatti di discriminazione<sup>96</sup>; l'adempimento, obbligatorio per le aziende private e le amministrazioni pubbliche con oltre cinquanta dipendenti<sup>97</sup>, consistente nella redazione e nell'invio alle r.s.u. e al Consigliere regionale di parità di un rapporto biennale sulla situazione del personale maschile e femminile in ognuna delle professioni e sullo stato delle assunzioni, della formazione, della promozione professionale, dei livelli, dei passaggi di

---

<sup>95</sup> C. giust. 3 ottobre 2019, causa C-274/18 (conss. 47 e 52); C. giust., 19 aprile 2012, causa C-415/10, *Meister in ADL*, 2012, 4-5, 911 ss., con nota di TOMBA, *Asimmetrie informative delle parti e onere della prova della discriminazione: a proposito di un recente caso della Corte di giustizia dell'Unione europea*. In dottrina SCARPONI, *Tecniche ...*, op. cit., 94; DE ANGELIS, *Profili ...*, op. cit., 473.

<sup>96</sup> Art. 15, comma 5, d.lgs. n. 198/2006.

<sup>97</sup> Le imprese al di sotto della soglia dei cinquanta dipendenti sono espressamente facoltizzate a redigere e trasmettere il Rapporto. Devono farlo se vogliono ottenere la certificazione della parità di genere prevista dall'art. 46-bis, d.lgs n. 198/2006.

categoria o di qualifica, di altri fenomeni di mobilità, dell'intervento della Cassa integrazione guadagni, dei licenziamenti, dei prepensionamenti e pensionamenti, della retribuzione effettivamente corrisposta<sup>98</sup>; l'obbligo a carico della Consigliera di parità e delle rsa di rendere disponibile il rapporto al lavoratore o alla lavoratrice che ne facciano richiesta ai fini della propria tutela giudiziaria<sup>99</sup>; nei settori o nelle posizioni gerarchiche ove sussiste un divario fra generi non inferiore a due terzi, l'obbligo per le amministrazioni pubbliche di motivare la preferenza accordata in sede di assunzione o promozione a una qualifica superiore a un candidato di genere maschile con pari qualificazione e preparazione professionale rispetto a una di genere femminile<sup>100</sup>; l'obbligo per i datori di lavoro pubblici e privati di fornire ai lavoratori o alle loro rappresentanze una serie di informazioni sui divari di genere in materia retributiva, il cui inadempimento è considerato fatto base di una presunzione legale relativa circa il carattere discriminatorio di certi trattamenti retributivi<sup>101</sup>.

L'insieme di queste e di altre consimili misure sono oggi ritenute espressive di «un principio-guida dei rapporti all'interno delle organizzazioni» in funzione di riequilibrio della posizione delle parti del rapporto di lavoro: la *trasparenza*, che andrebbe acquisendo un ruolo sostitutivo della *riservatezza*<sup>102</sup>. E si può intravedervi un collegamento profondo con la materia della prova oltre che una frontiera avanzata nella lotta alle discriminazioni perché la mancanza di trasparenza è, al contempo, la giustificazione dello speciale regime agevolato della prova nel processo antidiscriminatorio e una delle cause più insidiose della ineguale distribuzione del potere e delle risorse dentro e fuori le organizzazioni di lavoro<sup>103</sup>.

<sup>98</sup> Il Rapporto deve essere redatto secondo le indicazioni di un apposito decreto del Ministero del lavoro: oggi il d.m. 29 marzo 2022 e deve contenere le dettagliate informazioni previste dall'art. 46, comma 3, d.lgs. n. 198/2006. Le imprese che partecipano a gare di appalto pubblico debbono dimostrare, a pena di esclusione, di avere redatto e trasmesso il Rapporto ai soggetti competenti. Quando abbiano fra i quindici e i cinquanta dipendenti, un rapporto di contenuto simile a quello previsto per le imprese di maggiori dimensioni, ma con un minor grado di dettaglio, deve essere prodotto alla stazione appaltante entro sei mesi dall'aggiudicazione del contratto (all. II.3, d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36). Per approfondimenti sul punto, rinvio all'ampia analisi di ZILLI, *La trasparenza nel lavoro subordinato. Principi e tecniche di tutela*, Pacini, 2022, 123 ss. Con riferimento specifico alle misure di attuazione del PNRR, MIRACOLINI, *La parità di genere nel pubblico impiego. Potenzialità e limiti dai contributi del PNRR*, in *q. Rivista*, 2024, 5, 437 ss.

<sup>99</sup> Art. 2, comma 10, d.m. 29 marzo 2022.

<sup>100</sup> Art. 48, comma 1, d.lgs. n. 198/2006. Sul punto ampiamente ZILLI, op. cit., 108 ss.

<sup>101</sup> Artt. 5, 6, 7, 9, 10 e 18, Dir. 970/2023/UE del 10 maggio 2023. Per approfondimento sul punto rinvio a NAPPI, op. cit., 22 e a PILEGGI, op. cit., 63 ss.

<sup>102</sup> ZILLI, op. cit., 110; 152.

<sup>103</sup> BONARDI, MERAVIGLIA, *Dati statistici ...*, op. cit., 359-360; PILEGGI, op. cit., 56 ss.; IZZI, *Contrasto al gender gap nel lavoro e regole di trasparenza*, in AA.VV., *Occupazione, persona, solidarietà. Studi in memoria di Mario Napoli*, Giappichelli, 2025, 591 ss.