

Differenze tra uomo e donna, part time e full time nel contratto a tempo determinato: con la sentenza Schuck-Ghannadan la Corte di Giustizia UE approfondisce il principio di non discriminazione ed il relativo onere della prova

di Sergio Galleano¹

1. La vicenda

La sentenza in commento presenta alcune particolarità, oltre a quella di vedere la contemporanea presenza dei due nuovi rappresentanti italiani nella stessa causa, l'Avvocato generale Giovanni Pitruzzella e la giudice Lucia Serena Rossi². Riguarda infatti un caso di discriminazione tra uomo e donna³, che si intreccia con la normativa sul part time⁴ e sul contratto a tempo determinato, senza tralasciare il problema dell'onere della prova⁵.

La signora Mino Schuch-Ghannadan è stata impiegata come ricercatrice dalla MUW (l'Università di Vienna) dal 9 settembre 2002 al 30 aprile 2014 in forza di una serie di contratti a tempo determinato successivi, sia a tempo pieno sia a tempo parziale, per un periodo, quindi, di quasi quattordici anni⁶.

1 Avvocato del foro di Milano.

2 Che peraltro già si erano trovati nel medesimo ruolo in altra controversia, sempre in tema di discriminazione di genere: v. sentenza Hakelbracht del 20 giugno 2019, in causa C-404/18, EU:C:2019:523.

3 Sulla quale vedi: V. Bazzocchi e I. Lucati, *Parità di genere nell'UE e riflessi nell'ordinamento italiano*, su questo sito, 09.03.12; M. Falsone, *La discriminazione della lavoratrice part time in tema previdenziale: le lacune dell'ordinamento UE in materia di lavoro non standard colmate dal divieto di discriminazione di genere*, su lavorodirittieuropa.it, 17.05.18; G. Amoroso, *La giurisprudenza di legittimità in tema di discriminazione di genere e pari opportunità*, *Argomenti Dir. Lav.*, 2013, 6, 1360.

4 Su cui vedi: M. Brollo, *Un quarto di secolo dopo, le trasformazioni del lavoro a tempo parziale*, in *Argomenti Dir. Lav.*, 2017, 6, 1382.

5 Su cui vedi: R. Santagata De Castro e R. Santucci, *Discriminazione ed onere della prova: una panoramica comparata su effettività e proporzionalità della disciplina*, *Argomenti Dir. Lav.* 2015, 3, 534.

6 Con un'interruzione di circa due: cfr. le conclusioni dell'Avvocato generale (ECLI:EU:C:2019:407), punto 3.

Secondo l'articolo 109, paragrafo 2, dell'UG (Universitätsgesetz, legge austriaca del 2002 in materia di università), è consentita per i lavoratori e le lavoratrici impiegati dalla MUW, nel contesto di progetti finanziati con risorse esterne o di progetti di ricerca e per il personale destinato esclusivamente all'insegnamento, una successione di contratti a tempo determinato successivi, che non può eccedere i 6, ovvero 8 anni nel caso di attività a tempo parziale. Ove sussista una giustificazione obiettiva, in particolare ai fini della continuazione ovvero della conclusione di progetti di ricerca e di pubblicazioni in corso, è poi possibile una proroga unica per una durata massima, che è di 10 anni per i lavoratori a tempo pieno, e di 12 anni nell'ipotesi di attività a tempo parziale.

Come si vede, si può quindi giungere ad un periodo complessivo di 16 anni di precariato, se il rapporto è a tempo pieno, ovvero di 20, se il rapporto è part time. La sussistenza di una ragione oggettiva è richiesta solo per le proroghe.

La signora Schuch-Ghannadan, cessato il rapporto di lavoro, ha adito l'Arbeits - und Sozialgericht Wien (Tribunale del lavoro e della previdenza sociale di Vienna, Austria) chiedendo che fosse constatata la continuazione del suo rapporto di lavoro con la MUW oltre il 30 aprile 2014 dato che, a suo avviso, il periodo massimo autorizzato per rapporti di lavoro a tempo determinato, 8 anni come si è detto, era già trascorso in tale data.

La ricercatrice ha inoltre fatto valere che l'articolo 109, paragrafo 2, dell'UG comporta una discriminazione nei confronti dei lavoratori impiegati part time, osservando che detta disposizione penalizza in particolare le donne dal momento che queste ultime lavorano in maggior numero a tempo parziale rispetto ai colleghi maschi: in mancanza di una giustificazione obiettiva, questa differenza di trattamento costituirebbe una discriminazione indiretta fondata sul sesso, che si presenta contraria al diritto dell'Unione.

Il giudice di primo grado ha disatteso la domanda della ricorrente ritenendo, da un lato, che non vi fosse stata una violazione dell'art. 109 dell'UG e, dall'altro, curiosamente, che *"l'incompatibilità di tale disposizione con il diritto dell'Unione dedotta dalla ricorrente nel procedimento principale non fosse rilevante, in quanto il tenore letterale della disposizione non consentiva un'interpretazione conforme alla Direttiva 2006/54"*⁷.

⁷ Così, testualmente, l'Avvocato generale al punto 4 delle sue conclusioni.

Il Tribunale superiore del Land di Vienna ha accolto l'appello della ricercatrice e annullato la sentenza, rilevando come la questione della ritenuta incompatibilità dell'art. 109 con il diritto dell'Unione non era stata adeguatamente motivata, così rimettendo la causa avanti al Tribunale di primo grado al fine che fosse approfondita la questione della denunciata discriminazione di genere.

In questa sede, la lavoratrice precisava che *"una misura tale da incidere su una percentuale più elevata di donne che di uomini costituisce una discriminazione indiretta, sicché spetta alla parte avversa apportare prova contraria"*⁸, offrendo a prova l'unico elemento per lei disponibile, ovvero i dati generali del mondo del lavoro austriaco dal quale si desumeva una maggior percentuale femminile tra i lavoratori part time.

L'Università, di contro, ha dedotto che l'onere della prova non poteva che incombere alla lavoratrice che aveva genericamente dedotto la sussistenza di una discriminazione indiretta senza nulla indicare in termini concreti. In particolare, ha sostenuto che, per valutare l'incidenza in termini negativi dell'art. 109 dell'UG, sarebbe stato necessario confrontare la situazione comune a tutte le università austriache, dato questo non disponibile. In ogni caso, ha precisato, l'incidenza dei lavoratori a tempo determinato presso la MUW sarebbe stato pari al 79% per le donne e per il 75% per gli uomini.

Inoltre, secondo l'Università, la possibilità di operare a tempo determinato per il lungo periodo previsto dalla norma nazionale consentirebbe ai dipendenti di lavorare più a lungo per l'Università, essendo gli impieghi a tempo indeterminato estremamente rari nel settore universitario⁹, acquisendo così maggiori titoli da far valere nell'ipotesi di assunzioni stabili.

Il Giudice austriaco rimettente, nel rilevare che l'art. 109, par. 2, dell'UG costituisce una deroga al regime ordinario che consente la stipula del secondo contratto solo per ragioni oggettive, ne ritiene in ogni caso la compatibilità con l'ordinamento europeo, essendo comunque fissato un termine massimo di durata dei contratti.

Ritiene invece necessario investire la Corte di giustizia delle altre questioni sollevate nella causa principale, formulando i seguenti quesiti:

«1) *Se il principio pro rata temporis di cui alla clausola 4, punto 2, [dell'accordo quadro sul lavoro a tempo parziale], in combinato disposto con il principio di non discriminazione di cui a [detta] clausola 4, punto 1, debba essere applicato ad una*

⁸ Sentenza in commento, punto 19.

⁹ Sentenza in commento, par. 35.

disciplina legislativa a termini della quale sia lecito limitare la durata complessiva di rapporti di lavoro consecutivi di una lavoratrice o di un lavoratore, impiegata/o presso un'Università austriaca nell'ambito di progetti finanziati con risorse esterne o di progetti di ricerca, a [sei] anni per le lavoratrici e i lavoratori a tempo pieno, ma a [otto] anni in caso di impiego a tempo parziale, e inoltre, in presenza di una giustificazione obiettiva, in particolare ai fini della continuazione oppure della conclusione di progetti di ricerca o di pubblicazioni, se sia lecita una sola ulteriore proroga fino a [dieci] anni complessivi per i lavoratori a tempo pieno e di [dodici] anni nel caso di impiego a tempo parziale.

2) *Se una disciplina legislativa come quella descritta nella prima questione costituisca una discriminazione indiretta fondata sul sesso ai sensi dell'articolo 2, paragrafo 1, lettera b), della direttiva 2006/54, nel caso in cui, considerando l'insieme dei lavoratori cui si applica tale normativa, risulti danneggiata una percentuale notevolmente più elevata di lavoratori di sesso femminile che di lavoratori di sesso maschile.*

3) *Se l'articolo 19, paragrafo 1, della direttiva [2006/54] debba essere interpretato nel senso che una donna, la quale, nell'ambito di applicazione di una disciplina legislativa come quella menzionata nella prima questione, lamenti di aver subito una discriminazione indiretta fondata sul sesso, poiché sono molto di più le donne che gli uomini a lavorare in regime di tempo parziale, debba corroborare detta circostanza, segnatamente il fatto che le donne siano danneggiate in numero statisticamente molto più elevato, attraverso l'allegazione di pertinenti dati statistici o di fatti concreti e dimostrandola con idonei mezzi di prova».*

Abbiamo dunque all'esame della Corte tre questioni: la prima è la compatibilità del diverso periodo massimo di durata dei contratti a tempo determinato tra full e part time, la seconda è se questa diversità può comportare una discriminazione laddove il part time riguardi (come di solito riguarda, secondo la comune esperienza) soprattutto le lavoratrici e, la terza, il regime della prova della seconda questione.

Esaminiamo ciascuna di esse tenendo conto oltre che della decisione della Corte, anche delle conclusioni dell'Avvocato generale che sono sostanzialmente accolte, salvo un punto, dal collegio lussemburghese.

2. Sulla compatibilità dell'art. 109, 2° par., dell'UG austriaco

In primo luogo, preliminarmente, la Corte osserva che la Commissione europea aveva rilevato come la norma nazionale *“non costituisce una trasposizione sufficiente della clausola 5, punto 1, dell’accordo quadro sul lavoro a tempo determinato¹⁰.”*

Ritiene però la Corte che, spettando unicamente al giudice nazionale determinare e formulare i quesiti pregiudiziali sui quali chiedere la pronuncia del giudice europeo e non avendo quest’ultimo ritenuto di sollevare tale aspetto, la stessa non poteva essere oggetto di ampliamento delle questioni poste nel procedimento incidentale ex art. 267 TFUE.

A sostegno della sua decisione vengono dalla Corte richiamati i suoi precedenti e, in particolare, la sentenza *Touring Tours und travet e Sociedad de transportes¹¹*, dove la Corte ha così precisato: *“ 41 Dalla giurisprudenza della Corte risulta altresì che, se il giudice del rinvio ha espressamente indicato nella sua decisione di rinvio che non ha ritenuto necessario sottoporre una questione o se ha implicitamente rifiutato d’interpellare la Corte su una questione sollevata da una delle parti, la Corte non può rispondere a tale questione né prenderla in considerazione nell’ambito del rinvio pregiudiziale (v., in tal senso, sentenze del 5 ottobre 1988, *Alsatel*, 247/86, EU:C:1988:469, punto 8; del 2 giugno 1994, *AC-ATEL Electronics Vertriebs*, C-30/93, EU:C:1994:224, punto 19, e del 26 settembre 2000, *Engelbrecht*, C 262/97, EU:C:2000:492, punti 21 e 22)”*.

Per il vero, va ricordato che anche l’Avvocato generale aveva rilevato nelle sue conclusioni che, pur ricordando la posizione poi espressa dalla Corte, esisteva però *“una corrente giurisprudenziale che sostiene una conclusione di segno opposto, privilegiando, malgrado la delimitazione del rinvio pregiudiziale operata dal giudice nazionale, la necessità di fornire una risposta utile per dirimere la controversia nel procedimento principale¹²”*.

Tale soluzione, in particolare, propendeva per un possibile ampliamento della materia all’esame della Corte qualora *“gli elementi del diritto dell’Unione che richiedano*

¹⁰ Sentenza in commento, par. 28.

¹¹ *Bundesrepublik Deutschland c/ Touring tour und travel GmbH* del 13.12.18, in causa C-412/17 e altre, EU:C:2018:1005.

¹² L’avvocato generale cita le sentenze del 1° febbraio 2017, *Município de Palmela* (C-144/16, EU:C:2017:76, punto 20), e del 28 aprile 2016, *Oniors Bio* (C-233/15, EU:C:2016:305, punto 30, nonché le conclusioni dell’avvocato generale Mengozzi nella causa *Fonnskip e Svenska Transportarbetareförbundet* (C-83/13, EU:C:2014:201, paragrafo 17). Sul punto, sotto un diverso ma comunque connesso profilo, vedi anche S. Galleano, *Ulteriori approfondimenti della CGUE in tema di trasferimento di azienda: le sentenze Plessner e Correira Moreira della Corte di giustizia dell’Unione europea*, su questo sito, 12.07.19, in particolare pagina 11.

un'interpretazione tenuto conto dell'oggetto della controversia¹³, e ciò anche quando la risposta alla questione supplementare in tal modo sollevata poteva rendere prive di oggetto le questioni poste dal giudice del rinvio¹⁴ o quando tale questione era stata implicitamente definita in una fase precedente della controversia tra le parti nel procedimento principale¹⁵".

L'Avvocato generale ritiene quindi che la questione avrebbe dovuto e potuto essere, anche in questo caso, affrontata dalla Corte poiché la controversia verteva, appunto, sulla legittimità dei contratti di lavoro successivi stipulati tra la ricorrente nel procedimento principale e il MUW e, segnatamente, sulle conseguenze, per la riqualificazione a tempo indeterminato, di un'eventuale dichiarazione di illegittimità degli stessi.

In particolare, osserva come l'art. 109 dell'UG austriaco preveda l'estensione della durata massima per soggetti impegnati in "*progetti finanziati con risorse esterne o di progetti di ricerca*", per il personale esclusivamente addetto all'*insegnamento*" e per il "*personale supplente*".

Poiché la ricorrente nel procedimento principale appartiene alla prima categoria, osserva come, *prima facie*, si potrebbe ritenere che un progetto, per sua natura, sia temporaneo e quindi giustifichi una maggiore flessibilità.

La norma però, prosegue l'Avvocato generale, non limita i progetti solo a quelli finanziati dall'esterno, né subordina l'adibizione del lavoratore ad un unico progetto, risultando così possibile l'impiego ad una successione di progetti, anche diversi tra loro, come sembra essere avvenuto nel caso specifico, dove la signora Schuch-Ghannadan è stata utilizzata all'interno di diversi progetti tanto che la proroga non è stata unitaria, ma costituita da diversi incarichi. Con l'effetto che, secondo l'interpretazione datane dall'Università e dallo svolgimento concreto del rapporto, il numero di contratti è del tutto indefinito e quindi la norma nazionale non possa essere considerata una misura ai sensi della clausola 5, paragrafo 1, lett. b della Direttiva sul contratto a di lavoro a tempo determinato¹⁶.

13 Vengono ricordate, in nota, le sentenze 14 ottobre 2010, Fuß (C-243/09, EU:C:2010:609, punto 40), e del 12 gennaio 2010, Wolf (C-229/08, EU:C:2010:3, punto 32 e giurisprudenza citata).

14 Viene citata, sempre in nota, sentenza del 29 aprile 2004, Weigel (C-387/01, EU:C:2004:256, punti 43 e 44).

15 Sempre l'Avvocato generale cita, in nota, la sentenza del 25 gennaio 2007, Dyson (C-321/03, EU:C:2007:51, punti da 21 a 26).

16 Conclusioni, par. 36.

Anche la durata complessiva dei contratti e delle proroghe previste dall'UG non pare del tutto in linea con la giurisprudenza della Corte sulla clausola 5 della Direttiva 99/70 la quale, ricorda l'Avvocato generale, si è già pronunciata per l'eccessività di durate massime notevolmente inferiori¹⁷.

In questa situazione, dunque, l'ampliamento delle questioni poste dal giudice austriaco risultava certamente determinante ai fini della valutazione delle domande poste dalla ricorrente nel giudizio principale.

Pare difficile, ad avviso di chi scrive, dare torto all'Avvocato generale, a fronte di una durata massima come quella prevista dalla norma nazionale per i ricercatori universitari¹⁸. Stupisce quindi che la Corte abbia sbrigativamente archiviato le argomentate considerazioni sul punto dell'Avvocato generale, senza approfondire la questione.

3. La compatibilità con la clausola 4 della Direttiva 97/81 della previsione di una durata massima maggiore per i contratti a tempo parziale

17 Alla nota 38 delle conclusioni si cita l'ordinanza del 21 settembre 2016, Popescu (C-614/15, EU:C:2016:726, punto 61). Ivi ulteriori richiami.

18 Ricordiamo che la situazione dei ricercatori universitari è in discussione in tutta l'Unione. Recente è l'ordinanza di rimessione a Lussemburgo del Tar Lazio con ordinanza 3 aprile 2019 (in causa C-326/19) sui ricercatori universitari di Roma, di cui vedi V. De Michele, *Precariato pubblico: un cantiere sempre aperto, tra nuove cause pregiudiziali in Corte di giustizia e nuove procedure di infrazione aperte dalla Commissione UE*, lavorodirittieuropa.it, 12.12.19 e S. Galleano, *Effetti collaterali della sentenza Sciotto: il TAR Lazio solleva in CGUE l'annoso problema della stabilizzazione dei ricercatori universitari*, su questo sito, 13/05/2019.

La Corte passa poi ad affrontare la prima questione posta dal giudice austriaco e, precisamente, se la fissazione di una durata massima dei rapporti a termine maggiore per i contratti a tempo parziale rispetto a quella prevista per i lavoratori full time, possa essere in contrasto con la clausola 4 della Direttiva 97/81 che così prevede: *«1. Per quanto attiene alle condizioni di impiego, i lavoratori a tempo parziale non devono essere trattati in modo meno favorevole rispetto ai lavoratori a tempo pieno comparabili per il solo motivo di lavorare a tempo parziale, a meno che un trattamento differente sia giustificato da ragioni obiettive. 2. Dove opportuno, si applica il principio «pro-rata temporis».*

Nelle sue conclusioni, l'Avvocato generale aveva sottolineato in primo luogo che il principio di non discriminazione di cui alla clausola 4 della Direttiva sul contratto a tempo parziale si applica alla durata dei contratti di lavoro in quanto costituisce una condizione di impiego espressamente richiamata dalla norma europea, la cui portata, come quella di gran parte delle Direttive in materia di lavoro, va intesa in senso restrittivo.

In secondo luogo, per quanto attiene al problema se una durata maggiore della possibilità di stipulare contratti a termine per i lavoratori part time costituisca uno svantaggio, l'Avvocato generale aveva contestato la posizione dell'Università e governo austriaco, secondo le quali una maggiore durata consente una maggiore possibilità di prolungare il rapporto di lavoro, posto che non vi è alcuna garanzia che, terminato il periodo massimo, avvenga una stabilizzazione del lavoratore indipendentemente dal suo impiego orario.

In particolare, ha osservato che è invece la fissazione di un periodo massimo per entrambe le tipologie dei rapporti che costituisce un trattamento equivalente. Del resto, le funzioni di ricercatore, come si è visto in concreto slegate dall'impiego in un unico progetto, possono essere svolte sia da un soggetto assunto a tempo determinato che da uno impiegato a tempo indeterminato. Dunque l'art. 109 dell'UG consente, di fatto, di coprire esigenze strutturali dell'università con lavoratori precari, il che è unicamente conseguenza di politiche aziendali del datore di lavoro.

Se poi l'Università, scaduto il periodo massimo dell'utilizzo a termine dei rapporti, ha interesse a continuare ad utilizzare il ricercatore dovrà farlo stipulando un contratto a tempo indeterminato.

Infine, in ogni caso, l'Avvocato generale rilevava comunque l'esistenza di uno svantaggio per i lavoratori part time, nel senso che i periodi di proroga previsti dalla legge nazionale sono pari al 66% della durata massima iniziale del contratto per i full time e del solo 50% per i part time.

A suo avviso, quindi la diversa durata prevista dall'art 109 dell'AG, costituiva un trattamento meno favorevole per i lavoratori a tempo parziale.

In terzo luogo, l'Avvocato generale aveva affrontato la questione se il diverso trattamento, per quanto attiene la durata massima dei contratti, sia giustificato da una ragione oggettiva.

L'Università e il governo austriaco sostenevano di sì, poiché la possibilità di acquisire esperienza ed effettuare pubblicazioni dei risultati delle ricerche è legata al tempo di lavoro effettivo e la durata più lunga dei rapporti è, appunto, garanzia per i part time di acquisire titoli che consentono loro di competere con i colleghi che operano a tempo pieno.

Anche tale rilievo non viene ritenuto pertinente, sulla scorta dei principi stabiliti dalla Corte con la sentenza Nimz (C-184/89, EU:C:1991:50, punto 14) in materia di discriminazione fondata sul sesso, nella quale *"la Corte ha ritenuto che l'affermazione secondo cui sussiste un particolare rapporto tra la durata di un'attività professionale e l'acquisizione di un determinato livello di conoscenze o esperienza, in quanto semplice generalizzazione riguardante determinate categorie di lavoratori, non consente di trarne dei criteri obiettivi ed estranei a qualsiasi discriminazione. Infatti, anche se anzianità ed esperienza professionale vanno di pari passo, ponendo di regola il lavoratore in grado di meglio espletare le proprie mansioni, l'obiettività di un siffatto criterio dipende dal complesso delle circostanze del caso concreto e, in particolare, dal rapporto tra la natura delle mansioni esercitate e l'esperienza che l'espletamento di tali mansioni fa acquisire dopo un determinato numero di ore di lavoro effettuate"*¹⁹.

¹⁹ Nella nota 45 si richiama anche la sentenza del 2 ottobre 1997, Kording (C-100/95, EU:C:1997:453, punto 23).

L'Avvocato generale suggeriva quindi di rinviare al giudice nazionale l'esame della rilevanza di tale specifico aspetto, non senza rilevare come dagli atti risulti che sia i criteri di valutazione delle ore lavorate²⁰ che quello della diversa misura del tempo della possibile proroga²¹ ai fini dell'accesso ad impieghi a tempo indeterminato, non parrebbero confortare la tesi della parte pubblica in causa.

In ogni caso andava esclusa l'applicazione del principio *pro rata temporis*, poiché l'applicazione di tale principio porterebbe all'applicazione di periodi di durata massima nell'utilizzo di contratti a termine nell'ipotesi di lavoratori con monte lavorativo più basso del tutto incompatibile con la clausola 5 della Direttiva UE 1999/70.

La Corte, nella sentenza, giunge alle medesime conclusioni dell'Avvocato generale, osservando *tranchant*, che *"come fanno valere la Commissione e la ricorrente, una siffatta circostanza sembra essere tale da ridurre o rimandare nel tempo, in misura maggiore per i lavoratori a tempo parziale che per i lavoratori a tempo pieno, la possibilità di accedere a un contratto a tempo indeterminato, costituirebbe un trattamento meno favorevole di questa prima categoria di lavoratori"*²², così confermando la posizione da tempo assunta dalla Corte stessa, secondo la quale la misura più adeguata per evitare o sanzionare l'abuso è quella della conversione dei contratti²³.

Per quanto riguarda la questione della sussistenza di una ragione oggettiva, la Corte condivide le conclusioni dell'Avvocato generale, contestando la possibilità che un maggiore periodo di lavoro a termine possa in assoluto favorire l'inserimento a tempo indeterminato del lavoratore, richiamando in proposito la più recente sentenza Nikoloudi²⁴, dove si affermano principi analoghi a quelle ricordate nelle conclusioni, Nimz e Kording, che si sono già citate, rinviando al giudice rimettente la verifica della situazione di fatto sul punto.

20 Nella nota 47 si legge che: *"A siffatti lavoratori si applica la durata massima prevista per il tempo parziale e, per determinare «l'equivalente in tempo parziale» per i periodi lavorati a tempo pieno, si utilizza una formula di conversione fissa: dodici mesi a tempo pieno equivalgono a sedici mesi a tempo parziale, con un rapporto di 4 a 3, e, inversamente, dodici mesi a tempo parziale equivalgono a nove mesi a tempo pieno"*.

21 Come abbiamo visto 10 anni per i full time e 12 per i part time.

22 Sentenza in commento, par. 36.

23 Tanto è quanto si rileva, alla fin fine, dall'esame delle sentenze Carratù del 12.12.13 (C-361/12, EU:C:2013:830), Motter, del 20.09.18 (C-466/17,

Conferma inoltre che il principio del *pro-rata temporis* non si applica alla fattispecie "dato che la durata massima dei rapporti di lavoro consecutivi è prolungata di due anni per tutti i lavoratori a tempo parziale e, pertanto, non è proporzionata alle ore di lavoro effettivamente svolte".²⁵

4. Sulla sussistenza di una discriminazione nel caso specifico

Sul secondo quesito, l'Avvocato generale aveva osservato che la discriminazione può ritenersi sussistente a due condizioni: la prima che la norma in esame riservi ai lavoratori a tempo parziale trattamento meno favorevole rispetto ai lavoratori a tempo pieno senza la ricorrenza di una ragione oggettiva e la seconda che fosse dimostrata l'esistenza di una percentuale "considerevolmente" più elevata di donne che di uomini a tempo parziale.²⁶

Circa la prima ritiene di avere già risposto positivamente, nel senso che la norma nazionale svantaggia sicuramente i lavoratori a tempo parziale e quanto alle pretese ragioni oggettive dedotte dall'Università (la pretesa utilità della maggiore durata ai fini dell'acquisizione di più titoli per l'assunzione definitiva) aveva ribadito la necessità che sul punto si pronunciasse il giudice rimettente.

Per quanto attiene, invece, alla platea di lavoratori sulla quale verificare l'eventuale percentuale di donne tra i lavoratori part-time, rilevava che questa dovesse coincidere con la sfera di applicazione della norma e, dunque, nell'ambito di applicazione generale dell'art. 109 dell'UG, mentre nel caso specifico la Corte disporrebbe solo dei dati riferiti all'università di Vienna, luogo di lavoro oggetto di causa. La Corte, quindi, non disporrebbe di elementi idonei a valutare la sussistenza di una rilevante differenza percentuale a danno delle donne.

EU:C:2018:758) e Rossato del 08.05.19 (C-494/17, EU:C:2019:387), nelle quali, in buona sostanza, vengono ritenute irrilevanti le critiche svolte sotto diversi profili dai giudici rimettenti in merito alla misura del risarcimento del danno a seguito dell'abuso una volta avvenuta la stabilizzazione del lavoratore.

24 Vasiliki Nikoloudi contro Organismos Tilepikoinonion Ellados AE, in causa C-196/02 EU:C:2005:141, in particolare punto 55.

25 Sentenza in commento, par. 41.

26 Conclusioni, par. 57.

La Corte, che tratta la seconda questione unitamente alla terza (che concerne l'onere della prova), concorda sul fatto che la platea dei soggetti da prendere in considerazione debba coincidere con il complesso dei destinatari della norma, secondo i principi stabiliti nella sentenza Seymour-Smith e Perez, del 09 febbraio 1999, (C-167/97, EU:C:1999:60, punto 59), e Voß, del 6 dicembre 2007 (C-300/06, EU:C:2007:757 punto 40).

Inoltre, richiamando il considerando n. 30 della Direttiva 2006/54 sulla discriminazione²⁷, ricorda che la valutazione dei fatti sulla base dei quali va verificata l'esistenza di una differenziazione di trattamento discriminatoria spetta al giudice nazionale, il quale avrà cura di verificare se questi, "(...) *in particolare, non riflettano fenomeni puramente fortuiti o congiunturali e se, in generale, appaiono significativi (v., in tal senso, sentenza del 09 febbraio 1999, Seymour-Smith e Perez, C-167/97, EU:C:1999:60, punto 62 e giurisprudenza ivi citata)*"²⁸.

5. Sull'onere della prova in ipotesi di denunciata discriminazione

Sul terzo quesito, ovvero se la prova concernente i fatti dai quali desumere la sussistenza o insussistenza della denunciata discriminazione incomba alla parte che ne denuncia o nega la circostanza, l'Avvocato generale premette che questa non può che riguardare l'ambito di applicazione della norma denunciata.

In particolare viene richiamata la sentenza Allonby del 13 gennaio 2004, (C-256/01, EU:C:2004:18, punto 73) dove si legge "*Allorché si deve verificare se una normativa sia conforme a quanto disposto dall'art. 141, n. 1, CE, in linea di principio è la sfera di applicazione di tale normativa che determina la cerchia delle persone che possono essere incluse nel raffronto.*"

La signora Schuch-Ghannadan aveva invece fornito al giudice nazionale solo i dati dell'occupazione complessiva dell'intero mondo del lavoro austriaco, ovvero gli unici in suo possesso.

²⁷ Che così prevede: *L'adozione di norme sull'onere della prova contribuisce in modo significativo a che il principio della parità di trattamento possa essere applicato efficacemente. Pertanto, come dichiarato dalla Corte di giustizia, occorre adottare provvedimenti affinché l'onere della prova sia a carico della parte convenuta quando si può ragionevolmente presumere che vi sia stata discriminazione, a meno che si tratti di procedimenti in cui l'istruzione dei fatti spetta all'organo giurisdizionale o ad altro organo nazionale competente. Occorre tuttavia chiarire che la valutazione dei fatti in base ai quali si può presumere che ci sia stata discriminazione diretta o indiretta rimane di competenza dell'organo nazionale competente, secondo il diritto e/o la prassi nazionali. Inoltre, spetta agli Stati membri prevedere, in qualunque fase del procedimento, un regime probatorio più favorevole alla parte attrice.*

Ciò non di meno, pur in assenza di dati specifici afferenti il settore di attività in cui operava la ricercatrice, l'Avvocato generale osserva come la giurisprudenza della Corte non avrebbe affrontato l'ipotesi, che ritiene ricorrente nella specie, *"di quali siano gli elementi per mezzo dei quali una persona, che ritenga lesa da discriminazione indiretta fondata sul sesso possa stabilire che vi sia stata una presunta discriminazione nel caso in cui statistiche del genere non siano disponibili o siano difficilmente accessibili per tale persona"*²⁹.

Sul punto, suggerisce di rispondere che *"alla luce della finalità dell'articolo 19, paragrafo 1, della direttiva 2006/54, consistente nell'alleggerire l'onere della prova della parte ricorrente nell'ambito di procedimenti vertenti sulla violazione del principio della priorità di trattamento in materia di occupazione e impiego, e posto che spetta agli Stati membri precedere, in qualunque fase del procedimento, un regime probatorio più favorevole alla parte attrice, ritengo che non si possa considerare immotivata la presunzione di una discriminazione fondata sul sesso per il semplice fatto che la parte ricorrente, non potendo accedere a dati più pertinenti, si sia basata su statistiche generali riguardanti il mercato del lavoro nello Stato membro interessato. In una siffatta situazione, spetterà alla parte convenuta produrre dati statistici incentrati sull'insieme dei lavoratori interessati dalla misura nazionale di cui trattasi, oppure, secondo le norme di diritto nazionale applicabili, all'organo giurisdizionale o ad altro organo nazionale competente ad acquisirli d'ufficio"*.

La Corte condivide pienamente queste conclusioni dell'avvocato generale e completa il ragionamento precisando che *"L'articolo 19, paragrafo 1, di detta direttiva va interpretato nel senso che tale disposizione non impone alla parte che si ritiene lesa da una siffatta discriminazione di produrre, per stabilire un'apparenza di discriminazione, statistiche o fatti precisi relativi ai lavoratori interessati dalla normativa nazionale in oggetto se detta parte non ha accesso o ha accesso solo difficilmente a tali statistiche o fatti"*³⁰

28 Sentenza in commento, par. 48.

29 Conclusioni, par. 62.

30 Sentenza in commento, par. 57

E ciò viene motivato in ragione del fatto che *“il diniego di fornire informazioni o dati statistici pertinenti, nell’ambito dell’accertamento dei fatti stessi, può rischiare di compromettere la realizzazione dell’obiettivo perseguito dalla direttiva medesima, privando in tal modo tale disposizione del proprio effetto utile (v., in tal senso, sentenza del 21 luglio 2011, Kelly, C-104/10, EU:C:2011:506, punti 34 e 35)”*³¹.

Ne consegue che: *“Alla luce, segnatamente, della necessità di assicurare l’effetto utile dell’articolo 1, della direttiva 2000/6/54, questa disposizione deve essere interpretata, come rilevato dall’avvocato generale al paragrafo 63 delle sue conclusioni, nel senso che consente a un lavoratore che si ritenga leso da una discriminazione indiretta fondata sul sesso di suffragare un’apparenza di discriminazione fondandosi su fatti statistici generali relativi al mercato del lavoro nello Stato membro interessato, nell’ipotesi in cui non si possa aspettare dall’interessato che produca dati più precisi relativi al gruppo di lavoratori pertinente, ove tali dati siano difficilmente accessibili, se non indisponibili”*.

5. Sulla richiesta di differire le conseguenze della sentenza

Sia l’Università che il governo austriaco aveva chiesto che la Corte differisse gli effetti della sentenza qualora questa avesse, come ha in parte dichiarato, l’incompatibilità della normativa nazionale al fine di consentire l’adeguamento da parte del datore di lavoro e del legislatore nazionale al *dictum* della pronuncia³².

Tanto in considerazione anche del fatto che molti dei contratti in corso erano stati conclusi sul presupposto della compatibilità dell’art. 109 dell’AG con l’ordinamento europeo e l’eventuale pronuncia di incompatibilità avrebbe esposto le Università a dover procedere alla riqualificazione di un notevole numero di rapporti che non erano giunti alla scadenza del termine.

31 Sentenza in commento, par. 55.

32 L’istituto di differire gli effetti della sentenza è ben noto anche nella prassi costituzionale italiana: si veda P. Pinardi, *Le sentenze di “incostituzionalità differita”*, in *Le tipologie decisionali della Corte costituzionale negli scritti della dottrina*, a Cura di D. Diaco, Quaderno processuale della Corte costituzionale, maggio 2016, pagg. 454 e segg. Sul punto si veda anche, per una fattispecie parzialmente dissimile, la sentenza n. 178/2015 della Corte costituzionale che dichiara l’incostituzionalità del blocco degli stipendi ma solo dalla data di pubblicazione della sentenza stessa.

Qui sia la Corte – ed ancora prima l'Avvocato generale – rispondono che l'accertamento del contenuto della norma europea ha valore *ex tunc*, trattandosi dell'interpretazione che avrebbe dovuto darsi, da parte di tutti i soggetti dell'Unione, i quali non possono quindi valersi della mancata corretta applicazione del diritto europeo.

Solo in casi eccezionali (buona fede degli ambienti interessati ed il rischio gravi inconvenienti) hanno indotto la Corte ad operare la richiesta limitazione.

Nel caso specifico, peraltro, l'accertamento del diritto vantato dalla parte lavoratrice è subordinato all'esame ulteriore rimandato dalla stessa Corte al giudice nazionale e, quindi, le conseguenze sulla legittimità o meno dell'illegittimità dei contratti non saranno conseguenza diretta della pronuncia della Corte.

Non sussistono poi gli elementi di gravità per le conseguenze finanziarie lamentate dall'Università, considerato che né l'Università né il governo austriaco hanno fornito specifiche indicazioni sulle ripercussioni della decisione eventualmente sfavorevole alla parte datoriale.

Né, infine, sono stati adottati seri argomenti che facciano ritenere la buona fede nella stipulazione dei contratti in discussione conseguenti ad una particolare incertezza delle materie trattate nella sentenza.

6. Considerazioni finali

Una sentenza interessante, dunque, che fornisce chiarimenti semplici su questioni complesse fornendo nuovi e precisi indirizzi interpretativi utili ai giudici nazionali in una materia, la discriminazione, caratterizzata da incertezze giurisprudenziali, soprattutto in tema di onere della prova, da parte dei giudici degli Stati membri.

Nell'ordinamento italiano, infatti, vi sono oscillazioni in tema di prova della discriminazione. Esaminiamole brevemente nella giurisprudenza di legittimità.

Vediamo innanzi tutto la sentenza 25543 del 2018, dove si legge:

2. La Corte territoriale ha premesso che il lavoratore che si assuma discriminato deve fornire elementi di fatto idonei a fondare in termini precisi e concordanti la presunzione di discriminazione, sicché il datore di lavoro è tenuto a provare l'insussistenza dell'intento discriminatorio solo qualora il ricorrente abbia assolto all'onere sullo stesso gravante. Ha ritenuto che nella specie la N. non avesse fornito elementi sufficienti, perché la relazione a firma della Consigliera regionale di parità della regione Lombardia del 13 gennaio 2005 non attestava specifiche condotte a contenuto discriminatorio, ma si limitava a denunciare, in termini generici, una non compiuta attuazione del principio di parità di genere, peraltro non corroborata da ulteriori riscontri ed, anzi, smentita dai dati emergenti dagli atti, dai quali si poteva desumere che in relazione ai trasferimenti ed alla concessione del part time la banca aveva favorito il personale di sesso femminile.

3. Il giudice d'appello, in risposta ai singoli motivi di gravame, ha evidenziato che: a) doveva essere escluso il carattere discriminatorio delle note di qualifica relative agli anni 2008 e 2009, perché il giudizio espresso era comunque positivo, la prova testimoniale aveva confermato le ragioni per le quali la valutazione era stata meno soddisfacente rispetto al passato, non vi era alcuna correlazione con la maternità della N., in quanto la gravidanza era intervenuta solo successivamente ed aveva impedito di valutare la lavoratrice per l'anno 2010; (...) Si è evidenziato nello storico di lite che la Corte territoriale ha escluso la natura discriminatoria delle condotte denunciate dalla N. rilevando che il datore di lavoro è tenuto a provare l'insussistenza dell'intento discriminatorio solo qualora il lavoratore abbia fornito elementi di fatto idonei a fondare in termini precisi e concordanti la presunzione di discriminazione. (...) 10. (...) Il giudice d'appello si è, quindi, attenuto al principio di diritto affermato da questa Corte, e condiviso dal Collegio, secondo cui il D.Lgs. n. 198 del 2006, art. 40, non stabilisce un'inversione dell'onere probatorio, ma solo un'attenuazione del regime ordinario, prevedendo a carico del soggetto convenuto, in linea con quanto disposto dall'art. 19 della direttiva 2006/54/CE, l'onere di fornire la prova dell'inesistenza della discriminazione, solo una volta che il ricorrente abbia fornito al giudice elementi di fatto idonei a fondare la presunzione dell'esistenza di atti, patti o comportamenti discriminatori in ragione del sesso (Cass. n. 14206/2013; Cass. n. 17832/2015; Cass. n. 2113/2016). Analogo principio è stato affermato, in relazione all'interpretazione dell'art. 19 della richiamata direttiva, dalla Corte di Giustizia, la quale ha evidenziato che "spetta alla lavoratrice che si ritenga lesa dall'inosservanza nei propri confronti del principio della parità di trattamento dimostrare, dinanzi ad un organo giurisdizionale, ovvero dinanzi a qualsiasi altro organo competente, fatti od elementi di prova in base ai quali si possa presumere che

ci sia stata discriminazione diretta o indiretta (v., in tal senso, sentenza del 21 luglio 2011, Kelly, C-104/10, EU:C:2011:506, punto 29).... È solo nel caso in cui la lavoratrice interessata abbia provato tali fatti od elementi di prova che si verifica un'inversione dell'onere della prova e che spetta alla controparte dimostrare che non vi sia stata violazione del principio di non discriminazione (v., in tal senso, sentenza del 21 luglio 2011, Kelly, C-104/10, EU:C:2011:506, punto 30)." (Corte di Giustizia 19.10.2017 in causa C - 531/15 Otero Ramos).

Come si vede la Corte di cassazione è strettamente legata al principio che spetti al lavoratore che lamenta la discriminazione di genere fornire indizi specifici relativi alla situazione di fatto in cui si è verificato un diverso trattamento in uguali condizioni, tanto che non viene data rilevanza alcuna ad un atto della pubblica amministrazione che rilevava la mancata attuazione della parità di genere affinché si verificasse l'inversione dell'onere della prova.

Analogo discorso deve farsi con riferimento alla sentenza 2113 del 2016, dove si legge che le parti lavoratrici avevano dedotto:

20. Come ventesimo motivo, per P., P., Ce., p., si lamenta "violazione e/o falsa applicazione dell'art. 112 c.p.c, omesso esame del motivo d'appello che censura la violazione della normativa a tutela dell'occupazione femminile;

violazione e/o falsa applicazione della L. n. 223 del 1991, art. 5, comma 2 e dell'art. 2697 c.c., nella parte in cui la Corte afferma che con riferimento alla discriminazione di genere "l'assunto potrebbe fondarsi soltanto su dati numerici specifici, suscettibili di fondare una presunzione di discriminazione. I dati sono stati contestati dalla società appellata che ha prospettato dati diversi. E gli appellanti non hanno replicato in proposito. Quindi le discriminazioni non possono essere ritenute sussistenti"; violazione e/o falsa applicazione dell'art. 132 c.p.c., comma 2, n. 4, per omessa motivazione. Si sostiene che la soluzione adottata dalla Corte, oltre a non tenere conto delle argomentazioni degli appellanti, violerebbe sia della L. n. 223 del 1991, art. 5, comma 2, che prevede che "L'impresa non può altresì collocare in mobilità una percentuale di manodopera femminile superiore alla percentuale di manodopera femminile occupata con riguardo alle mansioni prese in considerazione", sia l'art. 2697 c.c., che prevede che "chi vuoi far valere un diritto giudizio deve provare i fatti che ne costituiscono il fondamento": il lavoratore che lamenti l'illegittimità del licenziamento deve dedurre i dati numerici sulla base dei quali ritiene che vi sia stata una discriminazione e provarli; ciò è esattamente quanto hanno fatto le lavoratrici. Queste infatti avevano indicato il totale dei lavoratori con mansioni di operaio che vi erano prima del licenziamento (106) e il numero di donne tra di essi (27); quindi avevano indicato il numero di lavoratori svolgenti mansioni da operai (54) e il numero di donne tra di essi (9). Ciò, hanno rilevato le lavoratrici, ha determinato la riduzione della percentuale di manodopera occupata dal 25,47% al 16,66% e comporta l'illegittimità dei licenziamenti. Si aggiunge che le lavoratrici avevano dimostrato, sulla base dei cedolini di busta paga, dal libro matricola e dal LUL depositati dall'azienda, quali fossero le specifiche mansioni da ciascuna svolte, sicché anche a voler seguire la tesi del Tribunale secondo la quale il calcolo per il rispetto della percentuale di manodopera andrebbe fatto in base alle specifiche mansioni svolte dal lavoratore licenziato, la società avrebbe violato la disciplina a tutela dell'occupazione femminile. Inoltre, l'affermazione della Corte secondo la quale "l'assunto della discriminazione potrebbe fondarsi soltanto su dati numerici specifici, suscettibili di fondare una presunzione di discriminazione, ma i dati forniti dalle lavoratrici sono stati contestati dalla società appellata (che ha prospettato dati diversi), senza che gli appellanti abbiano replicato in proposito, così che le discriminazioni non possono essere ritenute sussistenti", sarebbe immotivato e violerebbe l'art. 2697 c.c., che prevede che chi agisce in giudizio debba provare i fatti che fondano il diritto fatto valere, e non anche la contro-contestazione dei fatti come prospettati dalla controparte, essendo semmai onere del giudice accertare quale delle

due prospettazioni sia fornita di prova (evidentemente quella delle lavoratrici, fondata sulle prove documentali del LUL, del libro matricola e dei cedolini di busta paga). La società peraltro non aveva contestato i dati numerici, ma semmai i criteri da prendere in considerazione per il calcolo delle percentuali (qualifica o mansioni).

A fronte di tali rilievi, la cassazione afferma che:

9. Neppure il motivo n. 20 è fondato. La L. n. 223 del 1991, art. 5, comma 2, prevede che "Nell'operare la scelta dei lavoratori da collocare in mobilità, l'impresa è tenuta al rispetto del D.L. 29 gennaio 1983, n. 17, art. 9, u.c., convertito, con modificazioni, della L. 25 marzo 1983, n. 79. L'impresa non può altresì collocare in mobilità ("licenziare" per effetto della modifica apportata dalla L. n. 92 del 2012, art. 2, comma 73) una percentuale di manodopera femminile superiore alla percentuale di manodopera femminile occupata con riguardo alle mansioni prese in considerazione". In proposito, questa Corte (sent. n. 14206 del 05/06/2013) ha chiarito che "in tema di comportamenti datoriali discriminatori, il D.Lgs. 11 aprile 2006, n. 198, art. 40 - nel fissare un principio applicabile sia nei casi di procedimento speciale antidiscriminatorio che di azione ordinaria, promossi dal lavoratore ovvero dal consigliere di parità - non stabilisce un'inversione dell'onere probatorio, ma solo un'attenuazione del regime probatorio ordinario, prevedendo a carico del soggetto convenuto, in linea con quanto disposto dall'art. 19 della Direttiva CE n. 2006/54 (come interpretato da Corte di Giustizia Ue 21 luglio 2011, C-104/10), l'onere di fornire la prova dell'inesistenza della discriminazione, ma ciò solo dopo che il ricorrente abbia fornito al giudice elementi di fatto, desunti anche da dati di carattere statistico, relativi ai comportamenti discriminatori lamentati, purché idonei a fondare, in termini precisi (ossia determinati nella loro realtà storica) e concordanti (ossia fondati su una pluralità di fatti noti convergenti nella dimostrazione del fatto ignoto), anche se non gravi, la presunzione dell'esistenza di atti, patti o comportamenti discriminatori in ragione del sesso".

E qui pare evidente come per la Corte ben avrebbe fatto il giudice di merito a ritenere che l'aver fornito dati induttivi in merito al maggior numero di lavoratrici licenziate, oltre a dedurre in merito alle mansioni, non paia mezzo idoneo a far sorgere l'obbligo del giudice di verificare l'assunto dell'operata discriminazione e ciò non perché il datore avesse provato l'insussistenza di tali dati, ma semplicemente perché li aveva contestati adducendone (non provandone, attenzione) di diversi.

Parzialmente di altro avviso pare invece una più recente pronuncia della Corte (sentenza n. 1 del 2020), qui resa su un caso di discriminazione sindacale, dove viene cassata una sentenza della Corte di appello di Napoli che si era così espressa:

3. Quanto alla condotta della società Fiat Group Automobiles s.p.a., consistita nell'aver trasferito, dallo stabilimento di (OMISSIS) al costituendo (OMISSIS) ((OMISSIS), sito a 20 Km di distanza dal primo), 316 lavoratori, di cui 77 iscritti allo Slai Cobas o selezionati tra gli invalidi, la Corte di Napoli ne escludeva la asserita natura discriminatoria e/o illecita, ritenendo che il dato numerico, per quanto suggestivo, non fosse attendibile, poichè difettava di ogni termine di comparazione in riferimento alla consistenza ed entità dell'intero organico dello stabilimento di (OMISSIS) all'epoca del trasferimento, sia con riferimento ai lavoratori con patologie invalidanti, che con riferimento al numero delle altre sigle sindacali operanti, alla consistenza delle stesse e dei lavoratori trasferiti. 4. Riteneva che la prova dell'intento discriminatorio non potesse ridursi alla deduzione della mancata rilevazione di elementi idonei ad individuare il nesso di causalità tra le circostanze pretermesse e l'asserito intento di rappresaglia e che a livello di presunzioni le risultanze processuali acquisite diftavano dei requisiti della gravità, precisione e concordanza. In particolare, il solo dato numerico cedeva rispetto alle prospettate esigenze tecnico organizzative poste a base del trasferimento, che aveva riguardato tutte le sigle sindacali. 5. Secondo il giudice del gravame, le ragioni del disposto trasferimento collettivo, lungi dal costituire il frutto di un intento antisindacale, corrispondevano ad una esigenza comprovata di razionalizzazione del processo industriale e di ottimizzazione dell'organizzazione aziendale. Peraltro, la scelta era stata ispirata ad un criterio "produttivistico", essendo stato richiesto ai singoli capi UTE quali lavoratori fossero da assegnare all'Area Logistica ed essendo stati questi indicati in base a skill professionali ed attitudinali, il che non consentiva al giudice di valutare il merito della scelta effettuata, residuando lo spazio solo per verificare l'effettività delle ragioni addotte a sostegno dell'esercizio dello ius variandi.

La Cassazione replica:

10.2 (...) L'agevolazione probatoria in tanto può realizzarsi in quanto l'inversione dell'onere venga a situarsi in un punto del ragionamento presuntivo anteriore rispetto alla sua completa realizzazione secondo i canoni di cui all'art. 2729 c.c., finendosi altrimenti per porre a carico di chi agisce l'onere di una prova piena del fatto discriminatorio, ancorché raggiunta per via presuntiva. (...) 10.5. Parzialmente diverso (rispetto al D.Lgs. n. 216 del 2003, art. 4, comma 4) è il tenore del D.Lgs. n. 150 del 2011, art. 28, comma 4 (pacificamente non applicabile nella specie *ratione temporis*), secondo cui "Quando il ricorrente fornisce elementi di fatto, desunti anche da dati di carattere statistico, dai quali si può presumere l'esistenza di atti, patti o comportamenti discriminatori, spetta al convenuto l'onere di provare l'insussistenza della discriminazione. I dati di carattere statistico possono essere relativi anche alle assunzioni, ai regimi contributivi, all'assegnazione delle mansioni e qualifiche, ai trasferimenti, alla professione in carriera e ai licenziamenti dell'azienda interessata". Tuttavia, dovendo escludersi che le due norme costituiscano un inutile doppione della regola generale prevista dall'art. 2729 c.c., comma 2, il loro confronto è tale da indurre a ritenere la mancanza del requisito di "gravità", sul piano dell'assolvimento dell'onere della prova che richiede per il ricorrente il conseguimento di un grado di certezza inferiore rispetto a quello consueto. 10.6. Sulla base di tali premesse deve ritenersi erronea la sentenza impugnata laddove ha addossato l'onere probatorio definito attraverso il richiamo integrale ai canoni dell'art. 2729 c.c., al sindacato, senza tener conto del descritto criterio di agevolazione che si esprime in una diversa ripartizione degli oneri di allegazione e soprattutto della relativa prova. 10.7. In particolare, deve dissentirsi dalle affermazioni della Corte partenopea in quanto, rispetto al dato, rilevante ed incontrastato, secondo cui i trasferimenti hanno interessato il 6% degli addetti allo stabilimento, per quel che riguarda gli iscritti al sindacato ricorrente ne sono stati fatti oggetto in misura dell'80%. E rispetto a tale inconfutabile dato non può ritenersi correttamente valutata la l'assenza di discriminatorietà, la cui dimostrazione è stata considerata fornita con riferimento al criterio della valutazione dei criteri di scelta da parte dei capi dell'UTE con richiamo ad un "criterio produttivistico", terminologicamente privo di precisa valenza e significato ai fini considerati, di fronte al dato statistico fornito *ex adverso*. Né risulta appagante e dirimente la generica valutazione compiuta con riguardo alla circostanza, rilevante sul piano del controllo di effettività delle ragioni tecniche organizzative e produttive richiamate a fondamento della scelta imprenditoriale, della inattività dei lavoratori trasferiti presso il (OMISSIS).

Come si vede, qui la Corte ha un approccio più vicino a quello del giudice europeo, con il limite, comunque, di essersi basata essenzialmente su dati precisi e puntuali che la parte ricorrente ha dovuto fornire e che la Corte stessa sembra ritenere necessari affinché scatti l'inversione dell'onere della prova.

Il Giudice nazionale invece, secondo i principi affermati nella sentenza Schuch-Gannan, a fronte della dichiarata impossibilità della parte ricorrente di accedere alle informazioni ai dati necessari per provare l'esistenza di una discriminazione nel settore di competenza – o comunque in quello ritenuto rilevante ai fini dell'accertamento della sua sussistenza – è tenuto a prendere in debita considerazione anche altri fatti noti al ricorrente e che il ricorrente stesso ha versato nel processo.

Fatti e dati che, pur non essendo specifici all'universo di appartenenza ma che comunque risultino ad esso correlati e pertinenti, debbono comunque essere valutati ai fini della decisione attivando i meccanismi processuali ed applicando le conseguenti valutazioni in tema di onere della prova.

In una situazione di tal tipo non può quindi opporsi l'insufficienza o la puntualità delle informazioni fornite dal ricorrente. Il giudice deve infatti attivarsi, onerando la parte convenuta a contestare tali dati o ricorrere alle autorità nazionali per assumere le opportune informazioni, affinché vengano versati in causa gli elementi necessari all'accertamento della situazione di fatto che gli consentano di pronunciarsi a ragion veduta sulla domanda proposta, traendone, in mancanza, conclusioni favorevoli alla parte che denuncia la discriminazione.

Roma, 8 marzo 2020

Sergio Galleano