L'INVERSO RAPPORTO TRA POLIMORFISMO E EFFICIENZA NELLE TUTELE PROCESSUALI ANTIDISCRIMINATORIE
(Versione provvisoria)

di Severino Nappi

Abstract

Il sistema delle tutele antidiscriminatorie si presenta tuttora, dopo decenni di interventi additivi, modificativi, soppressivi, sostitutivi e integrativi, come un'incompiuta, nella quale l'aspirazione al contrasto delle disuguaglianze viene paradossalmente contraddetta, in alcuni casi, persino da un impianto che regolamenta in modo differente le singole vicende unicamente ed esclusivamente in ragione dello specifico fattore di rischio cui esso viene ricondotto.
Così, l'aspirazione all'uguaglianza sostanziale dei nostri Costituenti è stata in parte disattesa da un'ipertrofia normativa frutto dell'affastellarsi di spinte pluridirezionali, nelle quali la peculiare valorizzazione, di volta in volta, di uno dei singoli aspetti nei quali una discriminazione può manifestarsi ha preso il sopravvenuto sulla visione sistematica di questo odioso fenomeno.
E questo fa sorgere il rimpianto – pure coi limiti che vedremo – per la lineare icasticità del dettato dell'art. 15 St. Lav. che, in una stagione assai più felice del diritto del lavoro, seppe fotografare prima di tutto il giudizio del nostro ordinamento (e dell'impianto valoriale che esso esprime) rispetto alla discriminazione: quello della sanzione più severa, la nullità. Nullità intesa come radicale insanabilità di ogni condotta ispirata, consciamente o meno, alla violazione di questo principio fondamentale.
Certo, l'inefficienza, sotto il versante ripristinatorio, repressivo, risarcitorio e dissuasivo, del principio statutario ha senz'altro giustificato la necessità per il legislatore di operare interventi destinati a dare corpo e struttura agli effetti della nullità.
Ma la direzione scelta, quella della caotica stratificazione di tecniche di tutela, di riti, di procedure e di misure sanzionatorie – sia pur ampiamente giustificata anche alla luce degli altrettanto disordinati impulsi provenienti dal diritto e dalla giurisprudenza comunitaria – non può consentire l'assoluzione" del nostro legislatore.
Analogamente, lo sforzo, a volte ammirevole, della giurisprudenza, specie di merito, di ritrovare unità al disegno costituzionale e di garantire al contempo effettività al sistema sanzionatorio, persino in chiave dissuasiva, non permette di oscurare le conseguenze che il ricorso alla giustizia del "caso per caso" ha prodotto in questa direzione.
Anzi, oggi la lotta al contrasto delle discriminazioni - peraltro in un'epoca di vistoso abbassamento delle generali tutele del lavoratore subordinato, di diritto o di fatto – ha raggiunto in alcune vicende soglie di tale pervasività da iniziare a far riflettere sull'esigenza di avviare (nel solco di quanto, ad esempio, avvenuto già negli anni '80 dello scorso millennio negli USA) anche percorsi di contrasto alla discriminazione alla rovescia.
L'autentico rispetto dei valori costituzionali e la determinazione che deve appartenere ad una società autenticamente democratica e solidale nel preservarli, impone allora di trovare gli anticorpi per contrastare questa deriva, legittimata dalla farraginosità del sistema normativo ad oggi edificato, oltretutto in un cantiere che resta costantemente aperto.
La prospettiva, a mio avviso, non può che essere quella di ritornare allo spirito statutario, alla semplificazione normativa, all'edificazione di un unico corpo regolamentare unitario che contenga, con la chiarezza dell'antico legislatore, tutti gli elementi definitori e tutti gli strumenti processuali e sanzionatori utili per il governo di questi fenomeni.
Accanto a questo, l'auspicio è che si dia impulso, ugualmente su di un piano complessivo, ad una disciplina della trasparenza informativa degli atti, dei comportamenti e delle scelte che rappresenta, da sola, forse la più efficace tecnica di effettività, almeno nella dimensione preventiva, nella lotta a tutte le discriminazioni.

SOMMARIO. 1. Il sistema delle tutele contro le discriminazioni tra stratificazioni normative e limiti di effettività. - 2. L'azione individuale ordinaria di nullità. – 3. L' azione individuale nelle discriminazioni di genere. – 4. L'azione individuale ex art. 28 d.lgs. 150/2011 avverso le discriminazioni fondate su altri fattori. - 5. Le azioni pubbliche di contrasto alle discriminazioni di genere. – 6. L'azione collettiva contro le discriminazioni non di genere. – 7. L'onere della prova nei processi contro le discriminazioni: gli indirizzi normativi comunitari e l'azione della Corte di Giustizia. – 8. L'onere della prova nel processo civile: cenni - 9. L'onere della prova nelle discriminazioni di genere. – 10. L'onere della prova nelle discriminazioni non di genere. – 11. I contenuti dell'inibitoria del giudice: genericità o indeterminatezza? – 12. Il risarcimento del danno da discriminazioni: contenuti, finalità e limiti. – 13. Questioni processuali in tema di licenziamento discriminatorio. – 14. Digitalizzazione e nuove frontiere del fenomeno discriminatorio: le tecniche di tutela contro la discriminazione algoritmica. – 15. L'ipertrofia necessitata dei poteri del giudice. - 16. Alla ricerca di un nuovo diritto antidiscriminatorio.

1. Il sistema delle tutele contro le discriminazioni tra stratificazioni normative e limiti di effettività.

La codificazione nel nostro sistema processuale e sostanziale di un impianto di tutele antidiscriminatorie, sia in chiave sanzionatoria che ripristinatoria, è il frutto di un percorso lungo e tortuoso, che può definirsi ancora lontano dall'essere concluso, almeno sotto il versante di una adeguata e coerente sistemazione che disciplini, in modo omogeneo e sovrapponibile nell'assetto degli strumenti e delle misure, la sanzione di questi comportamenti. Le ragioni di un meccanismo scandito dalla successione, non sempre compatibile, di discipline normative, risiede con ogni evidenza nella natura stessa della discriminazione - una condotta certamente odiosa e esecrabile - che tuttavia, dapprima nella sua comprensione e poi nella sua repressione, si è sempre rilevata intrinsecamente e significativamente condizionata dall'influenza determinata dall'evoluzione della sensibilità sociale e morale della nostra società, via via divenuta più estesa e consapevole della necessità di intervenire, sul piano sostanziale, per contrastare ogni forma di trattamento discriminatorio.

Ed è questa la ragione per la quale il diritto antidiscriminatorio ha progressivamente acquisito col tempo maggior ampiezza e latitudine innanzitutto fenomenologica, estendendosi, nei contenuti e nelle prospettive, dall'entrata in vigore della Costituzione ai nostri giorni, anche per l'impulso proveniente da fonti normative comunitarie e internazionali.

Ad ogni modo, è proprio grazie a questa azione – peraltro tra le più felici espressioni dell'influenza anche sul diritto vivente delle spinte sociali – che si deve il rafforzamento, l'ampliamento e ancor di più l'estensione delle tutele che, dalla esclusiva dimensione di quelle di "genere", si è ampliata, con l'affermazione non solo di principi in chiave programmatica - ma anche di regole e strumenti - ai fenomeni discriminatori per razza ed etnie, convinzioni sessuali, ideologiche,

personali, fino ad avviare una riflessione, invero ancora molto tiepida, sulla necessità di un contrasto alle discriminazioni di carattere socio-economico.

In questo contesto anche all'Unione Europea, almeno a partire dagli anni '70, si deve, specialmente attraverso l'azione apripista della Corte di Giustizia, l'affermazione e comunque il consolidamento delle strade tracciate, operata recependo l'evoluzione di costumi, identità e sensibilità sociali e collettive rinvenienti dalle normative costituzionali e dalle legislazioni nazionali, sia pure in modo differente rispetto alle diverse fattispecie.

Certo, proprio la complessità e la varietà dei casi e delle ipotesi in cui una condotta, diretta o indiretta, può dar vita a comportamenti discriminatori ha a sua volta significativamente inciso sull'efficacia del sistema sanzionatorio.

Questo sotto vari ordini di ragioni. In primo luogo - nonostante l'emersione progressiva di ulteriori ipotesi interessate da provvedimenti sanzionatori e/o ripristinatori abbia comportato, per lungo tempo, che l'intervento si concentrasse soprattutto sulla discriminazione di genere - anche nello stesso ambito delle discriminazioni di genere si è verificata un'estensione per tappe sia degli ambiti di azione che delle tecniche di tutela, con notevoli problemi di coordinamento che avremo ampiamente modo di vedere in seguito.

Questo effetto ovviamente appare ancor più evidente qualora ci si soffermi sulle altre categorie di soggetti a rischio per i quali l'ordinamento ha inteso progressivamente apprestare tutela in quanto - pure in ragione della specificità sia delle varie tipologie di fattispecie discriminatorie, sia delle diverse epoche nelle quali la codificazione delle stesse si è verificata – ciò ha inevitabilmente comportato ancor di più la "costruzione" di moduli processuali e sostanziali di segno e contesto differenti. Ne è conseguito un certo disordine normativo rispetto al quale va ulteriormente osservato che le difformità regolative, a loro volta, non sono sempre apparse giustificate unicamente da fattori di svantaggio o discriminazione e, quindi, di natura fisiologica, ma anche direttamente condizionate da vere e proprie patologie del sistema regolativo, sia per effetto proprio della successione di provvedimenti legislativi, sia per le criticità regolamentari conseguenti a normative di difficile applicazione nel loro concreto utilizzo. Con la precisazione che il tutto è stato accompagnato dall'assenza di omogenee valutazioni comparative e prassi applicative le quali hanno complicato ulteriormente il quadro.

E' però evidente che, in linea generale, questo meccanismo riflette la natura stessa dei fenomeni discriminatori rispetto alla quale non a caso l'elencazione contenuta nell'art. 15 St. Lav. – sulla cui tassatività o meno avremo modo di soffermarci in sede di conclusioni - ha dovuto essere modificata in ragione del fatto che si tratta di fattispecie costantemente schiuse al perenne modificarsi delle scelte valoriali e al mutamento della coscienza sociale.

E questo anche se va subito ricordato al contempo che la consapevolezza da parte del nostro legislatore dell'esigenza di un approccio unitario nella gestione dei meccanismi di contrasto alle condotte discriminatorie – sia pure relativamente alle sole discriminazioni non di genere - era apparsa chiara col d.lgs. 1° settembre 2011, n. 150 che, all'art. 28, ha introdotto una razionalizzazione dei riti su alcune controversie in materia di discriminazione nell'ambito del generale intervento di riduzione e semplificazione dei riti processuali civili.

Tuttavia, la successiva normativa, in uno agli interventi giurisprudenziali, nazionali e comunitari, hanno finito per riproporre almeno in parte la questione della diversificazione delle misure e della intensità degli strumenti processuali via via apprestati in relazione alle differenti tipologie di condotta discriminatoria. Questo pure perché, specialmente a seguito del dilagarsi della grave emergenza pandemica, le disparità di genere, anche sul piano internazionale, sono tornate ad essere oggetto di rinnovato interesse. Basti pensare all'Agenda ONU 2030 per lo sviluppo sostenibile e al programma *Nex Generation EU* coi quali sono state individuate specifiche e ulteriori priorità di *policy* nella prospettiva di delineare un contesto politico e giuridico maggiormente favorevole alla tutela e promozione della parità di genere in tutti i settori dell'ordinamento, ivi compresi gli affidamenti pubblici. La prova più evidente di questo corso si ritrova nel Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza, approvato definitivamente il 13 luglio 2021, che delinea tra le sue priorità numerosi interventi di promozione delle pari opportunità tra uomini e donne e in particolare nel mercato del lavoro, con l'obiettivo dichiarato di favorire la creazione delle condizioni di una nuova cultura della parità di genere. Le specifiche previsioni delle misure introdotte (fra tutte i principi e gli strumenti del *Gender responsive public procurement*), con il relativo impianto di specifiche misure rimediali e sanzionatorie, ne rappresentano la conferma.

Quel che è certo, dunque, è che, nell'oceano delle normative antidiscriminatorie, inquadrare correttamente la relativa tipologia non solo resta ancora oggi una condizione preliminare e un criterio determinante per individuare il corretto strumento processuale cui fare ricorso, ma la stessa tecnica processuale apprestata per le singole vicende, variando sensibilmente, impone una pluralità di aggiustamenti operativi, affidati in buona parte alla sensibilità (ma anche alla creatività) del giudice. Proprio per questo, appare ineludibile, nella difficile ricerca di un paradigma comune, la necessità di una sistemazione organica delle varie disposizioni cui questo scritto si propone di offrire una ordinata lettura e al contempo una qualche risposta, almeno sotto il versante ricognitivo e operativo.

2. L'azione individuale ordinaria di nullità.

Nell'analisi del tipo e della qualità di interventi da adottare in funzione di repressione e/o rimozione delle condotte discriminatorie e contro le molestie conviene prendere le mosse dall'azione individuale che, almeno in linea programmatica, ne è la misura comune.

L'azione individuale in giudizio può essere esperita in via ordinaria sulla base dell'art. 15 St. lav. che dunque costituisce l'autentica pietra miliare della nostra legislazione antidiscriminatoria. La disposizione, significativamente contenuta nel titolo II dedicato alla libertà sindacale, stabilisce la nullità "di qualsiasi atto o patto" diretto a "discriminare un lavoratore", e, in modo più specifico, a "subordinare l'occupazione di un lavoratore alla condizione che aderisca o non aderisca ad una associazione sindacale o che cessi di farne parte" (co. 1, lett. a); "licenziare un lavoratore, discriminarlo nella assegnazione di qualifiche o mansioni, nei trasferimenti, nei provvedimenti disciplinari o recargli altrimenti pregiudizio a causa della sua affiliazione o attività sindacale ovvero della sua partecipazione ad uno sciopero" (co. 1, lett. b). Nel tempo, com'è noto, la norma ha subito un progressivo ampliamento nei contenuti (dapprima con l'art. 13 della legge n. 903/77, poi con l'art. 4, co. 1, del D.lgs. 216/2003, infine l'art. 12 della l. n. 238/2021), estendendosi ai patti o atti diretti ai fini di discriminazioni di natura politica, religiosa, razziale, di lingua, di sesso, di handicap, di età, di nazionalità o basata sull'orientamento sessuale o sulle convinzioni personali. E questo a conferma del suo valore, anche storico, di fonte per la codificazione del principio di non discriminazione all'interno del rapporto di lavoro e, più in generale, delle stesse relazioni sindacali.

Soprattutto, però, il valore pure ontologicamente angolare che deve riconoscersi alla previsione dell'art. 15 è quello di aver espressamente individuato l'oggetto della tutela: questa appare dichiaratamente rivolta a presidiare l'effettiva applicazione del principio di non discriminazione, diverso da quello di uguaglianza, in quanto destinato a contrastare e sanzionare le condotte che danno luogo a disparità in ragione di specifici motivi vietati e non a garantire un trattamento uguale a tutti i lavoratori.

Sotto il profilo dei contenuti, il principale effetto – ma non unico – è quello della dichiarazione di nullità di ogni provvedimento o condotta discriminatori. Analogamente a quanto evidenziato a proposito delle condotte, anche sotto il versante degli strumenti attraverso i quali il comportamento discriminatorio si può realizzare, la disposizione si presenta come una fattispecie aperta dal punto di vista strutturale, essendo stato determinato teleologicamente solo il suo ambito di protezione che appunto comprende, oltre ad alcuni atti tipici espressamente menzionati nella disposizione (l'occupazione, il licenziamento, l'assegnazione di qualifiche e mansioni, i trasferimenti, i provvedimenti disciplinari), ogni altro atto o patto di gestione del rapporto di lavoro, anche omissivo,

in grado di recare altrimenti pregiudizio al lavoratore o alla lavoratrice per gli stessi motivi discriminatori, lacerandone gli interessi anche involontariamente.

Ed a questo proposito è opportuno fissare un dato centrale in materia di tutela antidiscriminatoria, rappresentato dalla circostanza che la discriminazione – diversamente dal motivo illecito – consegue automaticamente ed oggettivamente al verificarsi di un evento, anche semplicemente non evitato, che dia luogo ad un trattamento deteriore per un lavoratore in conseguenza della sua appartenenza ad una determinata "categoria" per la quale operi un diritto di protezione, e questo indipendentemente dalla sussistenza o meno di una volontà o di un intento da parte del datore di lavoro. Sembra un'affermazione scontata ma – com'è noto - non lo è, o almeno lo è solo in parte. Infatti, mentre per la dottrina comportamento diretto non vuol dire "intenzionale", ma solo che l'atto o il patto debbono "risultare oggettivamente idonei a produrre la lesione del diritto tutelato", diversamente, per la giurisprudenza, almeno prevalente, non è stato sempre così. Basti pensare alla difficile emersione della distinzione tra licenziamento discriminatorio e licenziamento ritorsivo, con l'esclusione del primo dall'indagine sul profilo psicologico dell'atto, sulla sussistenza dell'intento discriminatorio del datore di lavoro, come appunto richiederebbe l'art. 1345 c.c. (Cass. n. 1/2020. Si tratta di una distinzione che ha rilievo processuale oltre che sostanziale): "è evidente che, mentre la prova dell'intento discriminatorio (cioè della volontà dell'agente di discriminare) è una "prova diabolica", la prova del carattere oggettivo (…) di un atto (o di un patto) può basarsi su circostanze di fatto e su valutazioni comparative, certamente meno ardue" (Cass. n. 6838/2023). Ecco perché aver condotto la giurisprudenza di cassazione al *revirement* di simile atteggiamento ha contribuito sensibilmente all'evoluzione del diritto antidiscriminatorio. Ed in questo senso si è rivelato decisivo il puntuale contenuto delle normative che, su impulso delle Direttive c.d. di seconda generazione, hanno adottato (o ribadito) una definizione oggettiva della discriminazione, diretta e indiretta. L'apertura delle norme peraltro ha riguardato anche la definitiva chiarificazione circa la possibilità della non tassatività dell'elenco dei fattori di discriminazioni, il cui risultato più eloquente e significativo resta quello della riconduzione nell'ambito delle "convinzioni personali" delle cd. "convinzioni sindacali", con la conseguente applicazione dell'art. 28 del d.lgs. n. 150/2011 e dei suoi vantaggi sul versante sostanziale e processuale.

Nonostante il significato e l'ambito di protezione così ampio e la forza demolitoria della censura prevista - la nullità appunto - l'esperienza ci ha consegnato però un uso sostanzialmente limitato e ridotto dall'azione ordinaria. Le ragioni risiedono in una serie di motivi tra i quali quello sicuramente più significativo si ritrova nell'effettività del risultato che lo strumento può assicurare a chi vi faccia ricorso e nella possibilità, via via più forte, di utilizzare tecniche alternative di contrasto delle discriminazioni. E sotto questo versante soccorre di nuovo la valutazione che nasce dalla

disamina delle azioni adottate in tema di discriminazioni sindacali o collettive. Infatti, lo strumento individuale, oggettivamente spuntato sul versante degli effetti, ha comportato per lungo tempo che, chi se lo potesse permettere, ha preferito adottare l'art. 28 Stat. Lav. (fino a quando appunto non si è pervenuti all'estensione alla categoria delle "convinzioni personali"), preferito sia per la più ampia legittimazione ad agire che soprattutto per le tecniche processuali di facilitazione dell'azione stessa.

Questo senza ancora considerare il profilo connesso alla legittimazione attiva all'azione individuale in ordine alla quale - sia pure dovendosi ritenere che la stessa non spetti ai soli lavoratori discriminati, ma anche alle associazioni sindacali che possono operare non solo come rappresentanti processuali - sta di fatto che, proprio a proposito dell'art. 16 St. Lav., si pone pure il problema della sua stessa coesistenza con quella l'art. 28 Stat. Lav. nel cui ambito possono rientrare pure le fattispecie vietate dall'art. 16 Stat. Lav. quando rivestano il carattere dell'antisindacalità. Infatti, le due azioni restano comunque distinte sia per il *petitum,* sia perché quella instaurata ex art. 28 Stat. Lav. non può condurre all'applicazione della sanzione prevista dall'art. 16 Stat. Lav..

Né l'art. 16 Stat. Lav. - con la previsione della condanna del datore che si renda responsabile di trattamenti economici differenziati per ragioni discriminatorie al versamento di una somma in favore del fondo pensione, senza prevedere alcuna generalizzazione a tutti i dipendenti dei trattamenti economici collettivi preferenziali, appare certo un valido ancoraggio.

In definitiva, la considerazione più autentica che si può trarre dall'analisi della disciplina è che la struttura di questa norma ne dischiude la natura di semplice strumento per l'individuazione e l'accertamento della condotta vietata, mentre il percorso sanzionatorio, peraltro esclusivamente su impulso del soggetto direttamente interessato, si rivela incerto e farraginoso.

Infatti, la scarsa incisività pratica dello strumento si rivela intrinseca nella circostanza che, all'oggettiva difficoltà per i soggetti destinatari di condotta discriminatorie di agire a tutela dei propri diritti lesi, di per sé ostativa dell'agevole ricorso al processo, si accompagna la mancata previsione, accanto alla sanzione di nullità dell'atto o del comportamento, di un adeguato apparato di sostegno e/o di repressione in grado di intervenire efficacemente all'esito dell'accertamento della condotta vietata della stessa. In particolare, questo aspetto di debolezza della disposizione emerge in tutta la sua evidenza in quanto i comportamenti del datore di lavoro necessari al ripristino dell'interesse del lavoratore leso (assunzioni, promozioni, ecc.) non sono surrogabili e comunque restano incerte le conseguenze della sanzione per gli atti c.d. omissivi del datore come le attribuzioni in funzione discriminatoria, se non altro perché stabilire la nullità di un'omissione non equivale certo a dar vita ad un'estensione positiva.

3. L' azione individuale nelle discriminazioni di genere.

Con riguardo a quella di genere, l'azione - anche se introdotta sin dal primo intervento in materia di parità tra donne e uomini nel lavoro (art. 15 l. n. 903/1977) - è oggi quella prevista dall'art. 38 del Codice delle pari opportunità (D.lgs. n. 198/2006 e successive integrazioni e modificazioni).

L'art. 38, primo e ultimo comma, ne afferma in modo chiaro il carattere individuale: qualora siano posti in essere comportamenti discriminatori il lavoratore o, per sua delega, le organizzazioni sindacali, le associazioni e le organizzazioni rappresentative del diritto o dell'interesse leso o infine il consigliere provinciale o regionale di parità possono ricorrere al giudice per ottenere un decreto immediatamente esecutivo contenente l'ordine di cessazione del comportamento e di rimozione degli effetti cui, se richiesto, può accompagnarsi un provvedimento di risarcimento del danno, anche non patrimoniale, nei limiti della prova fornita.

Lo strumento ha le caratteristiche tipiche del rito sommario: il giudice del lavoro, nei due giorni successivi al deposito del ricorso, convocate le parti e assunte sommarie informazioni, se ritiene sussistente la discriminazione, oltre a disporre il risarcimento del danno, ordina all'autore del comportamento denunciato, con decreto motivato ed immediatamente esecutivo, la cessazione del comportamento illegittimo e la rimozione degli effetti.

Va ricordato che, ai sensi dell'art. 36 dello stesso Codice delle pari opportunità, la presunta vittima della discriminazione, già prima dell'inizio della fase giudiziale, può promuovere il tentativo di conciliazione ai sensi dell'art. 410 c.p.c., anche tramite il consigliere di parità territorialmente competente. Tuttavia, non si tratta né di un obbligo, né tantomeno di una condizione di procedibilità dell'azione, trattandosi, nella sostanza, di uno strumento, ipoteticamente deflattivo del contenzioso, dai risultati invero assai modesti in tutte le ipotesi in cui ha avuto applicazione. Ma questo lo vedremo meglio in seguito.

Per quanto concerne la fase di trattazione del processo del lavoro, nel corso della prima udienza, il giudice esperisce il previsto tentativo di conciliazione o di transazione al fine di raggiungere un accordo tra le parti; se il tentativo ha esito positivo, si forma apposito verbale che ha efficacia di titolo esecutivo. Il rifiuto della proposta del giudice senza giustificato motivo costituisce comportamento valutabile dal giudice ai fini del giudizio (art. 420, co. 1-3, c.p.c.). La seconda fase del giudizio è solo eventuale: si tratta di un'opposizione al decreto che, proposta entro il termine di 15 giorni, conduce a un giudizio a cognizione piena disciplinato con le forme del rito del lavoro.

Il dato maggiormente peculiare del procedimento è senz'altro quello che si riferisce alla legittimazione attiva. Infatti, rispetto all'art. 28 St. Lav., nel quale la stessa è riconosciuta agli

organismi locali delle associazioni sindacali nazionali che vi abbiano interesse, in questo caso il lavoratore è libero di conferire la delega a qualsiasi organizzazione sindacale senza alcun filtro selettivo. Anzi, la facoltà del lavoratore è molto ampia, potendo scegliere pure organizzazioni e associazioni rappresentative dell'interesse leso ovvero lo stesso consigliere di parità. Anche la struttura della norma è aperta per quanto concerne le discriminazioni: infatti richiama tanto le discriminazioni poste in essere in violazione dei divieti specificamente indicati dal capo II, titolo primo, libro III del Codice delle pari opportunità e dall'art. 11 D.lgs. 66/2003 in materia di lavoro notturno, quanto quelle nell'accesso al lavoro, nella promozione e formazione professionale, nelle condizioni di lavoro, compresa la retribuzione, nonché in relazione alle forme pensionistiche complementari.

E' evidente che l'apparato sanzionatorio correlato all'azione speciale *ex* art. 38 d.lgs. n. 198/2006, almeno *prima facie*, risulta essere più incisivo di quello previsto dall'azione individuale ordinaria, e ciò in quanto quest'ultima si limita all'accertamento dell'esistenza dell'atto discriminatorio e alla rimozione dello stesso, senza produrre effetti costitutivi in ordine al rapporto di lavoro del soggetto pregiudicato, non garantendo quindi l'acquisizione del beneficio negato per motivi discriminatori.

Tuttavia, nel caso dell'art. 38, va considerata sia l'assenza di qualsiasi specificazione del contenuto che deve assumere il provvedimento emesso in favore di chi sia ritenuto vittima della discriminazione, sia la circostanza che la definizione delle forme di rimozione degli effetti della discriminazione è a sua volta rimessa interamente alla discrezionalità del giudice, coi conseguenti problemi che andremo a verificare in ordine agli effetti che simile indeterminato spazio di manovra finisce per creare, tradottisi in questi anni in una sorte di giustizia del caso concreto, tutta rimessa alla sensibilità del giudicante, coi relativi squilibri e sbalzi, ad esempio in materia di risarcimento e sanzione dei comportamenti discriminatori.

Del resto, un implicito riconoscimento da parte del legislatore dei dubbi sull'effettività della tutela civile connessa all'azione *ex* art. 38, finisce per rinvenirsi anche nella previsione - per il caso di inottemperanza agli obblighi contenuti nel provvedimento giudiziale - di sanzioni penali di natura compulsoria, giustificate dall'incoercibilità diretta delle condotte infungibili, e coercitive indirette di natura patrimoniale, evidentemente introdotte dal legislatore per ovviare al fatto che nel rapporto di lavoro l'interesse del lavoratore non è esclusivamente patrimoniale, ma ha anche natura personale e quindi non si soddisfa esclusivamente con un equivalente monetario.

4. L'azione individuale ex art. 28 d.lgs. 150/2011 avverso le discriminazioni fondate su altri fattori.

Contro le discriminazioni fondate sull'art. 44 D.lgs. 286/1998 (per motivi razziali, etnici, linguistici, nazionali, di provenienza geografica o religiosi), sull'art. 4 D.lgs. 215/2003 (per razza o origine etnica), sull'art. 4 D.lgs. 216/2003 (per religione, convinzioni personali, handicap, età e orientamento sessuale), sull'art. 3 l. 67/2006 (per disabilità) e sull'art. 55 *quinquies* D.lgs. 198/2006 (per ragioni di sesso nell'accesso a beni e servizi e loro fornitura), la tutela giurisdizionale esperibile è prevista dall'art. 28 del D.lgs. n. 150/2011 il quale, inspiegabilmente, non include nel novero quelle fondate sul genere. Resta oscura la ragione di questa esclusione, probabilmente attribuibile ad un banale (ma assai grave) difetto di coordinamento fra le discipline, e ciò anche in considerazione dell'inserimento all'interno dell'art. 28, oltre agli altri fattori di discriminazione contemplati dalle normative speciali, esclusivamente delle ipotesi di violazione dei divieti di cui all'art. 55 *ter*, D.lgs. n. 198/2006, cioè specificamente delle discriminazioni, dirette o indirette, fondate sul sesso e relative all'accesso a beni e servizi e alla loro fornitura. Questa situazione, come avremo modo di vedere, ha prodotto nell'elaborazione giurisprudenziale l'effetto, forse finalisticamente corretto ma processualmente ardito, di far convergere le due procedure attraverso i soli strumenti a disposizione del giudice allo scopo di garantire effettività al diritto leso.

In linea generale, comunque, è l'art. 28 (di recente modificato dall'art. 15, co. 3, lett v), n. 1, D.lgs. n. 149/2022) la disposizione regolamentare che, adottata nel solco del generale meccanismo "taglia riti" voluto dal decreto, contempla il medesimo procedimento per tutte le varie fattispecie sopra richiamate. L'unica differenza che permane tra le varie ipotesi di condotte discriminatorie è quella che faculta l'interessato, relativamente agli atti e ai comportamenti di cui ai D.lgs. 215 e 216 del 2003, a ricorrere preventivamente, nell'ambito dei rapporti di natura privatistica, alle procedure di conciliazione contemplate dai contratti collettivi ovvero al tentativo di conciliazione ai sensi dell'art. 410 del c.p.c. e invece, in quello del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche, al procedimento dell'art. 66 del D.lgs. 165/2001, anche tramite le associazioni di cui all'art. 5. Resta infine conservata la giurisdizione del giudice amministrativo per il personale di cui all'art. 3 del D.lgs. 165/2001 (ult. comma di entrambi gli artt. 4).

Sebbene all'interno dell'art. 28 non sia previsto alcun espresso richiamo alla possibilità di esperire l'azione individuale ordinaria, come invece stabilito dall'ultimo comma dell'art. 38 del D.lgs. n. 198/2006, si deve presumere che, anche in presenza di discriminazioni fondate su altri fattori, sia consentita l'alternatività tra le due azioni di diversa natura. D'altro canto, è lo stesso art. 15 St. Lav. ad estendere l'azione di nullità, ivi contemplata, alle altre ipotesi di discriminazioni.

Fino all'entrata in vigore della l. 29 dicembre 2022, n.197 (cd. riforma Cartabia), il procedimento ex art. 28 D.lgs. n. 150/2011 era incluso tra quelli sottoposti al rito sommario di cognizione ai sensi dell'art. 702 *bis* c.p.c. In ambito civilprocessualistico, quindi, ci si era sovente interrogati sul rapporto e sull'applicabilità di questa procedura alle controversie assoggettate alla competenza del giudice del lavoro. Il dubbio sorgeva in considerazione della formulazione dell'ormai abrogato art. 702 *bis* c.p.c. che non solo circoscriveva l'operatività del rito alle sole cause di competenza del tribunale in composizione monocratica, ma soprattutto perché il comma 2 dell'art. 702 *ter* c.p.c. accordava al giudice la possibilità, a fronte a richieste istruttorie più complesse, di disporre il mutamento del rito, fissando apposita l'udienza *ex* art. 183 c.p.c. (la quale com'è noto, non è invece prevista nel rito del lavoro). Dopo qualche incertezza iniziale, dottrina e giurisprudenza avevano comunque concluso per l'inapplicabilità del procedimento sommario alle controversie in materia di lavoro, sul presupposto della specialità di questi procedimenti, a loro volta già ispirati alla concentrazione delle attività, ovviamente ridondante in seno ad un altro processo sommario di cognizione. Con la riforma Cartabia, tuttavia, quest'ultimo, com'è noto, è stato abrogato per essere sostituito da quello semplificato di cognizione regolato dagli artt. 281 *decies* e ss. c.p.c., inseriti all'interno del nuovo capo III *quater* del titolo I del libro II del codice di rito.

La nuova procedura sembra perciò maggiormente coerente rispetto allo scopo prefissato, che è quello di introdurre un procedimento snello ed alternativo al rito ordinario, sia pure analogo nelle caratteristiche di fondo a quello del lavoro, per consentire una più rapida ed efficiente trattazione delle controversie caratterizzate da una minore complessità della lite e/o dell'istruttoria. Infatti, la disciplina del nuovo rito si contraddistingue per maggiore completezza e congruità rispetto a quella dell'abrogato procedimento semplificato, destando così anche minori dubbi e perplessità nella sua interpretazione sistematica e concreta applicazione. Tanto emerge, innanzitutto, dalla chiara collocazione sistematica dell'istituto, che è stato posto all'interno del Libro II del codice di rito, con l'attribuzione di un *nomen iuris* da parte del legislatore che chiarisce inequivocabilmente come il procedimento semplificato di cognizione non sia sussumibile tra quelli speciali ed è contraddistinto da una cognizione piena ed esauriente, dando vita ad un rito completamente alternativo a quello ordinario. A questo si deve aggiungere la perfetta comunicabilità fra rito ordinario e rito semplificato, realizzata generalizzando la facoltà per il giudice – in considerazione della complessità della lite e dell'istruttoria – di disporre il mutamento del rito.

In questa scelta della novella si coglie appieno la determinazione di superare i formalismi interpretativi che, nella vigenza dell'art. 702 *bis* c.p.c. e delle relative disposizioni in tema di tassatività nella scelta del rito, erano sorti, trovando peraltro conferma nella stessa giurisprudenza della Cassazione. Infatti, anche di recente (ma ovviamente con riferimento al previgente quadro

normativo), era stato sostenuto che, ferma la possibilità di optare per il rito del lavoro, l'eventuale opzione per il procedimento speciale precludesse di accedere alle regole processuali e sostanziali del rito del lavoro. Con la conseguenza che se, rispetto ad una causa, questioni discriminatorie e di lavoro si sovrapponevano, era concessa la scelta tra l'uno e l'altro rito (come peraltro ora consente l'art. 441 *quater* c.p.c. in ambito di licenziamenti). Tuttavia, una volta scelto il rito, non vi potevano essere estemporanee interpolazioni col conseguente obbligo di osservare le regole proprio del processo in concreto instaurato (Cass. n. 30843/2023).

Simile conclusione, e la soluzione adottata, dimostra che l'unica strada per superare gli inceppi della tutela antidiscriminatoria – se non si vuole scegliere di procedere attraverso alchimie interpretative – resta quella di operare il definitivo superamento delle singole procedure per arrivare ad un unico meccanismo processuale, l'unico in grado di garantire una strada più facile e soprattutto certa per i soggetti discriminati. Ma siamo ancora lontani da questa prospettiva, come vedremo più volte in seguito. Infatti, la stessa novellata azione *ex* art. 28 risulta connotata da ulteriori elementi distintivi che a loro volta la rendono "speciale" finanche rispetto a quella del rito semplificato. Ci si riferisce, più precisamente, sia all'attenuazione dell'onere probatorio tipica del *favor lavoratoris* a cui si ispirano tutti i procedimenti avverso le discriminazioni sui luoghi di lavoro, ma anche alle semplificazioni e alle facilitazioni in tema di competenza per territorio, determinata in relazione al luogo ove il ricorrente ha il proprio domicilio, nonché alla facoltà di autodifesa (norma che ha poca consuetudine nel nostro sistema processuale), che accorda alle parti la possibilità di stare personalmente in giudizio, non essendo necessaria l'assistenza di un legale almeno per il primo grado di giudizio.

Il provvedimento con cui si conclude il giudizio, oggi, deve assumere la forma della sentenza con la quale il giudice "può" condannare il convenuto al risarcimento del danno anche non patrimoniale e ordinare la cessazione del comportamento, della condotta o dell'atto discriminatorio pregiudizievole adottando, anche nei confronti del datore di lavoro pubblico, ogni altro provvedimento ritenuto idoneo a rimuoverne gli effetti.

Ci troviamo, quindi, dinanzi a una decisione che può avere un contenuto sia risarcitorio che inibitorio (sulle cui problematiche si v. *infra*). La formulazione della norma, in termini di possibilità, sembra dunque voler ammettere che, all'accoglimento del ricorso, non consegua necessariamente il risarcimento del danno e l'ordine di rimozione degli effetti. Questo diversamente dalla pregressa formulazione dell'art. 4, comma 5, dei D.lgs. nn. 215 e 216 del 2003, con la quale il giudice - se richiesto dalla parte - condannava il convenuto al risarcimento del danno anche non patrimoniale e ordinava la cessazione del comportamento, della condotta o dell'atto discriminatorio pregiudizievole,

adottando pure nei confronti della pubblica amministrazione ogni altro provvedimento utile a eliminare le conseguenze.

Natura accessoria invece va senz'altro riconosciuta alla previsione che il giudice possa ordinare l'adozione di un piano per la rimozione delle discriminazioni accertate, da redigere entro un termine fissato nel provvedimento, che si proietta a tutela di situazioni future al fine di impedire la ripetizione della discriminazione. Il piano, nei casi di comportamento discriminatorio di carattere collettivo, è adottato sentito l'ente collettivo ricorrente. Il giudice inoltre può ordinare la pubblicazione del provvedimento, per una sola volta e a spese del convenuto, su di un quotidiano di tiratura nazionale.

In ipotesi di accertamento della sussistenza degli atti e comportamenti discriminatori nei giudizi di cui ai D.lgs. 215 e 216 del 2003 trova applicazione, altresì, l'art. 44, co. 11, D.lgs. n. 286/1998.

Ai fini della liquidazione del danno, con evidente finalità sia preventiva che sanzionatoria, è espressamente previsto che si tenga conto del fatto che l'atto o il comportamento discriminatorio costituiscano ritorsione rispetto ad una precedente azione giudiziale ovvero ingiusta reazione ad una precedente attività del soggetto leso, volta ad ottenere il rispetto del principio di parità di trattamento.

5. Le azioni pubbliche di contrasto alle discriminazioni di genere.

La previsione di un'azione pubblica (istituzionale), autonomamente promuovibile (in via ordinaria o di urgenza *ex* art. 37 del Codice delle pari opportunità) dai consiglieri di parità regionali competenti per territorio e, nei casi di rilevanza nazionale, dal consigliere nazionale - i quali possono anche scegliere, in alternativa alla via giudiziaria, il ricorso alla conciliazione - rafforza senz'altro la tutela contro le discriminazioni di genere di carattere collettivo.

E questo trova conferma nel fatto che la legittimazione dei consiglieri ha carattere pubblicistico e l'esercizio del potere di azione è doveroso e non facoltativo, similmente a quel che accade in materia ambientale. Invece, non è altrettanto chiaro se l'interesse ad agire dei consiglieri sia pubblico o privato-collettivo. Infatti, per un verso, considerata l'attribuzione della legittimazione processuale in capo ad un soggetto istituzionale, si potrebbe propendere per la sua qualificazione come "pubblico" ma, dall'altro, la lesione del principio di non discriminazione non pare potersi qualificare come interesse pubblico, se non altro perché sul piano dei rapporti interprivati – quali pacificamente sono quelli di lavoro - discendono interessi a titolarità individuale o collettiva. Né la

circostanza che la discriminazione riguardi una collettività di lavoratori può mutare la natura dell'interesse da privato in pubblico. In definitiva, la discrasia tra titolarità dell'interesse sostanziale (privato-collettivo) e legittimazione in giudizio dei consiglieri (soggetti pubblico-istituzionali) finisce per trovare la sua spiegazione più consapevole in ragioni di opportunità, riconoscendone la loro peculiare capacità di essere strumento di tutela d'interessi di rilevanza superindividuale.

Gli stessi soggetti, laddove ritengano di non avvalersi di tale procedura o in caso di esito negativo della stessa, possono agire, con ricorso, davanti al tribunale in funzione di giudice del lavoro o al tribunale amministrativo regionale territorialmente competente in presenza di atti, patti o comportamenti discriminatori, diretti o indiretti, di carattere collettivo adottati "in violazione dei divieti di cui al capo II del presente titolo o comunque nell'accesso al lavoro, nella promozione e nella formazione professionale, nelle condizioni compresa la retribuzione, nella progressione di carriera, nonché in relazione alle forme pensionistiche complementari collettive di cui al D.lgs. n. 252/2005, anche quando non siano individuabili in modo immediato e diretto le lavoratrici o i lavoratori lesi dalle discriminazioni".

Nel giudizio ordinario, il giudice, con la sentenza che accerta le discriminazioni, oltre a provvedere, se richiesto, al risarcimento del danno anche non patrimoniale, ordina all'autore della discriminazione – fissando la relativa tempistica di esecuzione - di predisporre un piano di rimozione delle discriminazioni accertate, sentite, nel caso si tratti di datore di lavoro, le rappresentanze sindacali aziendali ovvero, in loro mancanza, gli organismi locali aderenti alle organizzazioni sindacali di categoria maggiormente rappresentative sul piano nazionale, nonché i consiglieri di parità regionale o nazionale (art. 37, co. 3).

E' altresì prevista la possibilità di riconoscere alla tutela giudiziaria in via d'urgenza innanzi alla medesima autorità giudiziaria di quella ordinaria (art. 37, co. 4). La procedura ha le medesime caratteristiche di quelle cautelari atipiche (ad es. art. 28 St. Lav.) con la peculiarità che in questo caso il giudice, se richiesto, provvederà anche al risarcimento del danno nei limiti della prova fornita, oltre ad ordinare all'autore della discriminazione la cessazione del comportamento pregiudizievole e ogni altro provvedimento idoneo alla rimozione degli effetti delle discriminazioni accertate, ivi compresa l'adozione di un piano di rimozione delle stesse. Sempre sulla falsariga del modello processuale cautelare, contro il decreto è ammessa, entro quindici giorni dalla comunicazione alle parti, opposizione avanti alla medesima autorità giudiziaria territorialmente competente. La tutela davanti al giudice amministrativo è invece disciplinata dall'articolo 119 del codice del processo amministrativo.

La differenza tra ricorso ordinario o in via d'urgenza dunque è fondata essenzialmente sulla rapidità della decisione, sulla maggiore ampiezza dell'inibitoria nel secondo caso, che pacificamente discende dalla necessità di preservare le ragioni d'urgenza a fondamento dell'istanza.

Un altro elemento di differenza da segnalare infine è collegato al fatto che il giudizio instaurato sulla base dell'azione istituzionale autonoma conduce ad un ordine del giudice di definizione di un piano collettivo di rimozione degli effetti discriminatori, scadenzato nel tempo, e non necessariamente definito di obblighi di assunzione delle lavoratrici, mentre in quello d'urgenza opera un'inibitoria al cui interno resta compreso l'ordine di definizione di rimozione delle discriminazioni con le relative previsioni anche operative.

Accanto alle più consuete previsioni sanzionatorie di carattere generale merita di essere sottolineata la disposizione che prevede il pagamento di una somma (51 euro) per ogni giorno di ritardo nell'esecuzione del provvedimento da versarsi al Fondo di cui all'art. 18 (Fondo per l'attività dei consiglieri di parità) e soprattutto – con una interessante forma di coazione indiretta all'osservanza dell'ordine giudiziale – la revoca dei benefici di cui all'art. 41, comma 1, del Codice delle pari opportunità.

In definitiva, affidare a figure istituzionali il contrasto, anche giudiziario, delle discriminazioni appare una soluzione efficace e conforme con le direttive comunitarie in materia, ancor di più se si consideri che il legislatore nazionale a questo non è stato direttamente obbligato dalle direttive stesse. Infatti, le azioni promosse dagli enti esponenziali, consentendo l'emersione di interessi altrimenti privi di tutela, rappresentano uno straordinario apporto alla causa principale della discriminazione, ovvero la mancata rappresentatività a livello sociale, culturale e politico dei gruppi discriminati e dei loro interessi.

6. L'azione collettiva contro le discriminazioni non di genere.

Il sistema delle azioni antidiscriminatorie affida un'importante funzione ai soggetti collettivi che si esercita in vari modo e in varie forme.

Infatti, l'azione, tanto nelle discriminazioni non di genere che in quelle di genere, può essere proposta, per delega del lavoratore, ma l'art. 36 CPO prevede poi che i consiglieri di parità provinciali o regionali, oltre ad avviare l'azione (nelle discriminazioni collettive con le forme stabilite dell'art. 37) autonomamente ovvero per delega dei discriminati, possono anche intervenire direttamente nei giudizi promossi dalla persona che vi abbia interesse (art. 36, co. 2, CPO).

Ancora. Nelle azioni a tutela di discriminazioni relative alla razza e all'etnia (D.lgs. 215/2003, art. 5, co. 1), il lavoratore può rilasciare delega, per atto pubblico o scrittura privata autenticata a pena di nullità, alle associazioni e agli enti inseriti in un apposito elenco, approvato dal Ministero per le

pari opportunità e individuati sulla base delle finalità programmatiche e della continuità dell'azione. Naturalmente resta ferma anche qui la possibilità che le stesse associazioni possano anche spiegare intervento a sostegno del soggetto passivo della discriminazione.

Questi stessi soggetti collettivi sono poi legittimati ad agire pure nei casi di discriminazione collettiva qualora non siano individuabili in modo diretto e immediato le persone lese dalla discriminazione (art. 5, comma 2, D.lgs. 215/2003) e sono altresì titolari anche di una tutela risarcitoria, almeno secondo parte della giurisprudenza (Cass. n. 19443/2018). Con l'entrata in vigore del d.l. n. 59/2008, convertito in l. n. 101/2008 (art. 8-*sexies*, co. 1), che ha introdotto l'art. 4 *bis* al D.lgs. n. 215/2003, la medesima legittimazione è ora accordata anche a protezione delle vittime di discriminazioni dirette o indirette in presenza di qualsiasi azione adottata quale reazione ad un'attività diretta ad ottenere parità di trattamento. A sua volta l'Unar - oltre a svolgere, nel rispetto delle prerogative e delle funzioni dell'autorità giudiziaria, inchieste al fine di verificare l'esistenza di fenomeni discriminatori (art. 7, co. 2, lett. b) – può fornire assistenza nei procedimenti giurisdizionali o amministrativi intrapresi dalle persone che si ritengano lese da comportamenti discriminatori, anche secondo le forme di cui all'art. 425 c.p.c. (richiesta di informazioni e osservazioni alle associazioni sindacali) (art. 7, co. 2, lett. a).

Infine, per le altre fattispecie di discriminazioni (per motivi di religione, convinzioni personali, handicap, età e orientamento sessuale), il D.lgs. n. 216, all'art. 5, stabilisce che le organizzazioni sindacali, le associazioni e le organizzazioni rappresentative del diritto o dell'interesse leso, in forza di delega rilasciata per atto pubblico o scrittura privata, a pena di nullità, sono legittimate ad agire in nome e per conto o a sostegno del soggetto passivo della discriminazione e dei suoi familiari, anche a protezione delle vittime (artt. 4 e 4 *bis* del d.lgs. n. 216), nei confronti della persona fisica o giuridica cui è riferibile il comportamento o l'atto discriminatorio (così nel testo modificato con l. n. 238/2021 art. 1, co. 1 lett. d). Anche in questo contesto le medesime organizzazioni collettive sono legittimate in presenza di discriminazioni collettive per le quali non siano individuabili, in modo diretto e immediato, le persone lese dalla discriminazione (art. 5, co. 2, d.lgs. 216/2003). Del pari, pure in tema di discriminazioni non di genere, l'Unar è chiamato a svolgere i medesimi compiti (art. 5 *bis*, inserito dalla l. n. 238/2021).

In questo contesto - giusto per non contraddire il caos normativo che purtroppo si registra in materia - l'art. 44, co. 10, D.lgs. n. 286 del 1998 (di disciplina delle discriminazioni per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi), nella parte non abrogata dal D.lgs. n. 150/2011, a sua volta prevede che, in presenza di condotte datoriali discriminatorie di carattere collettivo, anche qualora non siano individuabili in modo immediato e diretto i lavoratori lesi dalle discriminazioni, il ricorso

può essere presentato dagli organismi locali delle organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative a livello nazionale.

Il coordinamento tra le differenti previsioni in materia di legittimazione collettiva può trovarsi unicamente presupponendo che l'ambito dei soggetti legittimati per le discriminazioni collettive sia stato ampliato dai D.lgs. n. 215 e 216. Ed è questo l'orientamento che è stato fatto proprio da recenti sentenze che si sono andate focalizzando in relazione alla posizione dei soggetti collettivi nell'ambito del contrasto alle discriminazioni non di genere (Cass. n. 19443/2018), muovendo dal presupposto che l'attuale formulazione dell'art. 5 derivi dalle modifiche ad esso apportate dapprima dall'art. 2, D.Lgs. n. 256 del 2004 e successivamente dall'art. 8-*septies*, D.L. n. 59 del 2008, di ampliamento dell'area dei soggetti legittimati ad agire.

Dunque, anche nel contesto lavorativo, mentre in precedenza la legittimazione attiva restava circoscritta esclusivamente in capo alle rappresentanze locali delle organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative a livello nazionale, ora la stessa deve ritenersi attribuita, più largamente, a tutte le organizzazioni sindacali, alle associazioni ed alle organizzazioni sindacali che abbiamo assunto la rappresentanza del diritto o dell'interesse leso. Il fondamento di questa estensione trova ragione direttamente nella interpretazione che dev'essere tratta dai precetti contenuti nella Direttiva n. 2000/78/CE, come pure nella stessa legge nazionale. Infatti, se è noto che non tutte le associazioni possano agire per conto altrui, oppure vantare una posizione giuridica soggettiva propria, è altrettanto pacifico che questa possibilità sorge per quelle che sono titolari di un potere direttamente delegato dal titolare del diritto soggettivo, cui sia riconoscibile un interesse legittimo a garantire che le disposizioni della Direttiva siano rispettate ovvero, ai sensi della normativa interna, siano rappresentative del diritto o dell'interesse leso. La tutela predisposta dalla Direttiva e dal provvedimento di attuazione contro le condotte discriminatorie sul lavoro - non ponendosi come interesse diffuso - appartiene al soggetto che le subisca e non alla collettività, onde il primo è l'unico legittimato a farla valere alla stregua delle regole generali. Nel caso poi la discriminazione risulti attuata verso un'intera collettività di soggetti coinvolti fra quelle cui la disciplina intende offrire tutela – e non sia possibile individuarli *nominatim* - subentra l'autonoma fattispecie legittimante posta dall'art. 5, comma 2, D.Lgs. n. 216/2003. Ed è questa la ragione per la quale la norma, dopo aver contemplato, al primo comma, la figura ordinaria della delega conferita all'associazione perché possa rappresentare in giudizio l'interesse di un soggetto determinato, ha poi ritenuto, in ragione della natura esponenziale degli interessi contro la discriminazione, di attribuire direttamente alla stessa, al secondo comma, rappresentanza *ex lege* per conto di una collettività indeterminata avente analoghe caratteristiche.

Si tratta dello sviluppo del ragionamento che, in materia di associazione privata, viene posto in generale e che distingue il caso in cui l'associazione agisca facendo valere un diritto altrui in forza di delega degli interessati da quello in cui invece operi quale portatrice diretta di un interesse collettivo a cui fa direttamente capo quale c.d. ente esponenziale. L'ipotesi dunque è quella in cui l'associazione non rappresenta *ex ante* una posizione soggettiva in capo ai singoli, ma sussiste una posizione sostanziale ad essa direttamente riferibile, quale 'derivazione' di un interesse diffuso, per sua natura adespota.

Altro è poi il rilievo che l'esigenza di un interesse qualificato risponde comunque a criteri di selezione razionale dei soggetti idonei a far valere un diritto in giudizio, onde evitare l'espansione eccessiva dei legittimati, anche quando il fine primario sia propriamente altro rispetto a quello di farsi portatori di un interesse prima diffuso.

In questo contesto la scelta del legislatore di non individuare con inequivoca chiarezza - ad esempio mediante l'iscrizione in un registro, albo o elenco - le associazioni rappresentative di dati interessi, sulla base di precisi requisiti, come, invece, accaduto per altri settori (ad esempio l'elenco *ex* art. 5 D.Lgs. 9 luglio 2003, n. 215, di attuazione della Direttiva 2000/43/CE, con riguardo alla discriminazione a causa della razza; l'art. 52, comma 1, lett. a), D.P.R. 31 agosto 1999, n. 394, in tema di registro delle associazioni, degli enti e degli altri organismi privati che svolgono le attività a favore degli stranieri immigrati; gli artt. 137 e 139 D.Lgs. 6 settembre 2005, n. 206, in materia di Codice del consumo oppure formalmente individuate dalla pubblica amministrazione), pur potendo apparire contraddittoria, può anche condividersi quale espressione della natura aperta della condotta potenzialmente produttrice di discriminazione.

Ad ogni modo, mancando un sicuro criterio formale di attribuzione della legittimazione attiva, la stessa va individuata, volta per volta, attraverso una doppia indagine, da compiere, in base al meccanismo previsto dall'art. 5, comma 2, D.Lgs. n. 216/2003, sulla scorta di queste circostanze: a) impossibilità di individuare direttamente il soggetto o i soggetti singolarmente discriminati; b) sussistenza di rappresentatività dell'associazione rispetto all'interesse collettivo in questione.

Dal punto di vista operativo, il requisito *sub* a) postula che la discriminazione, in quanto in violazione della parità di trattamento sul lavoro, abbia colpito una categoria indeterminata di soggetti, rientrante nel disposto dell'art. 2 D.Lgs. n. 216/2003. Quello invece *sub* b) - con una valutazione che peraltro trova conforto anche nelle indicazioni della Corte di Giustizia - va verificato sulla base dell'esame dello statuto associativo, il quale dovrà univocamente contemplare la tutela dell'interesse collettivo assunto a scopo dell'ente, che di esso si ponga quale esponenziale: dunque, deve trattarsi di un interesse proprio dell'associazione, perché in connessione immediata con il fine statutario, cosicché la produzione degli effetti del comportamento controverso si risolva in una lesione diretta

dello scopo istituzionale dell'ente, il quale contempli e persegua un fine ed un interesse, assunti nello statuto a ragione stessa della propria esistenza e azione, come tale oggetto di un diritto proprio dell'ente stesso.

L'ultima notazione che merita di essere svolta riguarda la circostanza che, ai fini della legittimazione attiva degli enti esponenziali, non è necessario che i soggetti portatori degli interessi lesi siano effettivamente parte delle associazioni che agiscono in giudizio, essendo invece sufficiente che alcuni di essi vi siano iscritti. Analogamente non occorre che il ricorrente alleghi casi concreti di discriminazione relativi a soggetti specifici, se non altro perché l'autonoma fattispecie di legittimazione attiva prevista dal comma 2 dell'art. 5 opera proprio quando è impossibile individuare in maniera diretta e specifica il soggetto o i soggetti portatori dell'interesse leso.

7. L'onere della prova nei processi contro le discriminazioni: gli indirizzi delle Direttive comunitarie e l'azione della Corte di Giustizia.

Nel Preambolo della Direttiva di rifusione n. 2006/54/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 5 luglio 2006, riguardante l'attuazione del principio di pari opportunità e di parità di trattamento fra uomini e donne in materia di occupazione e impiego, si legge che "l'adozione di norme sull'onere della prova contribuisce in modo significativo a che il principio della parità di trattamento possa essere applicato efficacemente". Al contempo, la Direttiva, ferma la competenza dell'organo nazionale nella valutazione dei fatti dai quali presumere una discriminazione, onera espressamente gli Stati membri a prevedere, in qualunque fase del procedimento, un regime probatorio più favorevole alla parte attrice (n. 30 dei *considerando*). Su questa premessa, nel solco degli interventi della Corte di giustizia, imporre l'onere della prova a carico della parte convenuta quando sussista una ragionevole presunzione di una discriminazione, diretta o indiretta, per il legislatore comunitario rappresenta evidentemente una specifica e centrale finalità.

Non poteva esserci affermazione più icastica per segnalare la rilevanza del processo e delle regole sul riparto delle prove allo scopo di garantire l'effettività delle tutele e dei diritti e delle stesse regole speciali per raggiungere l'obiettivo di ottenere risultati concreti in un terreno complesso come quello della discriminazione.

Prima di approfondire l'analisi nazionale quindi sembra opportuno esaminare, sia pure brevemente, il diritto del lavoro dell'Unione europea in materia, nel quale va individuata la genesi stessa del diritto antidiscriminatorio e ancor di più la sua evoluzione ed ampliamento.

Come ricordato, l'art. 19 della Direttiva n. 2006/54/CE - che ha riprodotto il testo dell'art. 4 della Direttiva 97/80/CE sull'onere della prova della discriminazione per motivi di genere – prescrive agli Stati membri di introdurre un regime probatorio favorevole al soggetto discriminato per il genere. Nello specifico la Direttiva stabilisce (par. 1) che gli Stati membri, secondo i loro sistemi giudiziari, "adottano i provvedimenti necessari affinché spetti alla parte convenuta provare l'insussistenza della violazione del principio della parità di trattamento ove chi si ritiene leso dalla mancata osservanza nei propri confronti di tale principio abbia prodotto dinanzi ad un organo giurisdizionale, ovvero dinanzi ad un altro organo competente, elementi di fatto in base ai quali si possa presumere che ci sia stata discriminazione diretta o indiretta". Prevedono misure simili anche l'art. 8 della Direttiva del Consiglio 29 giugno 2000, 2000/43/CE, in materia di parità di trattamento fra le persone indipendentemente dalla razza e dall'origine etnica (attuata dal D.lgs. n. 215/2003) e l'art. 10 della Direttiva del Consiglio 27 novembre 2000, 2000/78/CE, che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro fatta propria dal diritto interno col D.lgs. n. 216/2003).

Il riferimento nel Preambolo della Direttiva n. 2006/54 alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea non è casuale, trattandosi del vero *primum movens* della materia. La Corte di Giustizia, infatti, da un lato, ha elaborato nel corso tempo un *corpus* normativo di natura giudiziaria - noto come «principi generali» del diritto comunitario - avente ad oggetto la promozione dei diritti umani, che ha portato quello della non discriminazione ad assurgere a valore fondamentale dell'Unione. Dall'altro – sulla premessa della oggettiva difficoltà di dimostrare l'esistenza di una discriminazione - ha promosso la previsione di un regime probatorio favorevole alla parte che ne sia vittima, fornendo una variegata interpretazione del principio che, lungi dal risolversi con la semplice affermazione della diversa ripartizione dell'onere tra ricorrente e convenuto, è divenuta decisiva per enucleare principi applicativi alle numerose questioni che si pongono sul tema (per prima CGCE C-109/1988).

Tuttavia, va subito evidenziata la difficoltà di trovare nella giurisprudenza della Corte di giustizia risposte univoche sul funzionamento dell'onere della prova in quanto quest'ultima ha costantemente orientato le proprie decisioni in ragione della tipologia di discriminazione, concreta e astratta, che, di volta in volta, le si è posta di fronte. E questo ha posto non indifferenti problemi di coordinamento, plasticamente rappresentati dal noto caso "Accept", concernente le dichiarazioni del proprietario di una squadra calcistica circa il rifiuto di ingaggiare calciatori omosessuali (CGCE C – 81/2012). La Corte, in quell'occasione, ha riconosciuto che il datore di lavoro, per effetto dell'inversione dell'onere della prova, sarebbe stato posto dinanzi ad una *probatio diabolica:* per vincere la presunzione di discriminazione, e dunque dimostrare la correttezza del suo operato, sarebbe stato costretto necessariamente a violare le norme nazionali che vietano intrusioni superflue nella vita

privata altrui. La conseguenza è stata l'introduzione di un'ulteriore distinzione, precisando che il datore di lavoro può ricorrere a qualsiasi mezzo giuridico per dimostrare che la "politica" adottata non sia dipesa da discriminazioni per motivi di orientamento sessuale. Di conseguenza, mentre il datore – usufruendo così a sua volta di un alleggerimento del carico probatorio – nel caso in cui sia necessario tutelare la riservatezza del lavoratore, potrà limitarsi a dimostrare l'inesistenza di condotte illecite, dissociandosi esplicitamente da dichiarazioni discriminatorie, laddove invece non sia necessaria una violazione della *privacy* non potrà soltanto prendere le distanze da dichiarazioni discriminatorie, ma sarà tenuto a fornire elementi di prova ulteriori che valgano a discolparlo.

Quindi, volendo provare a trarre delle indicazioni puntuali dalle numerose decisioni della Corte di Giustizia, ma senza pretesa di completezza, si può evidenziare che: a) il discriminato è comunque tenuto ad allegare i fatti che rilevano per la discriminazione (CGCE C – 531/2015); b) nel caso di discriminazione indiretta, la Corte di Giustizia, operando in deroga a quanto normalmente dovrebbe avvenire, ammette che, a sostegno della discriminazione fondata sul sesso, l'attore possa limitarsi a fare riferimento a statistiche generali relative al mercato del lavoro qualora non abbia accesso - o lo abbia solo difficilmente - a statistiche o fatti che riguardano la sfera di applicazione della misura contestata e quindi la cerchia di persone che possono essere incluse nel raffronto (CGCE C – 274/2018); c) il termine di raffronto può essere anche un lavoratore "ipotetico e virtuale": una discriminazione diretta infatti non presuppone identità tra denunciante e vittima, mentre le vittime possono essere anche virtuali (CGCE C – 104/2010); d) sul presupposto che uno dei principali problemi per l'effettiva repressione delle discriminazioni sta proprio nella difficoltà del lavoratore di reperire informazioni, il rifiuto del convenuto rappresenta "uno dei fattori da prendere in considerazione nell'ambito dell'accertamento dei fatti dai quali si può presumere che vi sia stata una discriminazione diretta o indiretta" (CGCE C – 415/2010).

In ogni caso, seppure la valutazione dei fatti dai quali si può presumere che vi sia stata una discriminazione è questione che spetta alle autorità giudiziarie nazionali, la Corte è sempre intervenuta per verificare che il sistema consenta effettivamente di perseguire l'obiettivo del contrasto effettivo alla discriminazione.

Un significativo passo in avanti su queste tematiche si deve poi alla recente Direttiva (UE) 2023/970 del Parlamento europeo e del Consiglio del 10 maggio 2023, volta a rafforzare l'applicazione del principio della parità di retribuzione tra uomini e donne per uno stesso lavoro o per un lavoro di pari valore attraverso l'affermazione di un obbligo di trasparenza retributiva e l'individuazione dei relativi meccanismi di applicazione. Infatti, il legislatore comunitario, nell'operare un diretto riferimento ai principi posti con il *leading case* "Danfoss", ha offerto stavolta un elemento di indirizzo assai più puntuale, indicando precisi tasselli da porre alla base del giudizio

circa l'assolvimento dell'onere della prova in materia retributiva, funzionali ad individuare un ancoraggio più solido alla prova del discriminato e alla decisione dell'organo giudicante.

Infatti, la Direttiva, in analogia con quanto già previsto dall'art. 19 della Direttiva (CE) 54/2006, continua a contemplare un alleggerimento dell'onere della prova, chiedendo al lavoratore di fondare la propria azione giudiziale su presunzioni e assegnando al datore l'onere di provare l'insussistenza della discriminazione diretta o indiretta. Tuttavia, per la prima volta, introduce un'espressa inversione dell'onere probatorio, ponendolo interamente a carico del datore di lavoro nel caso in cui sia dimostrato semplicemente che quest'ultimo non ha ottemperato agli obblighi in materia di trasparenza retributiva, ad esempio rifiutandosi di fornire le informazioni richieste dai lavoratori o non comunicando informazioni, se del caso, sul divario retributivo di genere.

A queste condizioni, nei procedimenti amministrativi o giudiziari ad oggetto una discriminazione retributiva, diretta o indiretta, spetterà comunque al datore dimostrare che non vi è stata alcuna discriminazione. Simile facilitazione probatoria invece non troverà ingresso qualora il datore di lavoro dimostri che la violazione degli obblighi in questione sia stata manifestamente involontaria ovvero di lieve entità. Tuttavia, proprio questa precisazione – nonostante appaia evidentemente destinata ad assolvere la funzione di evitare l'innestarsi di contenziosi collegati a vicende dai contenuti, anche patrimoniali, di modesta portata – rende difficilmente resistibile l'osservazione che l'espressione utilizzata nella Direttiva, per la sua intrinseca indeterminatezza, inevitabilmente finirà per aprire a sua volta la strada a facili opposizioni, a loro volta fonte di contenzioso, stavolta funzionali a interpretare i concetti di "manifestamente involontario" e "di lieve entità".

L'art. 19 della Direttiva 2023/970, ad ogni modo, offre anche un ulteriore aspetto di peculiare interesse in quanto amplia l'ambito della discriminazione alla valutazione della disparità retributiva con riguardo ad uno stesso lavoro o a un lavoro di pari valore. Anzi, l'indagine e il relativo potere di intervento non viene circoscritto alle sole situazioni in cui si lavori per uno stesso datore. Infatti, il parametro di valutazione è rappresentato dalla "fonte unica" che stabilisce le condizioni retributive, intendendosi per fonte unica quella che stabilisce gli elementi di retribuzione pertinenti per il confronto tra lavoratori, indipendentemente anche dal fatto che costoro siano impiegati contemporaneamente al soggetto interessato. Ancora più significativo, pure in chiave prospettica, è infine la scelta di dare ingresso al cd. "riferimento non reale", cui si riconnette la cd. *situation testing*.

Infatti, il paragrafo 3 della Direttiva stabilisce ancora che laddove "non sia possibile individuare un riferimento reale, è consentito utilizzare qualsiasi altro elemento di prova per dimostrare una presunta discriminazione retributiva, comprese statistiche o un confronto sul modo in cui un lavoratore sarebbe trattato in una situazione analoga". In correlazione a questa disposizione va

pure letto il successivo art. 20 in tema di accesso alle prove, che impone agli Stati membri di consentire la divulgazione di qualsiasi elemento di prova pertinente e utile alla dimostrazione della discriminazione, offrendo per la prima volta una concreta risposta ai problemi di limitazione della divulgazione dei dati, e questo con l'evidente finalità di limitare gli effetti conseguenti alla ricordata sentenza "Accept".

La ricognizione compiuta è evidentemente utile per il prosieguo del nostro lavoro in quanto consegna degli elementi di analisi importanti anche se, in fondo, almeno parzialmente contraddittori.

Per un verso, appare chiara la spinta comunitaria verso l'accrescimento del sistema di tutela sostanziale del soggetto discriminato, che trova solido ancoraggio nell'incisivo intervento in tema di ripartizione dell'onere probatorio e forse ancor di più con l'introduzione delle nuove regole in materia di trasparenza. Però, al contempo, l'impianto comunitario – forse anche in ragione delle spinte contrastanti rinvenienti dai vari Paesi membri – finisce per articolarsi in un contesto dai contenuti oscillanti e incerti, contribuendo a quella carenza di sistematicità nella gestione di queste vicende che, come vedremo, influenzerà significativamente non solo il legislatore interno, ma forse in misura ancora maggiore la nostra giurisprudenza.

8. L'onere della prova nel processo civile: cenni.

Un'analisi della disciplina civilistica in tema di riparto dell'onere probatorio deve muovere da una premessa. Chi intendesse rinvenire ostacoli al regime probatorio di favore nei confronti dell'attore nell'ambito dei processi di discriminazione, considerandolo eccessivo o lesivo della parità delle parti nel processo, si troverebbe spiazzato dalla riflessione civilistica e dalla stessa prassi giurisprudenziale che invece ha sottolineato in modo positivo l'emersione del fenomeno e l'indubbia utilità di nuovi criteri dell'onere della prova, che "impongono di prendere atto del (parziale) tramonto dell'antica regola, dimostrando che persino norme basate su "principi" di ragione e rispondenti ad antichissime tradizioni siano inevitabilmente soggette all'erosione del tempo" (PATTI).

Anzi, può essere utile soffermarsi proprio su questi profili in quanto possono servire anche a risolvere (o meglio a servire da rete di protezione) questioni che si presentano aperte o problematiche pur in un sistema di prova delle discriminazioni definito legislativamente – ma in modo caotico e incompleto – nei suoi aspetti essenziali.

Sul piano civilistico è noto che l'erosione della regola dettata dall'art. 2697 c.c. è stata realizzata attraverso due tecniche giurisprudenziali: la prima è quella della vicinanza della prova; la seconda mediante la costruzione, più o meno formale, di presunzioni semplici *ex* art. 2729 c.c.

Il criterio della vicinanza della prova se, per un verso, è un'eccezione alla regola generale posta dall'art. 2697 c.c., per l'altro pare trovare fondamento in una norma specifica. Se ne ritrova un'esperienza diretta proprio nel processo del lavoro: nel caso del licenziamento per giustificato motivo oggettivo l'affermazione secondo cui incomberebbe sul lavoratore un onere di allegazione circa l'esistenza, nell'ambito della struttura aziendale, di posti di lavoro in cui potrebbe essere utilmente adibito" contrasta con l'oramai consolidata giurisprudenza di legittimità per la quale spetta invece al datore di lavoro l'allegazione e la prova dell'impossibilità di *repechage* del dipendente licenziato, senza che sul lavoratore incomba un onere di allegazione dei posti assegnabili: l'inversione peraltro è completa perché qui si parla sia di allegazione sia di prova (Cass. n. 2739/2024).

Quanto all'altra tecnica, il giudice – legittimato ad ammettere presunzioni gravi, precise e concordanti secondo il dettato dell'art. 2729 c.c. con riferimento alle circostanze del singolo caso sottoposto al suo esame – "configura presunzioni che si pongono sullo stesso piano di quelle legali perché trascendono le peculiarità della fattispecie per la quale di volta in volta trovano applicazione, presentano la caratteristica della generalità e dell'astrattezza delle norme giuridiche, non svolgono la funzione di risalire dal fatto noto a quello ignorato, bensì quello di ripartire l'onere della prova" (PATTI). Il giudice in taluni casi utilizza la presunzione semplice per invertire l'onere della prova, anche se non espressamente disposti dalla legge. Dunque, ancorché non pare corretto sostenere che si è in presenza di presunzioni di matrice giurisprudenziale, sta di fatto che la presunzione viene costruita con riguardo al caso concreto sulla base di una interpretazione dell'art. 2729 c.c. del tutto contraria alla sua formulazione letterale, in quanto si considera sufficiente un unico indizio, a volte senza garantire il contraddittorio tra le parti.

Altra questione è invece quella del soddisfacimento dell'onere probatorio. Rispetto all'art. 2697 c.p.c. ormai può dirsi acquisito il dato che, di frequente, si assiste ad un abbassamento dello *standard* di prova: infatti, tutte le volte in cui il giudice ritiene sufficiente che la prova soddisfi il parametro del "più probabile che non" o addirittura quello della cd. probabilità prevalente, non applica l'art. 2697 c.c. che avrebbe invece imposto di respingere la domanda o l'eccezione. Precisamente, a questo risultato giunge richiedendo alla parte di dimostrare con un certo grado di probabilità almeno il verificarsi del fatto dedotto, considerando sufficiente quanto per questa via allegato per ritenere fornita la prova, addirittura nel solco di quanto si verifica in esperienze giuridiche del tutto diverse come quelle di *common law*.

Al riguardo va peraltro ricordato che nel nostro ordinamento vige il principio di acquisizione della prova in virtù del quale, quando la stessa è legittimamente acquisita al processo, il giudice può trarre da essa ciò che serve per provare indifferentemente tutti i fatti allegati, chiunque sia il soggetto che ha preso l'iniziativa per introdurla nel processo.

L'inversione o l'attenuazione dell'onere della prova, in definitiva, costituiscono un'eccezione alla regola sulla ripartizione dell'onere che sorge tutte le volte in cui l'ordinamento intenda facilitare la tutela di uno specifico interesse, di una parte, addossando l'onere della prova sull'altra.

9. L'onere della prova nelle discriminazioni di genere.

In tema di discriminazioni di genere, il disposto dell'art. 40 del D.lgs. n. 198/2006 stabilisce che in presenza di "elementi di fatto, caratterizzati dai requisiti della precisione e della concordanza, opera la presunzione dell'esistenza di una discriminazione, imponendosi al datore l'onere della prova della sua insussistenza".

In sostanza, la parte che si ritiene discriminata è tenuta a dimostrare unicamente l'ingiustificata differenza di trattamento subito o anche solo una posizione di particolare svantaggio dovuta al fattore di rischio tipizzato dalla legge in termini tali da integrare una presunzione di discriminazione, la cui allegazione comporta lo spostamento dell'onere della prova in capo al convenuto, a sua volta tenuto a dimostrare che la differenza di trattamento non sia discriminatoria.

L'attenuazione dell'onere probatorio trova ingresso sia nelle azioni collettive, che in quelle individuali, sia in presenza di un'azione ordinaria, che nel caso di discriminazione di genere, diretta e indiretta, sia nel rito speciale, che in quello a cognizione sommaria. Infatti, a quest'ultimo proposito nessun elemento autorizza a ritenere che il regime probatorio possa applicarsi unicamente all'azione speciale, se non altro per contrarietà ai principi posti dal legislatore comunitario che, almeno in astratto, aspirano all'amalgama delle tutele.

Tuttavia, per valutare appieno le peculiarità del regime probatorio in tema di contrasto alle discriminazioni di genere occorre ricordare che, già nell'ambito dell'impianto civilprocessualistico, il regime delle presunzioni semplici prevede che l'inferenza tra fatto noto e fatto ignoto sia lasciato al prudente apprezzamento e all'esperienza del giudice chiamato ad utilizzare con attenzione l'espressione "gravi, precise e concordanti". E in particolare, il giudice è tenuto ad esplicitare qual è "la regola che lo porta dal fatto noto a quello ignoto, per cui sia possibile controllare l'effettiva esistenza della massima di esperienza, come *id quod plerumque accidit*, all'interno di quella realtà,

in quel certo tempo. Il plurale usato dal legislatore non deve trarre in inganno: non si deve credere che le presunzioni debbano essere necessariamente più di una. Se il nesso interferenziale è forte, anche una sola presunzione è sufficiente" (LUISO).

Nel solco della Direttiva comunitaria n. 2006/54/CE in materia di pari opportunità nei rapporti di lavoro e dell'interpretazione che ne è stata offerta dalla Corte di Giustizia, come sopra rimandati, l'art. 40, a proposito dei comportamenti datoriali discriminatori fondati sul sesso, configura l'attenuazione del regime probatorio ordinario in favore della parte ricorrente come strumento concreto e idoneo per superare le difficoltà di dimostrare che la differenza di trattamento sia basata su di un oggettivo motivo di discriminazione.

Vale la pena ricordare che, all'indomani dell'entrata in vigore della norma, lo schema probatorio ivi contenuto aveva sollevato non pochi dubbi ricostruttivi in seno alla dottrina, polarizzatasi in due tesi opposte. Secondo una prima interpretazione, la norma sottendeva una vera e propria inversione dell'onere della prova, mentre un altro filone reputava che la ripartizione dell'onere probatorio ivi previsto non si discostasse dalla norma cardine dell'art. 2697 c.c., introducendo unicamente in favore del ricorrente una mera attenuazione dell'onere della prova.

Queste incertezze possono ormai reputarsi superate, anche all'esito del convincimento sempre più granitico della stessa giurisprudenza di legittimità, a sua volta tributaria degli indirizzi della Corte di Giustizia. Dunque, oggi non si dubita che la norma non ha istituito una vera e propria inversione dell'onere della prova, ma ha soltanto previsto una semplificazione ed alleggerimento del carico probatorio gravante sull'attore, che deve allegare e dimostrare circostanze di fatto dalle quali desumere, per inferenza, che la discriminazione abbia avuto luogo, facendo così scattare l'onere per il datore di lavoro di dimostrarne l'insussistenza (Cass. n. 3196/2012).

Balza all'occhio del resto che l'alleggerimento dell'onere probatorio a carico del ricorrente qui previsto è senz'altro maggiore rispetto alla regola posta dall'art. 2729 cod. civ. Infatti, a differenza di quest'ultima, l'art. 40 Codice delle pari opportunità non richiede il requisito della gravità della presunzione degli elementi di prova, ma si limita a prevedere la necessaria sussistenza dei requisiti della "precisione" e "concordanza", da qualificarsi come ipotesi tipica di onere probatorio asimmetrico (*relevatio ab onere probandi)* rese in favore del soggetto discriminato.

Ed è forse proprio nel solco di questa indicazione che la stessa giurisprudenza di legittimità in materia ha sottolineato che sul versante probatorio i criteri di riparto dell'onere non devono seguire i canoni ordinari di cui all'art. 2729 c.c., sia pure privi dell'elemento della gravità, in quanto in tal modo si finirebbe, da un lato, per svuotare la norma del suo significato e della sua *ratio* e dall'altro per porre a carico di chi agisce l'onere di una prova piena del fatto antidiscriminatorio. In sostanza, il soggetto deve provare il trattamento che ritiene meno favorevole rispetto a quello riservato ai

lavoratori in condizioni analoghe e il fattore di rischio di cui è portatore e dal quale potrebbe derivare la discriminazione in via presuntiva anche sulla base dei dati statistici (Cass. n. 5476/2021).

Parte della dottrina si è mostrata più cauta, ad esempio sottolineando che persino la prova statistica, ancorché non caratterizzata da un rigore scientifico *cui resisti non potest*, non può tuttavia non essere caratterizzata, ai fini della controllabilità globale dei risultati, da una puntuale esplicitazione delle modalità di rilevazione degli stessi, dalle misurazioni oggettive e quantitative dei fenomeni, da chiare modalità di prestazione delle informazioni. La giurisprudenza invece si è spinta oltre, sottolineando anche che il porre a carico del lavoratore che si ritiene discriminato la dimostrazione degli elementi di fatto dai quali scaturisce la sua doglianza finirebbe per gravarlo della prova piena della discriminazione.

Questo principio – con l'evidente finalità di evitare ogni rischio di forzatura nell'interpretazione dell'art. 40 – va perciò coordinato con quello della vicinanza della prova.

Lo stesso, che muove dalla considerazione delle difficoltà spesso insuperabili che una parte può incontrare per soddisfare l'onere della prova, soccorre al caso di specie perché consente di ripartire in concreto - tenendo conto della possibilità per l'uno o per l'altro soggetto - la prova dei fatti e delle circostanze che ricadono nelle rispettive sfere di azione, rispondendo alla finalità di agevolare e rendere efficace ed effettivo il processo. La funzione di supplenza alla carenza probatoria, mediante criteri indiziari e presuntivi di cui può avvalersi il soggetto debole del rapporto nei confronti della parte prossima alla fonte prova e in posizione strategicamente privilegiata, assolve dunque la finalità di recuperare l'equilibrio di posizioni tra le parti in causa, al fine di assicurare un giusto processo in condizioni di parità tra i contendenti, secondo il dettato dell'art. 111 Cost. e dell'art. 47 della Carta di Nizza.

Tuttavia, se il convenuto è tenuto a fornire la prova dell'inesistenza della discriminazione, resta però ferma la premessa processuale che il relativo onere sorge laddove il ricorrente abbia fornito al giudice elementi fattuali – desunti anche da dati di carattere statistico – relativi ai comportamenti denunciati come discriminatori, purché siano idonei a fondare in termini precisi e concordanti la presunzione dell'esistenza di atti, patti o comportamenti discriminatori in ragione del sesso o della maternità. Il lavoratore insomma è tenuto a provare il trattamento meno favorevole che assume di aver subìto, adducendo la causa dello stesso, ma il suo obbligo è circoscritto in termini di mera verosimiglianza della pretesa avanzata, che può essere acquisita al processo anche attraverso dati di carattere statistico. Ed è questa la condizione di allegazione, al cui verificarsi opera l'automatica traslazione dell'onere probatorio dell'inesistenza del trattamento discriminatorio in capo al datore.

Di conseguenza, quella di cui è onerato il ricorrente andrà qualificata come "semipiena", in quanto è l'effetto del suo verificarsi a provocare l'onere sul convenuto del rischio della mancata

controprova dell'inesistenza del nesso di causalità tra disparità e fattore di condotta. Dunque, qualora non venga assolto tale onere, sarà la stessa regola ordinamentale di giudizio a determinare l'accoglimento del ricorso, anche se gli elementi di fatto dedotti dal ricorrente potevano in astratto lasciare un margine di incertezza circa la sussistenza di tutti i fatti costitutivi della fattispecie discriminatoria.

Infatti, le circostanze che determinano lo spostamento dell'onere probatorio possono essere considerate precise anche qualora le stesse siano soltanto determinate nella loro realtà storica e concordanti laddove, nella loro pluralità, siano nella sostanza convergenti nella dimostrazione del fatto ignoto.

Ed è in definitiva questo l'elemento, tipico del regime speciale dei giudizi antidiscriminatori, a realizzare, all'esito e coi limiti ricordati, l'inversione, seppure parziale, dell'onere probatorio.

Le considerazioni che precedono dimostrano quanto sia centrale e rilevante, anche in tema di determinazione dei contenuti dell'alleggerimento dell'onere probatorio, il ruolo del giudice, chiamato ad interpretare ed applicare di volta in volta al caso concreto la norma in esame. È il giudice a dover valutare se il ricorrente abbia o meno adempiuto alla parte dell'onere della prova della discriminazione comunque gravante a suo carico, sia pure in forma attenuata. Come dipenderà dall'interpretazione giudiziaria, più o meno restrittiva, della norma e dalla valutazione delle allegazioni compiute dal lavoratore, la piena applicazione ovvero lo svuotamento di significato del regime probatorio agevolato previsto dall'art. 40 del Codice delle pari opportunità.

La questione, ovviamente, è più complessa in tema di molestie (che chiaramente rientrano tra le discriminazioni di genere) in quanto in questo contesto diventa complessa l'utilizzazione della prova statistica giacché, a differenza delle discriminazioni, per le molestie non sembra esistere il *tertium comparationis*. Nella nozione di molestie, infatti, manca il riferimento al comportamento tenuto o che avrebbe potuto tenersi verso altro soggetto in condizione analoga: qualsiasi giudizio di diversità/uguaglianza fra due gruppi di persone in rapporto ad un determinato *standard* di misura è sempre un giudizio ternario, in cui il *tertium comparationis* è dato dal (diverso od uguale) trattamento ricevuto dai due gruppi. Dunque, la prova presuntiva delle molestie sessuali scontrerebbe inevitabilmente l'impossibilità di accedere a quegli elementi comparativi di carattere generale tipici del criterio statistico. Tuttavia, come evidenziato già da tempo dalla stessa Cassazione, il *tertium comparationis* non è che in questa ipotesi non esista del tutto, ma è costituito da un trattamento differenziale negativo (ossia il non avere i lavoratori maschi patito molestie sessuali), che ha una valenza presuntiva, logicamente minore (Cass. n. 11530/2020). Dunque, anche qui varrà l'applicazione della regola probatoria di cui all'art. 40. Accanto ad un argomento di tipo sistematico, e cioè la collocazione della generale equiparazione fra discriminazioni di genere e molestie sessuali

sancita all' art. 26, comma 2, del D.Lgs. n. 198 del 2006, la Cassazione ne ha posto uno di carattere sistematico, evocando i principi posti dalla nota decisione "Colemar" in tema di trattamento discriminatorio dei disabili (CGCE C – 303/2006). Infatti, nel solco del precetto contenute nell'art. 19 della direttiva 2006/54 le conclusioni ivi rappresentate dalla Corte di Giustizia - e cioè che il *tertium comparationis* sarebbe integrato da un trattamento differenziale meramente negativo (mancanza di analoghe molestie ai danni dei non disabili) - impongono una esegesi conforme e unitaria alla normativa euro-unitaria, estendendo, per l'effetto, l'equiparazione delle molestie sessuali alle discriminazioni di genere anche in ordine alla ripartizione dell'onere probatorio (Cass. n. 23286/2016).

In definitiva, proprio l'evidente farraginosità di meccanismi come questo se, per un verso, consente di fronteggiare comunque la carenza del sistema processuale sulle discriminazioni di genere, avvicinandolo a quanto dispone il legislatore per discriminazioni non di genere, finisce per confermare poi la necessità di una rivisitazione organica della materia (la cui prima occasione potrà essere offerta dall'attuazione della ricordata Direttiva in materia di trasparenza).

10. L'onere della prova nelle discriminazioni non di genere.

La norma in materia di riparto dell'onere probatorio nelle discriminazioni non di genere rappresenta la disposizione dove si coglie con maggiore evidenza lo sforzo del legislatore - non disgiunto da quello della giurisprudenza, prima ancora che della dottrina stessa - di facilitare la posizione processuale del soggetto leso attraverso la perimetrazione di un percorso che, senza spingersi sino all'inversione dell'onere della prova, ne alleggerisce enormemente l'incombenza.

L'art. 28, comma 4, D.lgs. 150 del 2011 stabilisce che, a fronte di elementi di fatto, desunti anche da dati di carattere statistico, dai quali presumere l'esistenza di una discriminazione, spetta al convenuto l'onere di provare il contrario.

Lo strumento attraverso il quale viene introdotta l'agevolazione probatoria in linea generale resta quello della parziale inversione dell'onere della prova: l'attore cioè deve fornire elementi fattuali che, seppure privi delle caratteristiche di gravità, precisione e concordanza, rendano plausibile l'esistenza della discriminazione, pur lasciando un margine di incertezza in ordine alla sussistenza dei fatti costitutivi della fattispecie discriminatoria. Infatti, il rischio della permanenza dell'incertezza grava sul convenuto, tenuto a provare l'insussistenza della discriminazione una volta che siano state dimostrate le circostanze di fatto idonee a lasciarla desumere.

Il requisito della plausibilità della discriminazione traccia la differenza con l'art. 40 D.lgs. n. 198/2006 in tema di discriminazione di genere, che invece resta ancorato, come si è visto, alla allegazione di fatti idonei a fondare in termini precisi e concordanti la presunzione di discriminazione.

Al contempo, in ossequio assai più puntuale al meccanismo di parziale *relevatio ab onere probandi* a favore di chi lamenta la discriminazione, l'art. 28 D.lgs n. 150/2011 non impone neppure di fornire una pluralità di fatti tra loro concordanti - potendo essere anche uno solo - e ovviamente non richiede il requisito della gravità, che esprime il grado di capacità dimostrativa del fatto noto rispetto al fatto ignoto secondo le massime di esperienza. Insomma, gli elementi che chi denuncia una discriminazione deve fornire vanno identificati in fatti idonei a dimostrare che l'allegazione stessa è verosimile. E la verosimiglianza non afferisce alla dimostrazione probatoria del fatto, ma solo alla plausibilità della sua affermazione: essa concerne l'allegazione del fatto e la possibilità di ricondurlo all'*id quod plerumque accidit* e cioè a quello che può considerarsi normale e plausibile in un determinato contesto di esperienza. Il lavoratore, in altri termini, deve fornire elementi di verosimiglianza dell'allegazione inerente la discriminazione: se gli stessi fanno apparire verosimile la discriminazione denunciata (ossia plausibile e rispondente al normale andamento delle cose in una situazione data), al datore di lavoro spetta l'onere della prova del contrario, ossia della sua inesistenza.

Questo regime probatorio si applica a fattispecie concrete alquanto diverse tra loro e si declina concretamente in forme differenti tanto nelle ipotesi di discriminazione diretta che indiretta. In particolare, ove il lavoratore prospetti una discriminazione indiretta, avrà l'onere di dimostrare l'esistenza del fattore di rischio. Fra questi, l'adozione, da parte del datore di lavoro, del criterio, di una prassi o di una disposizione censurata ovvero la situazione di svantaggio rispetto ai soggetti non portatori del fattore di rischio, accompagnati da circostanze che facciano apparire plausibile una correlazione tra le predette circostanze.

In presenza di questi presupposti sarà il datore di lavoro a dover dimostrare l'inesistenza della discriminazione (e quindi il carattere non svantaggioso del criterio, prassi o disposizione adottati) o, in alternativa, la riferibilità del criterio o prassi potenzialmente svantaggiosi ad una finalità legittima, perseguita con mezzi appropriati e necessari: infatti, ai sensi dell'art. 3, comma 6, del D.lgs. n. 216/2003,"non costituiscono … atti di discriminazione ai sensi dell'articolo 2 quelle differenze di trattamento che, pur risultando indirettamente discriminatorie, siano giustificate oggettivamente da finalità legittime perseguite attraverso mezzi appropriati e necessari" (CGCE C – 303/2006).

Più articolate le interpretazioni in tema di prova statistica. Fondandosi sulla diversa nozione indicata dall'art. 2729 cod. civ., per alcuni il riferimento normativo a dati di carattere statistico - nell'ambito di un procedimento volto a tutelare da comportamenti discriminatori anche singoli individui e pure nell'ambito di realtà di dimensioni contenute in cui non sarebbe neppure in astratto

possibile raggiungere l'ordine di grandezze omogenee necessarie per fondare un'idonea dimostrazione di carattere statistico - va inteso nella sua accezione meno tecnica e più comune di "probabilità", a prescindere da rigidi rigorismi scientifici che non possono assurgere ad autonoma fonte di prova. E questo perché la prova è tecnicamente una prova presuntiva in relazione alla quale spetta al convenuto l'onere di provare l'insussistenza della discriminazione, anche se l'apprezzamento della plausibilità o della verosimiglianza, una volta che i fatti siano allegati, rientra nei poteri del giudice. Rimane riservato al giudice infatti il compito del controllo della corretta applicazione della regola di riparto degli oneri probatori e della congruenza probatoria dell'inferenza presuntiva.

Chiariti i termini della questione e, in particolare, l'approccio metodologico che soprattutto la giurisprudenza ha sposato in tema di discriminazioni non di genere (verosimiglianza e plausibilità dei fatti, cui si deve accompagnare serietà, ma non scientificità, del dato statistico) riveste forse un tratto di interesse ancora maggiore l'osservazione che gli interventi giurisprudenziali negli ultimi anni sono divenuti assai più frequenti nel solco della progressiva emersione di un principio di non neutralità dell'atto che la giurisprudenza ha esteso dal solo comportamento datoriale al campo, assai più vasto, degli atti di regolamentazione individuale e collettiva, ivi compresi quelli derivanti dalla contrattazione.

In particolare, la sussistenza di una ipotesi di discriminazione indiretta *ex* art. 2, lett. b), del D. lgs. n. 216/2003 è stata ravvisata nell'ipotesi in cui una disposizione, ivi compresa una clausola del contratto collettivo, pur apparentemente neutra, cagioni ad un soggetto debole una situazione di svantaggio rispetto agli altri lavoratori che non hanno una analoga fragilità. Numerose sono oggi le sentenze in tema di discriminazione indiretta nei confronti di persone affette da disabilità ai sensi della l. n. 67/2006 ("Misure per la tutela giudiziaria delle persone con disabilità vittime di discriminazioni") che hanno accertato la sussistenza di una discriminazione allorquando una previsione normativa preveda un trattamento indifferenziato tra i lavoratori abili ed i disabili che si assentino dal lavoro per malattie collegate al loro stato di disabilità (C. App. Napoli n. 168/2023). Infatti, l'applicazione indistinta della disciplina del licenziamento per superamento del periodo di comporto sia nei confronti dei lavoratori affetti da patologie transitorie che di quelli divenuti, nel corso del rapporto di lavoro, disabili per malattia grave ed irreversibile finisce per tradursi in una forma di discriminazione indiretta. Questo perché il lavoratore disabile viene ad essere, in via generale, maggiormente esposto al rischio di ammalarsi per le sue patologie invalidanti rispetto a un lavoratore non disabile. Di conseguenza, trattando in modo generalizzato le assenze intermittenti dal lavoro dei dipendenti, si crea una disparità di trattamento sostanziale, assimilandosi una patologia legata ad una disabilità alla nozione generale di malattia.

Non è difficile cogliere il tratto prospettico di questo orientamento. Lo scrutinio sulla rispondenza ai valori tutelati tende progressivamente ad espandersi nella direzione di ricomprendere tutte le fonti di regolamentazione dei rapporti sociali, non solo di natura individuale e collettiva, ma anche direttamente amministrativa e normativa.

Ma questa tensione verso uno scrutinio di legittimità così ampio non può non essere anche un elemento di valutazione per comprendere che l'indubbia legittimità di questa traiettoria dovrà essere accompagnata da un intervento regolamentare che ne fissi le regole di ingaggio in modo chiaro e certo.

11. I contenuti dell'inibitoria del giudice: genericità o indeterminatezza?

La ricognizione dei vari strumenti giudiziari azionabili ha già ampiamente messo in evidenza la strana questione della compresenza, nel nostro ordinamento, di riti diversi, uno per la discriminazione di genere in ambito lavorativo, l'altro per tutte le altre forme di discriminazione, ivi compresa quella di genere nell'accesso a beni e servizi e loro fornitura.

Tuttavia, al di là delle differenze procedurali in ordine alla diversità della trattazione della causa, quello che rileva in questa sede è il profilo relativo alla fase conclusiva del giudizio e più precisamente ai provvedimenti che il giudice può adottare con funzione sanzionatoria della accertata condotta discriminatoria.

A fronte della varietà delle azioni esperibili contro le discriminazioni, le tipologie dei rimedi che possono essere adottati per contrastare le discriminazioni sono grossomodo le stesse per tutte le fattispecie considerate.

Il ricorso azionabile può portare ad una condanna al risarcimento del danno, anche non patrimoniale, ad un ordine di cessazione del comportamento, della condotta o dell'atto discriminatorio pregiudizievole e all'adozione di ogni altro provvedimento idoneo a rimuoverne gli effetti. Si tratta di più sanzioni o rimedi non necessariamente alternativi tra loro. È, infatti, rimesso al prudente apprezzamento del giudice il concreto atto o i concreti atti idonei a riparare alla discriminazione in base al comportamento tenuto dal convenuto e a rendere effettivo il principio di pari opportunità: egli dispone ciò che è opportuno, avuto riguardo al caso concreto, con l'obiettivo di assicurare alla vittima la possibilità di esplicare pienamente la propria personalità. Al giudice sono, quindi, affidati amplissimi poteri per rimuovere gli effetti della discriminazione, compreso quello di ordinare un *facere* ai soggetti responsabili della discriminazione, tra cui rientra la stessa P.A. Infatti, oltre al

risarcimento del danno anche non patrimoniale, può ordinare la cessazione del comportamento, della condotta o dell'atto discriminatorio e, con finalità preventiva della ripetizione della condotta discriminatoria, può soprattutto ordinare l'adozione, entro un termine fissato, di un piano di rimozione delle discriminazioni (nel caso di comportamento discriminatorio collettivo dopo aver sentito l'ente collettivo ricorrente).

Certamente più immediata e tipica della materia, tra le varie sanzioni previste, è quella della tutela inibitoria a favore della vittima della discriminazione che può essere pronunciata dal giudice indipendentemente dalla fisionomia del provvedimento decisorio emesso, tipizzata rispettivamente nelle disposizioni del Codice delle pari opportunità al fine di rimuovere l'atto o il comportamento illecito (artt. 37-39 del D.lgs. n. 198 del 2006) e del D.lgs. n. 150/2011 (art. 28).

Si tratta di una tecnica di tutela assai importante in quanto è finalizzata a far cessare, a rimuovere e ad impedire la commissione dell'illecito o a reiterarlo, assicurando una tutela giurisdizionale effettiva a diritti a contenuto non economico per i quali la tutela risarcitoria esclusiva può rivelarsi strutturalmente inadeguata.

Non può sfuggire che la mera attribuzione patrimoniale appare giustificata solo quando la sanzione è funzionale a garantire l'interesse del soggetto a cui spetta il provento della stessa, perché unicamente l'esistenza di un rapporto tra interesse e rimedio assicura l'adeguatezza, la proporzionalità e, dunque, la ragionevolezza di quest'ultimo.

In questo contesto, appare interessante rilevare come la Cassazione abbia esteso la tutela inibitoria anche alle discriminazioni di natura collettiva fondate sulla nazionalità, nonostante non siano esplicitamente richiamate nella normativa di riferimento. Il ragionamento della Corte è di tipo sostanziale e l'interpretazione, orientata costituzionalmente, si fonda, oltre che su dati normativi sintonici, su di un approccio di tipo sistematico, in quanto l'esclusione della tutela porterebbe a negare l'esistenza stessa e la rilevanza nell'ordinamento di discriminazioni collettive fondate sulla nazionalità ovvero l'esistenza di condotte offensive (o plurioffensive) nei confronti di una pluralità di soggetti accomunati tutti dalla nazionalità: del resto, una differente ricostruzione si porrebbe in contrasto con l'esigenza di garantire, se non attraverso azioni individuali, protezione giudiziale di interessi condivisi da una collettività accomunata dall'elemento comune della nazionalità. Anche l'idea che, in materia di discriminazioni collettive, la legittimazione ad agire in capo ad un soggetto collettivo rappresenti un'eccezione è da respingere in quanto essa rappresenta al contrario una "regola funzionale all'esigenza di apprestare tutela, attraverso un rimedio di natura inibitoria, ad una serie indeterminata di soggetti per contrastare il rischio di una lesione avente natura diffusiva e che perciò deve essere, per quanto possibile, prevenuta o circoscritta nella propria portata offensiva" (Cass. n. 28745/2019).

In definitiva, non appare corretto limitare le azioni inibitorie ai soli casi espressamente previsti dalla legge, perché negare tutela inibitoria ai soggetti collettivi in taluni casi di discriminazione costituirebbe una soluzione costituzionalmente illegittima.

Il ragionamento della giurisprudenza denunzia però il fatto (in chiave negativa) che il nostro ordinamento giuridico soffra della mancanza esplicita di una generale azione inibitoria che, in presenza di un illecito, o per meglio dire del pericolo di un illecito, sia in grado di evitare che lo stesso accada realizzando quindi il danno.

E' questa la ragione per la quale, da tempo, la dottrina e la stessa giurisprudenza hanno perciò avviato una riflessione sul tema della tecnica processuale e, con riguardo alla salvaguardia dei diritti della personalità, stanno giungendo alla conclusione che la tutela inibitoria deve assumere un ambito di applicazione generale e atipico, estendendosi in via analogica l'applicazione, o fondandosi il suo intervento, sul principio di adeguatezza del rimedio, in ragione del rango primario delle situazioni soggettive personali. La tutela ha già avuto forte espansione anche nel campo dei diritti del consumatore (che si sono aggiunti a quelli della personalità, della proprietà, del lavoro e della proprietà industriale e intellettuale). Su queste nuove basi normative, quindi, si va rafforzando l'idea che la tutela inibitoria possa considerarsi un rimedio generale autonomo, con affrancamento dalle azioni cognitorie e fondamento nelle norme costituzionali degli artt. 2 e 24. Va pure ricordato che, in funzione rafforzativa di queste conclusioni, un ulteriore elemento di conferma deriva evidentemente dalla l. n. 31 del 2019 (in materia di azioni di classe) entrata in vigore il 19 maggio 2021, che ha integrato il codice di procedura civile con la previsione anche dell'azione inibitoria collettiva (art. 840 *sexiesdecies*).

Non v'è dubbio, allora, che del nuovo modo di concepire e di applicare l'inibitoria si deve avvalere il diritto del lavoro. C'è però un limite. Le nuove formulazioni teoriche muovono dal sistema generale di esecuzione indiretta, introdotto nel nostro ordinamento dall'art. 614-*bis* c.p.c., che costituisce un tassello essenziale per assicurare piena effettività alla tutela giurisdizionale preventiva inibitoria. Tuttavia, proprio in materia, il diritto del lavoro, com'è noto, sconta un'irragionevole e illegittima preclusione all'accesso a tale sistema (anche sotto il profilo costituzionale) che potrebbe restringerne l'uso, ferma l'esistenza di rimedi alternativi, peraltro meno efficaci. L'irrazionalità finisce anzi per essere esaltata dal fatto che nella tutela inibitoria collettiva, attraverso la condanna alla cessazione della condotta omissiva o commissiva, il tribunale, su istanza di parte, può invece adottare i provvedimenti di cui all'articolo 614-*bis* "anche fuori dei casi ivi previsti" (art. 840 *sexiesdecies*, co. 6, c.p.c.), rendendo cioè ulteriormente palese la disparità di trattamento solo in ragione del rito prescelto. E infine, a conferma della necessità di un *check* normativo – o quantomeno di un consolidamento giurisprudenziale in senso affermativo – sta la paradossale considerazione che,

allo stato, il ricorso da parte di un soggetto collettivo all'art. 28 D.lgs. n. 150/2011 consente l'applicazione dell'art. 614 *bis* cpc, che resta paradossalmente precluso a fronte della medesima fattispecie laddove la parte abbia optato per il rito lavoro.

12. Il risarcimento del danno da discriminazioni: contenuti, finalità e limiti.

Da circa un decennio, in materia di risarcimento del danno da discriminazione, stiamo assistendo ad una costante evoluzione di principi apparentemente consolidati.

Com'è noto, le sentenze delle Sezioni Unite della Cassazione – intervenute dopo un intenso e contorto percorso, dottrinario e giurisprudenziale - avevano fissato al riguardo una serie di punti nodali, respingendo in particolare "l'affermazione che nel caso di lesione di valori della persona il danno sarebbe *in re ipsa*, perché la tesi snatura la funzione del risarcimento, che verrebbe concesso non in conseguenza dell'effettivo accertamento di un danno, ma quale pena privata per un comportamento lesivo" (Cass. S.U. n. 26972 e 26975/2008).

In questo alveo si era poi incanalata la giurisprudenza di legittimità negli anni successivi, stabilendo che il danno non patrimoniale da lesione di diritti fondamentali, quale tipico "danno-conseguenza", non coincide con la lesione dell'interesse leso (ovverossia non sarebbe *in re ipsa*), ma lo stesso dev'essere allegato e provato da chi ne chiede il risarcimento, restando tuttavia consentito il ricorso a valutazioni prognostiche e a presunzioni sulla base di elementi obiettivi che peraltro è preciso onere del danneggiato fornire (Cass. n. 9385/2018).

A tale posizione, spesso con variegate motivazioni, si era adeguata, in un primo tempo, anche una parte oggi minoritaria della giurisprudenza la quale - distinguendo tra risarcibilità del danno morale in astratto e per categorie e spettanza in concreto del risarcimento – aveva quindi escluso che il ristoro si immedesimasse con la lesione del diritto, sino a configurare un vero e proprio danno punitivo.

Queste decisioni peraltro non menzionavano affatto le finalità dissuasiva e sanzionatoria del risarcimento oppure le escludevano espressamente ai fini dell'accertamento e nella liquidazione del danno da discriminazione.

Tuttavia, l'apparente granicità di questo impianto ha finito per essere progressivamente messa in discussione sulla spinta sia dei chiari impulsi provenienti dal diritto e forse ancora di più dalla giurisprudenza comunitarie, sia dello stesso modificarsi della sensibilità sociale con la sua sempre più pressante influenza sul tema: questo eminentemente in ragione della particolare odiosità della

condotta discriminatoria e della conseguente necessità di dar corpo ad una risposta concreta del sistema di fronte a simili lesioni della dignità della persona.

E così l'assetto di valori e di regole processuali in *thema* di prova, apparentemente intangibile, sta ormai subendo una significativa e inaspettata erosione nelle prospettive di approccio e nelle stesse modalità di regolazione.

Una prima apertura si era potuta già cogliere in quegli orientamenti che, senza aderire apertamente alla tesi del danno in *re ipsa,* avevano maggiorato al massimo l'entità del danno liquidato (in un caso ad esempio applicando la personalizzazione massima), definendolo "una forma di risarcimento, a titolo compensativo, che appare conforme al principio di effettività previsto dall'art. 18 della Direttiva 2006/54/Ce", negando però la possibilità di riconoscere un'ulteriore somma a titolo di danno punitivo in mancanza di un'espressa norma al riguardo (Cass. S.U. n. 16601/2017).

Ma di maggiore impatto sugli sviluppi dei meccanismi risarcitori sono stati sicuramente i passaggi ulteriori. Infatti, attraverso un'interessante interpretazione della natura del diritto antidiscriminatorio, si è direttamente passati alla ridefinizione degli stessi criteri utilizzati per la determinazione del compendio risarcitorio. In particolare - nel solco dell'interpretazione in tema di regole a tutela antidiscriminatoria elaborate sia dalla Corte di Giustizia sia degli indirizzi forniti dalle Direttive comunitarie, con la conseguente necessità di una lettura orientata e d'attuazione sul piano interno - si è andato via via consolidando un orientamento di apertura al risarcimento *in re ipsa* dei danni non patrimoniali da discriminazione e da molestie, attraverso il riconoscimento della sua funzione deterrente-dissuasiva (da non sovrapporre a quella sanzionatorio-punitiva, dalla quale invece si distingue, come vedremo in seguito).

In sostanza, all'accertamento della condotta discriminatoria, l'applicazione del rimedio perequativo si rivela necessitata - perlomeno in forma di risarcimento del danno – proprio per consentire piena effettività alla funzione del diritto antidiscriminatorio, sia in termini di eliminazione della diseguaglianza o dello sfavore subiti, sia in termini dissuasivi e sanzionatori.

Questo percorso evolutivo, teso ad estendere portata e funzione del risarcimento, è proseguito, riconoscendo piena risarcibilità al pregiudizio subito, sulla base del rilievo che la condotta discriminatoria è lesiva dei fondamentali diritti della persona e che quindi "spetta sicuramente il risarcimento del danno non patrimoniale connesso alla lesione dell'interesse a non subire discriminazioni […] che affonda le radici morali e culturali, prima che giuridiche, nelle norme fondamentali (art. 2 e 3) della nostra Costituzione" (C. App. Milano n. 453/2021).

La lesione del diritto fondamentale è stata poi ulteriormente ribadita, affermando che quella del diritto, legalmente tutelato, alla parità di trattamento, è particolarmente significativa, trattandosi della

violazione di un diritto primario che incide in modo rilevante sull'identità personale e sui modi di esplicazione di tale personalità.

E' evidente che riconoscere un risarcimento a titolo di danno non patrimoniale costituisce un'interessante operazione ermeneutica fondata sulla natura polifunzionale della responsabilità risarcitoria ed in particolare sulla duplice funzione preventivo-dissuasiva e sanzionatorio-punitiva della misura stessa.

Ma è anche vero che l'ansia di dare spessore al meccanismo sanzionatorio delle condotte discriminatorie può anche tradursi in spinte verso varie direzioni conducendo ad allargare, addirittura a dismisura, i contenuti della tutela risarcitoria. Ne do brevemente conto.

Una prima ipotesi potrebbe essere quella di attribuire al danno da discriminazione una componente sanzionatoria di dissuasività con la finalità di evitare la perpetrazione della condotta discriminante, attraverso il richiamo della normativa comunitaria (ed in particolare dell'art. 17 della Direttiva 2000/78 UE). Infatti, in un un'ottica ultracompensativa, l'esigenza di commisurare il risarcimento a parametri differenti dall'effettiva lesione patrimoniale o non patrimoniale subita, pure in assenza di criteri giurisprudenziali consolidati o specificamente codificati *ex lege*, potrebbe essere sorretta dal ricorso in via analogica ai criteri di quantificazione della sanzione amministrativa previsti dall'art. 11 l. 689/1981, relativi alla gravità della violazione, all'opera svolta dall'agente per l'eliminazione o attenuazione delle conseguenze della violazione, nonché alla personalità dello stesso e alle sue condizioni economiche. Tuttavia, il peso della finalità sanzionatoria che inevitabilmente ispira nella scelta del materiale normativo applicato analogicamente (in questo caso la disposizione relativa alla determinazione delle sanzioni amministrative) condurrebbe a confondere, in modo improprio, la funzione deterrente-dissuasiva del risarcimento e quella sanzionatorio-punitiva, che in realtà sono ontologicamente distinte.

Analogamente, potrebbe procedersi ad una operazione ermeneutica di interpretazione, del pari ispirata agli indirizzi comunitari di cui è espressione l'art. 37, comma 4, D.lgs. 198/2006, muovendo dal tenore testuale della norma che contiene il riferimento alla risarcibilità del solo danno-conseguenza, qualora prodottosi, come emerge dalla lettura della formula di legge ("oltre a provvedere, se richiesto, al risarcimento del danno anche non patrimoniale, nei limiti della prova fornita").

E questo sul presupposto che la disciplina comunitaria di cui la norma nazionale è attuazione (in questo caso l'art. 18 della Direttiva 2006/54/UE), stabilisce a sua volta che la tutela rimediale risarcitoria, perché sia effettiva, dev'essere non solo proporzionata al danno subito, ma anche dissuasiva. Sicché la funzione dissuasiva e latamente sanzionatoria del risarcimento in materia potrebbe trovare una via d'ingresso attraverso l'affermazione dell'esistenza di un interesse *iure*

proprio, pubblico e funzionale alla tutela del bene collettivo - assunto dall'ordinamento come valore – rappresentato dalla parità di genere. Tuttavia, anche tale costruzione - pur avendo un intento comprensibile - rischia quantomeno di sovrapporre la funzione sanzionatoria e quella dissuasiva della misura.

L'esplorazione delle ipotesi accrescitive delle tutele risarcitorie comporta infine la disamina di un'opzione che esalti la funzione eminentemente dissuasiva del rimedio pecuniario, attraverso la previsione di una misura idonea ad eliminare il vantaggio economico conseguito dalla continuità della condotta discriminatoria. In questo caso, la condanna al pagamento di una somma di denaro non varrebbe solo a ristorare le vittime del danno subito per la perdita di *chance* ma, soprattutto, esprimerebbe anche una valenza dissuasiva, siccome finalizzata ad impedire il reiterarsi di tale comportamento con l'eliminazione del vantaggio che l'agente ha inteso assicurarsi (il quale fungerebbe quindi da stimolo al non reiterare la condotta discriminatoria). Si tratta di una prospettazione che, senza riguardare il profilo sanzionatorio-punitivo, pone l'accento direttamente sulla funzione eminentemente dissuasiva del rimedio pecuniario, destinata a concretizzarsi in una misura idonea ad eliminare il vantaggio economico che sarebbe conseguito dal permanere della condotta lesiva.

Nonostante l'indubbio fascino di queste ipotesi, che peraltro hanno trovato tutte un qualche riscontro nella giurisprudenza di merito (ad es. Trib. Napoli Nord Lavoro n. 5192/2021; Trib. Bologna Lavoro 31 dicembre 2021; Trib. Roma Lavoro 23 marzo 2022), la risarcibilità del danno da discriminazione rafforzato dall'introduzione della categoria dei danni punitivi non pare trovare alcun adeguato sostegno all'interno del nostro quadro normativo.

Infatti, l'operazione ermeneutica di accordare cittadinanza al risarcimento del danno non patrimoniale in materia di condotte discriminatorie – attraverso una lettura dell'art. 28 comma 5 d.lgs. 150/2011 orientata al referente comunitario (art. 17 dir. 2000/78/Ue) - può trovare legittimazione perché essa riposa sulla natura eminentemente deterrente-dissuasiva dei rimedi finalizzati a garantire l'effettività della tutela, in conformità al principio fondamentale del diritto comunitario (art. 47 CDFUE) e come tale va ricondotta nell'ambito della natura ontologicamente preventivo-dissuasiva del rimedio risarcitorio. Si tratta, infatti, di un'opera di integrazione in via interpretativa, orientata dalla conformità comunitaria, che vale a dare maggiore consistenza ed effettività al danno risarcibile. E soprattutto la stessa appare sorretta dal riconoscimento della "polifunzionalità" del sistema di responsabilità civile - sempre più frequentemente delineata in giurisprudenza e dottrina, nella tripartizione tra funzione riparatorio-compensativa, deterrente-dissuasiva e sanzionatorio-punitiva - che ha quale suo correlato strutturale il "polimorfismo" del danno risarcibile.

Se la risarcibilità dei soli danni che sono diretta ed immediata conseguenza dell'evento lesivo (perché il danneggiato li ha provati) svolge una funzione compensativa, al contrario, quella preventivo-dissuasiva si configura come un'anticipazione della tutela risarcitoria, che opera "automaticamente" per effetto della mera lesione della posizione giuridica soggettiva al cui presidio è stata posta la norma violata (danno-evento). Sicché il danno non ha necessità di essere provato in quanto lo stesso si presume, venendo ad esistenza immediatamente di fronte all'accertamento della condotta lesiva. In altri termini, siamo di fronte ad un modello di sanzione civile che, attraverso la forma del *in re ipsa*, consente alla vittima della discriminazione di essere esonerata dalla dimostrazione del danno subito, cui si accompagna l'effetto deterrente a carico di chi pone in essere la relativa condotta, con l'utile corollario rappresentato dal fatto che la misura permette pure di conoscere *ex ante*, nei suoi esatti contorni, il contenuto della regola in ipotesi violata e soprattutto il costo che consegue alla sua violazione.

Al di fuori del contesto discriminatorio, peraltro, si ritrova un eco conforme della correttezza di questa costruzione nell'ambito dello scrutinio di legittimità costituzionale dell'art. 9, co. 1°, del D.lgs. 23/15 che, in materia di licenziamento illegittimo nelle piccole imprese, ha sottolineato la necessità di adeguare l'entità della condanna risarcitoria del datore di lavoro alla specificità di ogni singola vicenda, "nella prospettiva di un congruo ristoro e di un'efficace deterrenza, che consideri tutti i criteri rilevanti enucleati dalle pronunce di questa Corte e concorra a configurare il licenziamento come *extrema ratio*" (Corte Cost. n. 183/2022). Oltretutto, dal punto di vista pratico, questa prospettiva appare in grado di condurre ad un più persuasivo inquadramento di questioni che faticavano a trovarlo, prefigurando i contorni di un'adeguata sanzione civile di diritti di particolare rilievo anche dal punto di vista del loro rilievo costituzionale.

Diverso è invece il caso del "danno punitivo" che non pare trovare un serio ancoraggio nell'interpretazione giurisprudenziale comunitaria (e invero neppure nelle Direttive in campo antidiscriminatorio). Infatti, la finalità punitiva-sanzionatoria - di cui il "danno punitivo" è appunto espressione - è riservata alla sola ipotesi della ritorsione, regolata dall'art. 28, comma 6, D.lgs. 150/2011. Un argomento decisivo, di carattere generale, e cioè valevole per l'intero impianto della responsabilità civile, si trae ancor più chiaramente dal fatto che, al di fuori dei casi di rappresaglia discriminatoria o molesta, l'esclusione di una sanzione punitiva discende direttamente dal principio secondo cui ogni imposizione di prestazione personale esige una intermediazione legislativa - in forza del principio legislativo di cui all'articolo 23 Cost. (correlato agli artt. 24 e 25) - che introduce una riserva di legge in ordine alla introduzione di nuove prestazioni patrimoniali e al tempo stesso si pone come barriera ad un incontrollato soggettivismo giudiziario. Del resto, la determinazione di un danno

da discriminazione operata con modalità anche afflittive si porrebbe in contrasto pure con lo stesso principio di legalità delle prestazioni patrimoniali richieste dall'ordinamento.
Se allo stato non può dunque darsi ingresso a questo meccanismo come elemento di danno risarcibile, nondimeno può auspicarsi che il legislatore italiano, in ossequio agli stessi gli *standard* minimi prescritti dalla Convenzione ILO 190, possa valutare l'introduzione nel nostro ordinamento delle sanzioni civili, *recte* dei danni punitivi, con l'ovvio corollario del rispetto del principio di legalità definito dall'art. 23 Cost.. E cioè dare vita ad un meccanismo improntato alla tipicità delle fattispecie, alla proporzionalità della sanzione (attraverso la previsione di un minimo e un massimo edittale) e infine alla proporzionalità della sanzione in relazione alla peculiarità della vicenda concreta.
Questa pare essere una soluzione funzionale a conferire certezza e prevedibilità alla liquidazione del danno in chiave sanzionatoria, a contenere il potere discrezionale del giudice entro i limiti edittali e, soprattutto, a rendere dissuasivo il rimedio risarcitorio, superando l'accidentato ed ondivago percorso tracciato dalla giurisprudenza e dalla stessa legislazione nazionale, comunitaria ed internazionale.

13. Questioni processuali in tema di licenziamento discriminatorio.

In questa sede mi limiterò ad affrontare unicamente profili concernenti talune questioni processuali collegate all'azionabilità degli strumenti per far valere in sede giudiziaria la doglianza del discriminato avverso il provvedimento di recesso dettato da queste motivazioni.
E' bene muovere le mosse dal fatto che il nuovo art. 441 *quater* c.p.c. stabilisce che le azioni di nullità del licenziamento discriminatorio, ricorrendone i presupposti, possono essere introdotte anche con forme diverse da quelle del rito del lavoro *ex* art. 414 c.p.c. (indicate nel testo di legge come "riti speciali").
Il legislatore dunque ha prospettato un'alternatività dei procedimenti: qualora la discriminazione si sia concretizzata in un licenziamento, l'interessato potrà decidere di procedere con rito ordinario, ovvero con uno dei procedimenti indicati in precedenza, ovvero quello di cui all'art. 28 D.lgs. 150/2011 o quello di cui all'art. 36 D.lgs. 198/2006. Vale la pena di segnalare subito che, per effetto delle recenti riforme, il procedimento *ex* art. 28 tecnicamente non può più considerarsi come "speciale", in considerazione del fatto che esso è stato ricondotto al rito semplificato di cognizione *ex* art. 281 *decies* c.p.c., che appunto non ha le caratteristiche di specialità proprie del precedente rito sommario di cognizione.

Ma la questione va ridimensionata nella sua portata concreta, potendosi derubricarla a mera imprecisione lessicale, dovuta alla indubbia passata natura speciale di entrambi i riti: infatti, non è certo possibile che, con la novella, il legislatore abbia inteso assicurare libertà di scelta unicamente con il ricorso al secondo dei due procedimenti, di cui è pacifica ed immutata la natura speciale.
Nella scelta del rito applicabile comunque giocheranno un ruolo determinante le eventuali altre domande contestualmente prodotte dal ricorrente. Infatti, con l'abrogazione del cd. rito "Fornero", è ora possibile affiancare alla domanda di nullità del licenziamento discriminatorio proposta con rito ordinario anche azioni inerenti altri aspetti, quali ad esempio il pagamento di spettanze retributive.
Sicuramente, con questa formulazione, il legislatore, oltre a recepire risultati raggiunti dalla giurisprudenza oramai da un decennio, sembra aver voluto in realtà soprattutto chiarire come, indipendentemente dal modello processuale prescelto, il nucleo dell'azione resti pur sempre subordinato alle regole dell'impugnativa e al relativo regime decadenziale. In sostanza, a prescindere dal rito alternativo, e cioè quello dell'art. 28 D.lgs. n. 150/2011 ovvero dell'art. 38 Codice pari opportunità, l'azione destinata alla declaratoria di nullità del licenziamento discriminatorio in ogni caso soggiace alla disciplina relativa agli oneri di impugnativa stragiudiziale e ai relativi termini.
La norma tuttavia introduce a questo proposito una preclusione relativa alla possibilità di proporre le «stesse domande» appunto con un rito diverso da quello con cui sono state preventivamente avanzate. La finalità perseguita dal legislatore pare essere stata quella di introdurre una limitazione al fenomeno, ricorrente nella pratica, di avviare una pluralità di azioni finalizzate nel complesso ad ottenere la sanzione della medesima condotta discriminatoria che ha poi condotto al recesso datoriale. E questo è stato indubbiamente facilitato dall'ampia congerie di disposizioni, sovente d'origine comunitaria, apprestate dal nostro ordinamento che hanno permesso di proporre, unitamente ad azioni per la repressione di condotte discriminatorie sul luogo di lavoro, quella di impugnativa del licenziamento dettato da motivi discriminatori. D'altra parte, le forme dell'art. 28 D.lgs. n. 150/2011 e dell'art. 38 Codice della pari opportunità, cui implicitamente si riferisce il legislatore, consentono il raggiungimento del medesimo risultato giuridico - e cioè la reintegrazione nel posto di lavoro, attraverso la «rimozione degli effetti» della condotta, oltre al risarcimento del danno – ma accordano al ricorrente un regime processuale di maggior favore. Dunque, in ragione del tenore letterale della norma, la preventiva proposizione della medesima domanda di tutela antidiscriminatoria con le regole del rito del lavoro, ovvero attraverso un differente procedimento, determinerà un'ipotesi di preclusione. E questo trova ulteriore conforto nella considerazione che, con il ricorso *ex* art. 414 c.p.c., possono essere proposte, come ricordato, domande plurime anche non altrimenti connesse, quali eventuali differenze retributive maturate in costanza del rapporto di lavoro, mentre i riti a

presidio della tutela antidiscriminatoria sono ovviamente ammessi unicamente per la repressione di queste sole condotte.

Né in questi casi può dirsi che possa trovare ingresso la questione dell'applicazione delle regole di connessione *ex* art. 40 c.p.c., comma 3, c.p.c. che imporrebbero di dare prevalenza al rito del lavoro, perché qui il tema non riguarda una pluralità di cause connesse che siano state cumulativamente proposte o successivamente riunite, ma quello, differente, di una domanda unitaria che, contemporaneamente, si fondi su tematiche lavoristiche e antidiscriminatorie. Resta da valutare però quale sia stato l'obiettivo perseguito dalla normativa e quanto lo stesso possa reputarsi raggiunto effettivamente. Con ogni probabilità, l'aggettivo «stessa», utilizzato per indicare la domanda, permette di ipotizzare che il legislatore abbia avuto in mente il fenomeno della identità di cause, regolato dall'art. 39 c.p.c., in particolare al primo comma di questa disposizione del codice di rito.

In prima battuta, si potrebbe ipotizzare che il legislatore, pur disciplinando un fenomeno identico, abbia in tal modo voluto discostarsi dal disposto dell'art. 39 c.p.c., introducendo una fattispecie originale di litispendenza "speciale".

Però l'espressione «preclude la possibilità di agire successivamente in giudizio con rito diverso per quella stessa domanda», in ragione della sua atecnicità, fa soprattutto sorgere l'interrogativo se la domanda proposta per seconda debba essere dichiarata inammissibile. Qualora si accogliesse simile conclusione ne deriverebbero conseguenze particolarmente significative, in particolare riguardo al governo delle spese processuali e soprattutto in ragione dei suoi effetti sul prosieguo della domanda giudiziale (se solo si pensi ai profili di impugnazione, di decadenza e di insuscettibilità di rinnovazione della stessa che in questo caso opererebbero). Una diversa interpretazione - che cioè limiti gli effetti del provvedimento del giudice di accertamento della preclusione ad un meccanismo analogo a quello del primo comma dell'art. 39 c.p.c. e quindi comporti la semplice cancellazione della causa dal ruolo – conduce invece alla conclusione che la posizione del ricorrente ne risulti meno critica. Dunque, a seconda della scelta per l'una o l'altra soluzione, muterebbe pure il regime impugnatorio del provvedimento. Infine, considerando, per un verso, le peculiarità delle azioni per la repressione di condotte discriminatorie, con riguardo ai soggetti legittimati, le tutele conseguibili e le forme di *astreinte* e, per l'altro, i punti di intersezione che queste hanno con l'azione di impugnativa del licenziamento nullo perché discriminatorio, si potrebbe pure legittimamente porre il dubbio che in questo modo il legislatore avrebbe inteso precludere qualunque successiva impugnativa del licenziamento discriminatorio, ancorché proposta da soggetti differenti. Tuttavia, si tratta di una soluzione che va respinta se solo si volga lo sguardo alla vicenda nel suo complesso e in special modo agli effetti che ne deriverebbero sul piano sostanziale. Infatti, se così fosse, reputare preclusa l'azione di impugnativa individuale proposta successivamente a quella di repressione esercitata da un ente

collettivo legittimato in base alle fonti richiamate dal primo comma dell'art. 28, darebbe luogo a forti dubbi di legittimità costituzionale per contrasto con gli art. 24 e 111 Cost. Del pari, ipotizzare che l'azione di repressione della condotta discriminatoria prevista dall'art. 38 Codice pari opportunità in caso di licenziamento discriminatorio, esercitata dal consigliere di parità, possa poi provocare conseguenze preclusive dell'impugnativa del licenziamento promossa dal lavoratore licenziato nelle forme del rito del lavoro appare davvero di difficile configurazione.

Anche questo elemento porta alla conclusione che il ricorso al rito speciale per i licenziamenti previsti dall'art. 441 *bis* c.p.c. resterà di gran lunga quello di riferimento rispetto ai procedimenti tipicamente antidiscriminatori. E questo se non altro in ragione del fatto che questa soluzione evita di esporre il ricorrente al rischio di eccezioni procedurali relative all'eventuale inammissibilità di domande differenti da quelli ricaduti nell'alveo della tutela antidiscriminatoria del licenziamento.

Quel che è certo, però, è che finanche i profili processuali di governo del licenziamento discriminatorio confermano la difficoltà di un utilizzo ordinato e strutturale del caotico impianto di tutele antidiscriminatorie.

14. Digitalizzazione e nuove frontiere del fenomeno discriminatorio: le tecniche di tutela contro la discriminazione algoritmica.

Fra i lati più oscuri dell'avvento della digitalizzazione e l'utilizzo dei sistemi di intelligenza artificiale nel mondo del lavoro troviamo l'emersione di insidiosi fenomeni di discriminazione digitale o algoritmica. Nel contesto dell'economia digitale (*smart working*, lavoro su piattaforma, *management algoritmico*, industria 4.0), il fenomeno discriminatorio si presenta con un volto parzialmente nuovo, potenzialmente più insidioso perché nascosto nelle trame dell'immaterialità e opacità che caratterizza il funzionamento delle nuove tecnologie. Il verificarsi di discriminazioni algoritmiche è già realtà, studiata in dottrina, accertata dalla giurisprudenza nazionale e oggetto di regolamentazione *de iure condendo* da parte delle istituzioni europee.

Provando a dare una definizione giuridica, si potrebbe ritenere che la discriminazione algoritmica costituisca una discriminazione, diretta o indiretta, che può involgere l'accesso al lavoro, lo svolgimento del rapporto e/o la cessazione dello stesso, perpetrata a causa dell'impiego di tecnologie algoritmiche o automatizzate nella gestione della forza lavoro. È evidente che la discriminazione algoritmica presenta allora profili di novità con riferimento solo ai canali di diffusione della discriminazione, ma non genera innovazioni sulla nozione stessa di discriminazione,

né tantomeno sulla struttura dell'illecito discriminatorio. Ragion per cui non stupisce che l'aspetto più problematico relativo alle discriminazioni algoritmiche è costituito dalla comprensione dei meccanismi in forza dei quali la tecnologia algoritmica sia in grado di perpetrare discriminazioni. In altre parole, ad essere particolarmente problematica è la questione relativa all'individuazione del trattamento discriminatorio che l'algoritmo gestionale ha riservato al lavoratore o alla lavoratrice.

E' opportuno precisare che al momento vi sono diverse tecnologie, applicabili dal *management* d'impresa, alcune delle quali sono caratterizzate da minore complessità (algoritmi cd. *rule-based*) che si attengono pedissequamente alle istruzioni dei programmatori; e altre molto più sofisticate e complesse (algoritmi di cd. *machine o deep learning*) che, processando grandi quantità di dati, dopo aver ricevuto un comando *(input*), riescono ad estrapolare un risultato (*output*) seguendo logiche statistico-probabilistiche, derivanti dal processamento dei *big data*. Tuttavia, in entrambi i casi, e dunque a prescindere dal grado di complessità dell'algoritmo, è complicato e artificioso ricostruire a posteriori l'esatto funzionamento del "ragionamento algoritmico", fino a divenire addirittura impossibile nei casi in cui la macchina autoapprenda da un *set* di dati sterminato e finisca per seguire anche logiche imprevedibili o assurde. Inoltre, come da tempo segnalato da studi internazionali, non è infrequente che alla macchina intelligente sia demandata un'attività di profilazione, per cui qualora siano inseriti dei dati distorti o pregiudizievoli, si otterrebbe una vera e propria "*classification bias*", che determina una stratificazione e una replicazione su vasta scala del pregiudizio incorporato dal sistema automatizzato.

A ciò si aggiunga che spesso la discriminazione algoritmica si presenta come una "*proxy discrimination*", sicché il trattamento discriminatorio è causato da un "*proxy"*, ossia un riferimento indiretto che non coincide immediatamente con il fattore protetto, ma risulta comunque idoneo a denotare univocamente l'appartenenza del soggetto ad una categoria protetta.

È evidente che, dinnanzi a siffatta realtà, la problematica più spinosa correlata al fenomeno della discriminazione algoritmica è data dalla maggiore difficoltà nell'individuazione del comportamento discriminatorio; il che rende la discriminazione algoritmica particolarmente insidiosa, specie in ordine al rischio di minore azionabilità della tutela antidiscriminatoria, data la non agevole identificabilità della discriminazione da parte del lavoratore o lavoratrice lesa.

Nell'economia del ragionamento qui seguito, occorre chiedersi quali siano i profili di novità che la discriminazione algoritmica pone in ordine alla tutela giurisdizionale e, dunque, ai rimedi predisposti dall'ordinamento per arginare l'odioso fenomeno della discriminazione, anche quando è perpetrato *a mezzo* della tecnologia.

L'opacità, che, come sopra indicato, sembra connaturare le più sofisticate tecnologie rischia di rendere particolarmente complessa la ricostruzione, in giudizio, del trattamento discriminatorio che

si cela dietro all'esatto funzionamento dell'algoritmo. Sicché non stupisce che le più efficaci tecniche di tutela contro le discriminazioni algoritmiche siano destinate ad operare in via preventiva, secondo una logica di azzeramento in radice del rischio discriminatorio, prima ancora di perseguire la sua "repressione".

Non a caso, questa sembra essere la "strategia" regolativa introdotta dalle Istituzioni europee. Sia l'IA Act che la proposta di Direttiva sul lavoro tramite piattaforma - il primo con riferimento in generale all'uso (non solo lavoristico) dei sistemi automatizzati di intelligenza artificiale, la seconda con riferimento al lavoro tramite piattaforma (che costituisce la realtà più consolidata di *algorithmic management*) - stabiliscono che, qualora il sistema di sorveglianza o dalla valutazione del rischio segnali un elevato rischio di discriminazione sul lavoro nell'uso di sistemi decisionali e di monitoraggio automatizzati, l'impresa (*id est* la piattaforma di lavoro digitale) è tenuta ad adottare le misure necessarie, compresa, se del caso, una modifica del sistema decisionale e di monitoraggio automatizzato o la cessazione del suo utilizzo, al fine di evitare tali decisioni in futuro, fermo restando l'obbligo datoriale di "rettificare tali decisioni senza indebito ritardo o, ove ciò non sia possibile, provvedere a un adeguato risarcimento del danno subito e adottare le misure necessarie per evitare decisioni analoghe in futuro, compresa la cessazione del suo utilizzo".

Anche la disciplina nazionale, recentemente introdotta dal "Decreto Trasparenza", è orientata ad una logica di prevenzione, grazie all'imposizione di obblighi di trasparenza individuali e collettivi, del rischio di discriminazione. L'imposizione di oneri di trasparenza algoritmica (art. 1-bis del D.lgs. n. 152/1997, recentemente introdotto dal D.lgs. n. 104/2022 e come da ultimo modificato dal cd. "Decreto Lavoro") è uno strumento particolarmente prezioso per la prevenzione del rischio di discriminazione insito nei sistemi automatizzati, dal momento che consente, prima ancora dell'avvio del giudizio, di pretendere una cognizione del funzionamento del sistema (integralmente) automatizzato e dunque dell'eventuale trattamento discriminatorio subito. Il riconoscimento espresso della titolarità collettiva dei diritti di informazione consente un importante innalzamento dei livelli di effettività della disciplina, come segnalato da un recente e vivace contenzioso già avviato dalle rappresentanze sindacali.

In ogni caso, passando al momento repressivo, il sistema delle tutele processuali contro la discriminazione sembra attrezzato a rispondere anche alle istanze di tutela che provengono dai lavoratori coinvolti in un processo decisionale automatizzato: alla base tuttavia vi è stata la decisione, non unanime, di configurare, nell'ambito delle convinzioni personali, le discriminazioni sindacali con la conseguenza dell'utilizzazione del D.lgs. n. 216 e soprattutto dell'art. 28 del D.lgs. n. 150**.** Il diritto antidiscriminatorio, in quest'ambito normativo, si caratterizza per la sua capacità di colpire condotte potenzialmente discriminatorie a prescindere dall'*animus nocendi* (anche nell'applicazione

giurisprudenziale) nonché per la predisposizione di strumenti atti a sanare gli squilibri delle parti del rapporto, tramite l'individuazione di un'attenuazione/parziale inversione dell'*onus probandi*. È chiaro che, rispetto al problema dell'opacità algoritmica a cui il lavoratore può essere assoggettato, la previsione di uno "spostamento" del rischio di mancata prova sul convenuto consente un'adeguata protezione della persona che lavora, chiamata solo ad offrire una prova semipiena della condotta potenzialmente discriminatoria dell'algoritmo in uso all'azienda.

Peraltro, la rilettura in chiave evolutiva di alcune statuizioni della giurisprudenza europea, confortano sull'opportunità (*rectius* necessità) di valorizzare una concreta inversione dell'onere probatorio in capo al datore di lavoro in caso di utilizzo di sistemi algoritmici, dal momento che si ammette la facoltà del giudice, ai fini della decisione, di tener conto della difficoltà della vittima della discriminazione di accedere ai documenti indicanti indizi e/o presunzioni di discriminazione. Ancor di più, nel caso in cui il datore di lavoro non osservi i propri obblighi di trasparenza, adoperando un sistema (algoritmico) in «totale mancanza di trasparenza».

L'applicazione dell'inversione dell'onere probatorio consentirebbe infatti di poter riconoscere una piena protezione anche ai casi più complessi e artificiosi di *machine learning.*

D'altronde, conferme della piena utilizzabilità e validità dei tradizionali rimedi del diritto antidiscriminatorio anche nel caso delle discriminazioni algoritmiche proviene dalla giurisprudenza interna. In almeno due casi giurisprudenziali si è accertata la discriminazione algoritmica, seppur potenziale. Ci si riferisce alle note vicende che hanno coinvolto il Tribunale di Bologna (sentenza 31 dicembre 2020) e il Tribunale di Palermo (sentenza 17 novembre 2023) con riferimento al lavoro tramite piattaforma digitale. Entrambi i giudizi sono stati azionati su ricorso delle organizzazioni sindacali *ex* art. 28 d.lgs. n. 150/2011.

Nel primo provvedimento, che ha investito il Tribunale di Bologna, si è analizzato l'impatto discriminatorio dell'algoritmo impiegato per la gestione del personale e dei flussi di lavoro dalla piattaforma "Deliveroo", accusato dai sindacati ricorrenti di essere stato costruito in modo tale da discriminare ingiustificatamente i lavoratori che si assentavano dagli *slot* di lavoro per prendere parte ad uno sciopero, determinando così un trattamento sfavorevole in ragione del fattore protetto delle convinzioni personali, indubbiamente comprensivo anche delle opinioni sindacali.

In effetti, come emerso dalle risultanze istruttorie, l'algoritmo in questione era stato programmato per distribuire le offerte di lavoro in funzione di due criteri: l'affidabilità (derivante dai tassi di esatto adempimento delle consegne) e la partecipazione (derivante dai tassi di presenza nei turni prenotati). Ne derivava che le occasioni di lavoro venivano distribuite maggiormente ai lavoratori più assidui e fedeli, che cioè non si assentavano senza preavviso, considerando sempre irrilevanti i motivi della mancata partecipazione alla sessione prenotata, anche qualora coincidenti

con l'esercizio di diritti fondamentali (lo sciopero nel caso di specie). Nell'operare in tal modo, secondo il giudice bolognese, la piattaforma operava discriminazioni indirette, dal momento che l'algoritmo, astrattamente neutro, riservava in concreto «*lo stesso trattamento a situazioni diverse* ».

A medesime conclusioni è giunto anche il Tribunale di Palermo con sentenza del 17 novembre 2023, stavolta relativa all'algoritmo gestionale utilizzato dalla piattaforma "Glovo". Anche in questo caso l'algoritmo era stato "addestrato" per distribuire le offerte di lavoro attraverso un sistema premiale, a beneficio dei lavoratori più produttivi, efficienti, affidabili e assidui. Ne derivava, secondo il Tribunale palermitano, una discriminazione indiretta in danno «dei lavoratori che per condizione personale, familiare, età o handicap sono svantaggiati rispetto ai "concorrenti"», perché l'esercizio di diritti fondamentali connessi con i plurimi fattori protetti che vengono in rilievo (quello di genitorialità, sindacale, per età, per disabilità e religioso) determinava uno svantaggio in termini di accesso alle occasioni di lavoro e dunque di guadagno.

L'apparente risultato, in funzione protezionistica, di questi primi interventi di trattamenti discriminatori per mezzo degli algoritmi gestionali utilizzati dall'impresa. Tuttavia resta incompleta la questione ancora più complessa dall'esatto funzionamento degli stessi. Ed è questo il tassello di maggiore importanza in quanto solo scoperchiando la "scatola del sistema algoritmico è possibile conoscere le logiche del suo funzionamento e quindi "settare" a monte la sua condotta.

Il che, in conclusione, conferma l'importanza di un approccio sinergico di prevenzione, prima ancora che di repressione, della discriminazione algoritmica.

15. L'ipertrofia necessitata dei poteri del giudice.

L'esame dei riti e delle procedure di tutela antidiscriminatoria hanno disvelato, in una pluralità di dimensioni, la centralità della funzione affidata al giudice che, con ogni evidenza, pare aver tracimato in materia dallo stesso ampio margine accordatale non solo in virtù delle espresse previsioni normative disposte nei vari procedimenti discriminatori, ma forse ancor di più per effetto della derivazione eminentemente giuslavoristica (anche dal punto di vista ideale) del diritto antidiscriminatorio.

Si è già cercato, nel corso dello scritto, di evidenziare via via modalità e tecniche di intervento del giudice, mettendo in luce come il moltiplicarsi delle procedure, le incertezze o le imprecisioni terminologiche e la stessa necessità di pervenire ad una lettura unitaria dei percorsi di tutela

giurisdizionale antidiscriminatoria, a prescindere dal fattore di rischio di volta in volta in evidenza, abbiamo dato vita ad un'ipertrofia giudiziaria nella disciplina dei vari fenomeni.

A questo ha certamente contribuito il diritto comunitario e la stessa azione della Corte di Giustizia, a sua volta artefice di un approccio alle vicende discriminatorie ondivago e comunque ispirato alla logica del caso concreto. Di conseguenza, in molteplici occasioni il giudice nazionale, anche di legittimità, non ha saputo (e in alcuni casi anche voluto) sottrarsi alla suggestione degli indirizzi sovranazionali intervenendo con l'obiettivo, peraltro dichiarato, di operare interpretazioni del tessuto normativo nazionale direttamente orientate all'accoglimento degli influssi esogeni.

Nè può sottacersi che questa operazione ha condotto in taluni casi – si pensi per esempio alle vicende relative alle causali di risarcimento del danno sopra ricordate - a risultati a dir poco altalenanti.

Per un verso, è indubbio il valore positivo di questa azione additiva da parte della giurisprudenza, che si è rivelata utile per scavalcare lo steccato di principi apparentemente consolidati con il nobile obiettivo di apportare tutela effettiva e concreta alla persona umana colpita a volte nella sua stessa dimensione più intima. E questo è ancora più chiaramente visibile negli interventi di raccordo e amalgama tra i vari riti, le cui inspiegabili difformità – sovente frutto soltanto di una stratificazione temporale puntualmente mal gestita - sono state appianate con richiami e puntualizzazioni sovente apprezzabili anche per la tecnica utilizzata.

Nondimeno però è evidente che simile tracimazione non può dirsi neppure esente da censure anche in ragione dell'inevitabile effetto che si è verificato che, con qualche esagerazione, può quasi definirsi, su di una falsariga impropria del diritto anglosassone, del *judge made law*.

Una sia pur breve panoramica di raffronto coi poteri del giudice nel rito del lavoro può rivelarsi utile a comprendere le ragioni della necessità di un cambio di passo.

Nel rito del lavoro il principio dispositivo viene contemperato con quello della ricerca della verità materiale, cristallizzato dall'art. 421 c.p.c., che affida al giudice, indipendentemente dalle decadenze istruttorie, il potere/dovere di provvedere d'ufficio ad ammettere le prove indispensabili ai fini della decisione della causa ovvero ad assegnare alle parti un termine per provvedere a sanare le irregolarità riscontrate.

Lo scopo del legislatore, nel momento in cui ha compiuto quella scelta, è stato quello di «… tendere quanto più possibile ad un accertamento pieno dei fatti (c.d. verità materiale), indipendentemente dalle richieste articolate dalle parti, in considerazione della natura dei diritti di cui si chiede tutela …» (TRISORIO LIUZZI).

Si tratta di incisivi poteri istruttori, che hanno fatto definire il sistema come "inquisitorio attenuato". Sia perché devono comunque essere osservati i limiti riconducibili all'imparzialità del giudice e al giusto processo garantito dall'art. 111 Cost.), sia perché il principio della domanda

produce l'effetto che il potere del giudice si eserciti solo quando il quadro probatorio, delineato dalle parti, presenti incertezze (Cass. n. 16182 del 2011), escludendo la possibilità di utilizzare il sapere privato del giudice e tantomeno sopperire alle carenze probatorie delle parti, né assumere poteri di indagine e/o acquisizione così come nel giudizio penale. Si tratta di un potere-dovere, all'inizio molto discusso e molto temuto, che è stato amministrato almeno dalla prevalenza dei magistrati con molta saggezza.

Il giudice dei riti discriminatori, a meno che non si svolgono con le regole del processo del lavoro, non ha tuttavia questi poteri, a meno che non si accetti l'idea di una commistione di tecniche processuali. Ed è appunto ciò che si è verificato, con un'operazione dal rigore metodologico a dir poco incerto. In sostanza, il giudice dei riti antidiscriminatori, posto di fronte alla complessità delle questioni procedurali causata dal groviglio normativo delle tutele antidiscriminatorie, sovente non ha resistito alla tentazione – nella prospettiva di assolvere alla funzione primaria di assicurare l'applicazione del principio di chiovendiana memoria che il processo non deve nuocere alla parte che ha ragione – di vestire i panni procedurali del giudice del lavoro, acquisendo i relativi poteri istruttori, che peraltro conoscono essi stessi dei limiti, come sopra abbiamo visto.

E questo si è tradotto nella fuoriuscita delle regole processuali dall'uno verso gli altri riti, con le conseguenze che si sono poi viste in termini di certezza e solidità argomentativa delle relative decisioni. E' evidente, al di là della bontà dei risultati, che questa funzione di supplenza creativa, addirittura rispetto alle medesime regole del processo, è particolarmente impropria, costituendo a sua volta fonte di incertezza rispetto ad un contesto nel quale la parte che si ritiene discriminata ha particolare necessità di trovarsi di fronte ad un quadro di regole sufficiente certo e determinato che non l'affidi alla logica del caso per caso, come purtroppo sovente si è verificato in questi anni.

16. Alla ricerca di un nuovo diritto antidiscriminatorio.

Il quadro che emerge dalla complessiva analisi delle tecniche processuali di tutela antidiscriminatoria presenta, come si è visto, più ombre che luci. E questo non tanto per ragioni connesse con la determinazione del legislatore di apprestare o meno adeguata attenzione ed interesse a queste vicende, ma paradossalmente proprio per il motivo opposto. Infatti, la progressiva acquisizione di una sempre maggiore consapevolezza circa le dimensioni, i contesti e le realtà in cui si possono sviluppare queste condotte lesive della dignità e soprattutto dei diritti dell'individuo in ragione della sua mera "appartenenza", ha favorito il fiorire di interventi tesi a riconoscere, con

interventi normativi autonomi, specifica tutela autonoma a singole vicende discriminatorie, con l'obiettivo, più o meno dichiarato, di conferire a ciascuna di esse espressa cittadinanza nel contesto di quei valori che il legislatore intende esplicitamente proteggere.

Non ha giovato ai risultati raggiunti che questa pur meritoria opera sia avvenuta nel contesto di un orientamento che riposa su di una ricostruzione, in fondo dogmatica, che considera tassativa la lista dei fattori di rischio individuata dall'art. 15 St. Lav. A mio avviso, un approccio per il quale occorre che l'idoneità lesiva della dignità della persona non sia collegata alla sua identità soggettiva, ma piuttosto alla natura sistematica della condotta, non convince perché questa prospettazione finisce per identificare intrinsecamente la condotta discriminatoria eminentemente in termini qualitativi e quantitativi, con tutte le implicazioni anche pratiche che ne conseguono.

Infatti, la stratificazione e il disordine normativo, da un lato, l'irrazionalità, il carattere approssimativo e l'inadeguatezza delle tecniche di tutela, dall'altro, non favoriscono il contrasto reale delle discriminazioni, eludendo nei fatti le forti aspettative fondate sui capisaldi, non solo costituzionali, della libertà, della dignità, dell'uguaglianza e della giustizia. Ecco perché è necessaria una rivisitazione completa dell'approccio alla materia che sappia conferire effettività a cui accompagnare poi un continuo monitoraggio capace di calibrare meglio le tutele, perfezionando e razionalizzando le caratteristiche più importanti del fenomeno e gli stessi spazi d'intervento del giudice.

In altri termini, alla fine del viaggio, esce rafforzata la convinzione che di fronte a qualsiasi fenomeno in grado di negare valore intrinseco alla persona umana e che si innesta oggettivamente in situazioni di svantaggio e vulnerabilità sociale o nella quale strutture politiche e sociali diseguali diano vita a disparità di potere e incapacità di rappresentanza degli interessi individuali e di gruppo, sorga una necessità di protezione, attraverso una tutela rafforzata, senza che si debba codificare lo specifico fattore di rischio e le relative regole di contrasto.

La legittimità di una lettura aperta delle vicende discriminatorie, del resto, non può certo ritenersi patrimonio esclusivo del solo diritto antidiscriminatorio, ma si ritrova da più parti in seno al nostro ordinamento. Per continuità di materia, ma anche per il rilievo costituzionale dei valori, un esempio significativo appare quello della disciplina di regolamentazione dello sciopero nei servizi essenziali. Infatti, la presenza di una casistica d'ipotesi, tipizzata dal legislatore all'art. 1, comma 1, della l. n. 146/1990, come novellata dalla l. n. 83/2000, non ha in alcun modo condizionato il riconoscimento della piena legittimità dell'intervento della precettazione nel campo indeterminato delle attività in cui possa verificarsi una lesione, anche solo potenziale, dei diritti degli utenti, senza reputare esaustivo, ma solo meramente esemplificativo, l'elenco contenuto nel successivo comma 2 dell'art. 1 della cennata normativa.

In sostanza quel che sempre conta, nell'alveo dei diritti costituzionalmente garantiti, è la preminenza dell'interesse generale alla loro fruizione che può essere condizionata solo da altri diritti di uguale livello.

Di fronte a questi dati, che ovviamente non sono tipizzabili aprioristicamente, dunque, si può e si deve poter attingere all'impianto concettuale e normativo dei meccanismi antidiscriminatori, a partire proprio da quello processuale, che rappresenta la leva più certa per tradurre in effettività l'aspirazione all'uguaglianza sostanziale. Con l'ovvia considerazione che, se già in generale questo percorso sconta l'ineludibile conseguenza della posteriorità dell'intervento rispetto all'evento - in base al dato per cui il diritto interviene sempre a posteriori rispetto al formarsi della coscienza sociale circa la legittimità o illegittimità di un determinato comportamento - sta di fatto che questo elemento si amplifica allorquando si debba passare dall'affermazione positiva del riconoscimento di un diritto alla determinazione della misura che ne deve regolamentare la sua tutela in sede giurisdizionale.

Dunque, l'ambizione autentica per superare le attuali condizioni di criticità del sistema antidiscriminatorio dovrebbe essere quella di rovesciare le regole del gioco, almeno per quanto attiene l'impianto processual-civilistico di tutela, esaltando il concetto che, quella discriminatoria, è una condotta aperta, come tale insuscettibile di essere schematizzata, a partire dal profilo identificatorio delle relative fattispecie. Ne consegue che l'attuale, articolato, impianto normativo processuale, a mio avviso, dovrebbe essere integralmente cancellato e riscritto, per poter dar vita ad un'operazione dalla logica regolamentare completamente differente.

In luogo di molteplici riti, procedure e meccanismi probatori – più o meno differenziati tra loro per tutte le ragioni che abbiano avuto modo di vedere (da quelle temporali a quelle dell'emersione di diverse sensibilità sino al semplice mutare di regole processuali generali) – rispetto ai quali si è costretti ad operare relazioni e congiunzioni sovente attraverso l'intervento creativo del giudice, l'obiettivo cui bisogna puntare è quello di dar vita ad un nuovo art. 15 St. Lav. che non si limiti a definire in modo compiuto e omnicomprensivo il bene oggetto della tutela, ma contestualmente stabilisca soprattutto un unico modello procedurale, con un unico giudice competente, un unico meccanismo probatorio, un unico regime sanzionatorio (che non può essere certo solo quello della mera nullità dell'atto), un unico sistema risarcitorio, e questo sia nella dimensione individuale che collettiva e indeterminata del fenomeno stesso.

Insomma, occorrerebbe fare in modo che non debba essere, ad esempio, l'intervento del giudice a consentire l'effettiva realizzazione di quella che è l'essenza stessa del meccanismo antidiscriminatorio – e cioè garantire l'uguaglianza sostanziale al soggetto, senza che sia costretto a subire conseguenze dalla sua appartenenza ad una categoria ovvero dalla sua esclusione dalla stessa

– ma determinare *ex ante* questo stesso risultato focalizzando l'attenzione sull'oggettività del fatto rispetto alla sua causale costitutiva.

Naturalmente non si tratta certo di ripercorrere, cinquant'anni dopo, il cammino del legislatore degli anni '70 che aveva teorizzato (e in parte attuato) la moltiplicazione dei riti per permettere la specifica salvaguardia delle singole situazioni giuridiche con meccanismi procedurali *ad hoc*, ma di prendere atto che in materia di discriminazioni esiste, proprio per questa ragione, un'oggettiva frammentazione che non riguarda lo spirito del fenomeno, ma le singole vicende in cui esso può manifestarsi e che, anche in ragione degli interventi comunitari, coi conseguenti processi di adeguamento interno, apre il fianco al rischio paradossale di ingenerare – talvolta per mere questioni di utilizzo dei singoli riti – preclusioni all'accesso sostanziale alla tutela in una materia nella quale invece la debolezza intrinseca della parte lesa (che si manifesta in particolare in alcuni campi di espressione della personalità umana) può di per sé scoraggiare il ricorso alla tutela giurisdizionale.

Piuttosto, la declinazione di un sistema di autentico contrasto alle discriminazioni, specie sul versante della prevenzione, può trovare un significativo strumento di conforto e sostegno nella logica sottesa alla già ricordata Direttiva n. 2023/970 in tema di trasparenza retributiva. Infatti, la stessa, più che l'attribuzione di un potere di iniziativa giudiziaria ai soggetti collettivi per contrastare una violazione degli obblighi connessi al principio di parità della retribuzione (considerando 3) e alla previsione di un *astreinte* a garanzia dell'esecuzione dei provvedimenti di ripristino del diritto alla parità (considerando 17, par. 2), introduce un inedito diritto di informativa, pre e *post* assunzione, connesso direttamente ai singoli lavoratori (considerando da 35 a 43). In particolare, le aziende sono tenute ad informare dei trattamenti economici erogati per lo stesso lavoro o per lavori di pari valore, oltre che ad adottare provvedimenti in caso il divario superi la soglia del 5%. Infine, la Direttiva prevede l'obbligo di informativa, anche ai rappresentanti sindacali, dei criteri utilizzati per determinare la retribuzione e la progressione di carriera che comunque devono essere oggettivi e neutri. Il tutto accompagnato da un dovere di rendicontazione modulato temporalmente in base alle dimensioni delle aziende (che comunque non deve superare i 3 anni per quelle più piccole) e da un sistema sanzionatorio per il caso di accertato inadempimento che accorda alle vittime un risarcimento, comprensivo dei trattamenti arretrati non ricevuti.

Analogo principio si ritrova poi nel D.lgs. n. 104/2022, che a sua volta, ha aperto la strada ad una informazione sui contenuti del contratto di lavoro subordinato molto ampia e dettagliata, come già ricordato a proposito della discriminazione algoritmica.

Infine, il contrasto in chiave preventiva al divario di genere, già previsto dall'art. 46 D.Lgs. n. 148/2006, ha trovato un significativo rafforzamento anche nella l. n. 162/2021.

Infatti, la previsione di un obbligo di presentazione all'INL di un rapporto biennale per le aziende, pubbliche o private, con più di 50 dipendenti, che contenga ogni informazione utile a conoscere i criteri di assunzione, progressione di carriere, retribuzione licenziamenti e pensionamenti, consente anche alle rappresentanze sindacali aziendali e ai dipendenti (che hanno diritto di accesso alle relative informazioni) di poter verificare la *policy* aziendale in materia di superamento del *gender gap*, accompagnato da un sistema sanzionatorio che arriva sino alla revoca dei benefici contributivi goduti dall'azienda.

Dunque, l'utilizzo della trasparenza (attraverso l'obbligo di conoscibilità e di circolarità delle informazioni) - in quanto consente ai soggetti interessati (lavoratori, organizzazioni sindacali, soggetti pubblici gestori della materia) di entrare in possesso del quadro complessivo degli elementi idonei a valutare accuratamente le modalità di gestione del personale e le possibili discriminazioni non solo in atto, ma anche potenzialmente realizzabili - diviene esso stesso una tecnica di effettività, in ossequio ad un principio che può definirsi di rilevanza costituzionale.

Infatti, sono ormai superate le costruzioni che legavano il diritto all'informazione nell'ambito del cd. irrilevante giuridico in favore di un approccio che, al contrario, lo valorizza nel duplice versante della libertà di ricevere e ricercare informazioni e in quello dell'individuo - che qui viene in evidenza - di essere informato delle circostanze di fatto e di diritto in grado di impattare sulla sua condizione soggettiva quale precondizione per un esercizio consapevole dei suoi diritti.

Queste disposizioni rappresentano, in definitiva, l'altra leva che deve accompagnare la costituzione di un nuovo diritto antidiscriminatorio con la finalità di affiancare, anticipandolo, il sistema sanzionatorio attraverso questo meccanismo di prevenzione. E ciò pure sotto un profilo "educativo" perché le norme in materia di trasparenza, pur nascendo eminentemente nella dimensione del contrasto alle discriminazioni di genere all'interno dei luoghi di lavoro, operano nella direzione della solidificazione di un impianto valoriale che individua nel superamento di ogni forma di diseguaglianza, anche apparentemente oggettiva e neutra, l'obiettivo cui tende l'ordinamento, come tale destinato a dispiegarsi in ogni aspetto della civile convivenza.

E' questa la strada da intraprendere per superare le difficoltà che si frappongono all'affermazione piena di questi valori, fondamentali per ogni comunità autenticamente democratica.