

**RGL 3/2022**

**PARTE II**

**RGL GIURISPRUDENZA ONLINE**

**NEWSLETTER N. 7/2022**

# APPROFONDIMENTI

---

## I

TRIBUNALE ROMA, 23.3.2022 – Est. Cottatellucci – A.M. et al. (avv.ti Verdura, Laratta, Romanotto) c. Italia Trasporto Aereo S.P.A. (avv.ti Marazza, De Feo).

**Discriminazioni – Esclusione di donne in stato di gravidanza – Distribuzione dell'onere probatorio – Prova statistica – Risarcimento del danno.**

*In tema di discriminazioni, la legge prevede un regime di distribuzione dell'onere della prova «attenuato» a favore della parte denunciante la discriminazione, stabilendo che, quando il ricorrente fornisce elementi di fatto – desunti anche da dati di carattere statistico relativi alle assunzioni – idonei a fondare, in termini precisi e concordanti, la presunzione dell'esistenza di atti, patti o comportamenti discriminatori, spetta al convenuto l'onere della prova sulla insussistenza della discriminazione. La condanna al pagamento della somma esprime anche una valenza dissuasiva. (1)*

(1) DISCRIMINAZIONE DI GENERE: I PROFILI SOSTANZIALI E PROCESSUALI DELLA TUTELA ANTIDISCRIMINATORIA NELLA RECENTE GIURISPRUDENZA DI MERITO

1. — Con il decreto annotato, il Tribunale di Roma ha accertato l'esistenza di una discriminazione nell'accesso al lavoro nei confronti di alcune lavoratrici in ragione del loro stato di gravidanza e ha condannato la società resistente al risarcimento del danno da perdita di *chance* subito.

Nel caso di specie, le lavoratrici ricorrenti, due assistenti di volo con anzianità di servizio dal 2011 in una compagnia aerea fallita e in seguito acquisita dall'attuale società convenuta, lamentavano l'oscurità dei criteri di selezione adottati dalla società di nuova costituzione e deducevano che la loro mancata selezione e assunzione fossero determinate dal trovarsi in stato di gravidanza al momento della domanda di «adesione» alla nuova società. A tal fine, evidenziavano che erano state a loro preferite candidate con

minore anzianità ed esperienza nella stessa mansione; inoltre, allegavano a tale doglianza i nominativi di altre lavoratrici in stato di gravidanza o in astensione obbligatoria per maternità, in servizio nello stesso o in altro aeroporto, parimenti escluse dalle selezioni. Per tali ragioni, con ricorso *ex art.* 38 del d.lgs. n. 198/2006, esse chiedevano l'accertamento della discriminatorietà della condotta ed altresì la condanna alla rimozione degli effetti del trattamento discriminatorio, con la conseguente disposizione della loro assunzione coattiva, nonché, in subordine, la condanna al risarcimento dei danni patiti.

2. — La pronuncia rileva sotto diversi profili: la qualificazione della discriminazione, la modalità con cui il Tribunale ha ritenuto provata la discriminazione e, infine, la valenza *dissuasiva* del risarcimento riconosciuto.

In primo ordine, relativamente alla qualificazione della discriminazione, è opportuno richiamare il quadro normativo di riferimento. Innanzitutto, si rammenta che l'elemento soggettivo è irrilevante nell'inquadramento di una discriminazione, essendo di per sé sufficiente l'effetto che la condotta discriminatoria produce. A tal proposito, l'ordinamento distingue tra discriminazione diretta e indiretta, a seconda che la disparità di trattamento, rispettivamente, discenda direttamente dalla condotta o sia l'effetto di un atto, un patto, di una disposizione o una prassi in astratto legittimo e corretto, ovvero *apparentemente neutro* (come si legge dall'art. 25, c. 2, d.lgs. n. 198/2006). Peraltro, dalla qualificazione discendono conseguenze giuridiche in merito alla giustificabilità della condotta, che è preclusa in caso di discriminazione diretta.

Nel caso ivi considerato, il giudice sembra inquadrare il comportamento datoriale in una discriminazione diretta, come si deduce *a contrario* dalla considerazione che, se la mancata selezione o assunzione fossero state imputabili alla scadenza del *Recurrent Training* (si tratta di una abilitazione per operare a bordo in qualità di membro di equipaggio di cabina che si ottiene con l'attestazione di frequenza ad un'attività di aggiornamento di breve durata, di uno o due giorni, ripetuta periodicamente, con scadenza tendenzialmente annuale), come eccepito dalla convenuta, tale criterio di esclusione avrebbe configurato un trattamento *indirettamente* discriminatorio.

Si ritiene condivisibile la qualificazione della discriminazione come diretta e, a tal riguardo, si aggiunge che l'oscurità dei criteri selettivi adottati dalla società convenuta non debba essere confusa con l'apparente neutralità richiesta dalla disposizione normativa.

3. — In merito al tenore della prova fornita dalle ricorrenti, come anzidetto, esse, oltre ad allegare le informazioni relative alla propria condizione, si sono limitate a fornire i nominativi di altre sette lavoratrici in una situazione asseritamente analoga. Sulla scorta di tali allegazioni il giudice ha ritenuto assolto l'onere probatorio, considerando soddisfatti i requisiti di precisione e concordanza richiesti dalla norma per fondare la presunzione.

Giova ricordare che nelle controversie in tema di discriminazione il regime probatorio è «attenuato» (in giurisprudenza, Cass. 15.6.2020, n. 11530, in *Dejure*; Cass. 26.2.2021, n. 5476, in *Dejure*). Difatti, l'ordinamento italiano, coerentemente allo spirito delle direttive europee (in particolare, l'art. 19 della Dir. n. 2006/54), ai sensi dell'art. 40 del d.lgs. 198/06, obbliga la parte ricorrente a fornire meramente una prova presuntiva «ibrida» (così definita

da Barbera 1994, 63 ss., per cui si tratta di un meccanismo probatorio ibrido al confine tra presunzione semplice e presunzione relativa), peraltro, meno gravosa di quella prevista dall'art. 2729 c.c. e consistente nell'allegazione di elementi di fatto, tra cui anche dati statistici, idonei a fondare la presunzione dell'esistenza di atti o fatti discriminatori in maniera precisa e concordante (vale a dire, richiamando la Cass., 5.6. 2013, n. 14206 in *Dejure*, che, rispettivamente, i fatti debbano essere determinati nella loro realtà storica e che debbano essere fondati su una pluralità di elementi convergenti nella dimostrazione del fatto ignoto; Guariso, Militello 2019, 464). Una volta raccolta tale prova, la norma attribuisce al convenuto l'onere di dimostrare l'insussistenza della condotta discriminatoria.

Il regime probatorio sin qui delineato, come precisato dalla giurisprudenza (Cass., 2.1.2020, n. 1; Cass., 12.10.2018, n. 25543, in *Dejure*), non rappresenta una inversione dell'onere della prova (contrariamente a quanto sostenuto dalla Corte d'Appello di Catanzaro 30.12.2019, in *Dejure*), bensì una agevolazione in favore del ricorrente, giustificata dalla necessità di salvaguardare l'uguaglianza processuale delle parti del giudizio, in considerazione dell'asimmetria informativa che caratterizza la posizione del lavoratore, per il quale – come nel caso di specie – sovente risulta complesso acquisire elementi probatori a proprio favore. Tenuto conto di quanto appena affermato, si deve aggiungere che il regime probatorio «attenuato» deve essere coordinato con il generale «principio di vicinanza della prova» (Cass., SS. UU., 30.10.2001, n. 13533, in *Dejure*), richiamato anche dalla decisione commentata, secondo cui l'onere deve ricadere sulla parte nella materiale disponibilità della prova. Nel caso di specie, la società disponeva degli elementi sufficienti a smentire la tesi delle ricorrenti. Infatti, le sarebbe bastato indicare quante tra le assistenti di volo assunte si trovassero in stato di gravidanza.

Per quanto concerne il rigore della prova statistica, giurisprudenza e dottrina hanno precisato che non è richiesto un rigore scientifico, essendo sufficiente che la prova sia caratterizzata da una chiara esplicitazione delle modalità di rilevazione dei dati, dalla misurazione oggettiva e quantitativa dei fenomeni, da chiare modalità di presentazione delle informazioni (Cass. 5.6.2013, n. 142016; si vd. in proposito Amoroso 2013, 1364; Santagata De Castro, Santucci 2015b, 834; per una ricostruzione dei problemi posti dalla prova statistica vd. Bonardi, Meraviglia 2017, 352 ss.). Vale a dire che essa deve intendersi nella sua accezione meno tecnica e più comune di probabilità. Recentemente, la Cassazione, al fine di verificare l'esistenza di una discriminazione indiretta di genere, ha anche chiarito la tecnica di indagine che il giudice deve adottare quando è in possesso dei dati statistici (Cass. 29.7.2021, n. 21801 in *Dejure*; Iervolino 2021, 51). In particolare, occorre in primo luogo prendere in considerazione l'insieme dei lavoratori assoggettati alla disposizione apparentemente neutra, benché asseritamente discriminatoria; successivamente, bisogna confrontare le proporzioni rispettive di lavoratori che sono e che non sono «colpiti» dalla disparità di trattamento, a seconda che appartengano o meno al gruppo «protetto». A parere di chi scrive, se ne può derivare che, nel caso in cui si debba determinare l'esistenza di una discriminazione diretta, qualora vi sia una disparità di trattamento non palese, tale regola di indagine possa essere applicata direttamente alla condotta illegittima di cui si contesta la discriminatorietà, comparando, analogamente, le proporzioni dei lavoratori destinatari del trattamento, a seconda della loro

eventuale appartenenza ad un fattore di discriminazione tutelato (sulla possibilità di far emergere una discriminazione diretta a partire da dati quantitativi, si veda il Tribunale di Roma, ord. 21.6.2012; Corte d'Appello di Roma, ord. 19.10.2012, che hanno ritenuto assolto l'onere probatorio e sussistente la discriminazione diretta in ragione dell'appartenenza sindacale contestata dalla Fiom-Cgil sulla base di una prova raccolta seguendo un ragionamento analogo a quello descritto pocanzi).

Alla luce del quadro regolatorio delineato, di cui si deve senz'altro ribadire e privilegiare il *favor* nei confronti della vittima di discriminazione, e delle considerazioni circa le modalità di assunzione della prova statistica, il giudice presume la sussistenza della condotta discriminatoria e aggiunge che tale presunzione è confortata da una valutazione statistica relativa all'incidenza percentuale delle donne in gravidanza nella popolazione femminile in età fertile, fondata sui dati Istat raccolti nella elaborazione definita «Piramide dell'età», dalla quale si desume che sulle 412 assistenti di volo assunte (dalle dichiarazioni della società resistente) si sarebbe dovuta riscontrare una incidenza di 13,7 donne in gravidanza o, anche riducendo del 50% tale dato, di almeno 6 o 7 lavoratrici in gravidanza. Tuttavia, si ritiene che tale riflessione statistica fornita dal giudice costituisca solo un ulteriore elemento a supporto delle sue argomentazioni e non sia idonea a fondare la presunzione (Tambasco 2022), che invece si fonda sugli elementi forniti dalle ricorrenti e sull'assenza di una controprova da parte del datore di lavoro (si rammenta che la società non si è difesa indicando il numero di lavoratrici in gravidanza assunte e tanto può bastare per presumere che non ve ne siano).

4. — Stante il riconoscimento della discriminatorietà della condotta, il Tribunale si è poi pronunciato sulla rimozione dei suoi effetti. A tal proposito, la domanda di assunzione coattiva del rapporto di lavoro, di cui si è parlato nella ricostruzione del ricorso, è stata ritenuta inaccoglibile in quanto esorbita dai poteri del giudice, oltre ad essere in contrasto con il riconoscimento della libertà di iniziativa economica *ex art. 41 Cost.* Al contrario, come si è detto, il Tribunale ha condannato la società resistente al risarcimento del danno da perdita di *chance*, quantificato nella misura dell'importo della retribuzione mensile per 15 mensilità, ribadendo che tale importo esprime anche una valenza *dissuasiva*.

Tale dissuasività, recuperata dal tenore letterale della disciplina comunitaria all'art. 17, Direttiva 2000/78 e dall'art. 18 della Direttiva 2006/54, rappresenta l'ultimo punto di rilievo della decisione che consente di riflettere sulla «polifunzionalità» del risarcimento del danno, delineata anche dalla giurisprudenza di legittimità che ripartisce tra funzione riparatoria-compensativa, deterrente-dissuasiva e sanzionatorio-punitiva (Cass. 15.12.2020, n. 28346, in *ilgiuslavorista*).

A tal proposito, dalle direttive europee in tema di discriminazioni si evince che il legislatore ha voluto attribuire al risarcimento del danno una funzione sanzionatoria-punitiva (le Direttive n. 2000/34 e n. 2000/78 inseriscono l'articolo dedicato al risarcimento del danno fra le *sanzioni*; Amoriello 2015, 3; Morra 2020, 248). Inoltre, la giurisprudenza e la dottrina nazionali si sono ampiamente espresse in merito alla dissuasività del risarcimento del danno da discriminazione (da ultimo in senso favorevole alla natura deterrente-dissuasiva del risarcimento: T. Bologna, 31.12.2020; Cass. 2.11.2021, n. 31071; Cass. 15.12.2020,

n. 28646; in senso contrario, T. Como, 19.6.2018; in dottrina Amoriello 2015; Calafà 2016; Marasco 2020; Morra 2020) e ne hanno evidenziato la sua funzione deterrente, da tenere distinta rispetto alla funzione punitiva, per il cui riconoscimento l'ordinamento richiede un ancoraggio normativo, assente a livello nazionale, nel diritto antidiscriminatorio. Ne consegue l'impossibilità di riconoscere un risarcimento con funzione *strictu sensu* punitiva per i danni subiti a seguito di un trattamento discriminatorio.

Per superare l'*impasse*, spesso le corti ricorrono alla nozione di «danno comunitario» (Cass., S.U., 15.3.2016, n. 5072, in *Dejure*), vale a dire un rimedio con funzione dissuasiva e al contempo sanzionatoria disposto nei casi violazione nella trasposizione della disposizione comunitaria (Amoriello 2015, 12; Tambasco 2022).

Ad ogni modo, nel caso *de quo* il giudice si discosta dagli altri precedenti favorevoli al riconoscimento della funzione deterrente del risarcimento, perché si limita ad evidenziare la funzione puramente dissuasiva dell'importo, diretto ad elidere il vantaggio economico altrimenti conseguito dal permanere del trattamento discriminatorio, senza giustificare la misura della dissuasività espressa dalla somma riconosciuta; né tantomeno riconosce la sussistenza di un danno comunitario.

In conclusione, benché sia pregevole l'accertamento della sussistenza di una discriminazione in una fattispecie complessa e non palese come quella in commento e pur apprezzando il riferimento alla dissuasività del risarcimento, si ritiene che il giudice abbia offerto un rimedio scarsamente efficace sul piano del contrasto alla discriminazione: non solo per la mancata connotazione sanzionatoria al risarcimento, bensì perché è assente una condanna indirizzata alla rimozione degli effetti della condotta discriminatoria. Difatti, la soluzione proposta dal giudice avrebbe potuto spingersi più lontano, obbligando la società a sottoporre *ex novo* le ricorrenti alla procedura selettiva e a rispettare i divieti di discriminazione *ex lege*, anche attraverso un piano di rimozione delle discriminazioni in conformità alla tutela dei diritti fondamentali della persona (art. 3 Cost; art. 47 CdfUE), nonché allo stesso art. 41 Cost. che vincola l'iniziativa economica al rispetto della libertà e della dignità umana (Tambasco 2022).

#### Riferimenti bibliografici

- Amoriello L. (2015), *Alla ricerca della dissuasività. Il difficile percorso di affermazione dei principi UE in tema di danno non patrimoniale da discriminazione*, in W.P. Csdle «Massimo D'Antona», n. 264, 1 ss.
- Amoroso G. (2013), *La giurisprudenza di legittimità in tema di discriminazione di genere e pari opportunità*, in ADL, n. 6, 1360 ss.
- Barbera M. (1994), *La nozione di discriminazione*, in Ballestrero V., Treu T., (a cura di), *Azioni positive per la realizzazione della parità uomo-donna nel lavoro*, in NLCC, 63 ss.
- Barbera M. (2021), *Discriminazioni algoritmiche e forme di discriminazione*, in LLI, vol. 7, n.1, I-3 ss.
- Bonardi O., Meraviglia C. (2017), *Dati statistici e onere della prova nel diritto antidiscriminatorio*, in Bonardi O. (a cura di), *Eguaglianza e divieti di discriminazione nell'era del diritto del lavoro derogabile*, Ediesse, Roma, 352 ss.
- Calafà L. (2016), *Sul risarcimento "dissuasivo" del danno da discriminazione nel diritto UE*, in RIDL, II, 444 ss.

- Guariso A., Militello M. (2019), *La tutela giurisdizionale*, in Barbera M., Guariso A. (a cura di), *La tutela antidiscriminatoria. Fonti, strumenti, interpreti*, Giappichelli, Torino, 445 ss.
- Iervolino P. (2022), *Come verificare la discriminazione indiretta di genere*, in RGL, n. 1, II, 48 ss.
- Marasco F. (2020), *Sulla funzione sanzionatoria del risarcimento del “danno da discriminazione”*, in *giustiziavivile.com*.
- Morra G. (2020), *Danno non patrimoniale e discriminazione*, in Ludovico G., Borsio M., De Melo R.S. (a cura di), *I danni non patrimoniali nel diritto del lavoro e della previdenza sociale*, Aracne Editrice, Roma, 242 ss.
- Rossi Doria M. (2021), *Discriminazione di genere: l'agevolazione del regime probatorio in favore del ricorrente*, in *ilgiuslavorista*.
- Santagata De Castro R., Santucci R. (2015a), *Discriminazioni e onere della prova: una panoramica comparata su effettività e proporzionalità della disciplina (parte I)*, in *ADL*, n. 3, 532 ss.
- Santagata De Castro R., Santucci R. (2015b), *Discriminazioni e onere della prova: una panoramica comparata su effettività e proporzionalità della disciplina (parte II)*, in *ADL*, n. 3, 820 ss.
- Tambasco D. (2022), *Discriminazioni sul lavoro e rimedi giurisdizionali all'esame della giurisprudenza di merito*, in *Labor*, 12 aprile.

Federica Palmirota

*Dottoranda di ricerca in Lavoro, Sviluppo e Innovazione  
presso l'Università di Modena e Reggio Emilia, Fondazione Marco Biagi*