



Numero 3 / 2025

Gianluca LIGUORI

Disabilità e onere della prova

Disabilità e onere della prova

Gianluca LIGUORI

Dottore di Ricerca in Diritto del Lavoro, Università degli Studi di Roma Tre

Abstract.

Il contributo mira a ricostruire il regime probatorio agevolato della disciplina antidiscriminatoria del lavoratore con disabilità, attraverso le pronunce della giurisprudenza e le riflessioni della dottrina che hanno contribuito a chiarirne il funzionamento.

This paper aims to reconstruct the facilitated burden of proof regime within the antidiscrimination framework applicable to workers with disabilities, drawing on interpretative case law and scholarly analysis that have helped clarify its operation.

Sommario: 1. La specialità del regime probatorio – 2. *Ex latere prestatoris* – 2.1. Il fattore protetto: la condizione di disabilità – 2.2. Il trattamento deteriore e il termine di comparazione – 2.3. Il nesso di causalità – 3. *Ex latere datoris* – 3.1. Il fatto contrario – 3.2. Il nesso causale esclusivo – 3.3 La causale scriminante – 4. Profili applicativi

1. La specialità del regime probatorio

Tra gli argomenti che il presente *forum* si propone di approfondire, non poteva certo mancare il regime speciale dell'onere della prova, uno dei profili più peculiari e discussi della disciplina antidiscriminatoria del lavoratore con disabilità.

Proprio il profilo probatorio è stato infatti destinatario di un importante sforzo volto a consolidare e rafforzare l'effettività della disciplina¹, culminato con l'adozione di una *significativa deviazione*² dalle ordinarie regole di riparto dell'onere della prova³.

In materia di contrasto alle discriminazioni per disabilità, il principio trova espressione nell'art. 10 dir. 2000/78/CE, significativamente formulato in termini di ridimensionamento del carico probatorio dell'attore: «*Gli Stati membri prendono le misure necessarie [...] per assicurare che, allorché persone che si ritengono lese dalla mancata applicazione nei loro riguardi del principio della parità di trattamento espongono, dinanzi a un tribunale o a un'altra autorità competente, fatti dai quali si può presumere che vi sia stata una discriminazione diretta o indiretta, incomba alla parte convenuta provare che non vi è stata violazione del principio della parità di trattamento*» (art. 10 dir. 2000/78/CE).

¹ Sul sistema “multilivello” della disciplina antidiscriminatoria v. M.C. CATAUDELLA in questo *forum*.

² G. PROIA, *L'onere della prova nelle dinamiche del processo del lavoro*, in MGL, 2025, III.

³ L'opzione per un regime differenziato si giustifica in ragione della necessità di salvaguardare l'uguaglianza processuale delle parti del giudizio, a fronte della posizione di particolare debolezza in cui versa il lavoratore che lamenta di aver subito una discriminazione. Cfr. la storica sentenza “*Danfoss*” (CGUE C-109/1988 in RIDL, 1990, IV, 775 con nota di M.V. BALLESTRERO); in dottrina: A. VALLEBONA, *L'onere della prova degli atti discriminatori*, in LD, 1989, 338. Simili considerazioni appaiono in grado di scongiurare ipotetiche censure di costituzionalità: A. LASSANDARI, *Le discriminazioni sul lavoro*, Padova, 2010, 336.

Il recepimento del principio nell'ordinamento nazionale (ora all'art. 28, comma 4, d.lgs. n. 150/2011) si è rilevato però tutt'altro che semplice⁴, e forse privo della necessaria ponderazione che avrebbe meritato.

È allora alle pronunce della giurisprudenza e alle riflessioni della dottrina che occorre rifarsi per ricostruire il funzionamento del modello, legislativamente descritto nei suoi soli aspetti essenziali⁵.

2. *Ex latere prestatoris*

Ai sensi dell'art. 28, comma 4, d.lgs. n. 150/2011, spetta a chi si dichiara vittima di una discriminazione introdurre in giudizio «*elementi di fatto [...] dai quali si può presumere l'esistenza di atti, patti o comportamenti discriminatori*».

È pertanto pur sempre il ricorrente a dover assolvere a un preventivo onere di allegazione e prova (CGUE C-531/15 “*Otero Ramos*”), in difetto del quale il giudice è tenuto al rigetto della domanda; sicché, oggi, non si ravvisano più i presupposti per ritenere integrata una e propria inversione dell'onere della prova⁶, preferendosi una qualificazione in termini di “alleggerimento” dell'onere della prova (Cass. S.U. 21 luglio 2021, n. 20819)⁷ o, al più, di “inversione parziale” (Cass. 2 febbraio 2025, n. 2494).

Quest'onere del lavoratore si articola nella allegazione e dimostrazione: i) del fattore protetto di cui sia titolare, ii) del trattamento differenziale subito, e iii) del nesso di causalità sufficiente, ma non esclusivo, fra l'uno e l'altro elemento (così Cass. 2 gennaio 2020, n. 1)⁸.

Restano fuori dal *thema probandum* la consapevolezza/intenzionalità della condotta discriminatoria⁹ (cfr. Cass. 5 aprile 2016, n. 6575)¹⁰ e l'infondatezza della motivazione eventualmente assunta dal datore di lavoro a sua giustificazione.

⁴ Il riferimento è all'avvio di ben due distinte procedure di infrazione per incorretto recepimento che hanno interessato l'art. 4, comma 4, d.lgs. n. 216/2003.

⁵ La selezione delle fonti di seguito richiamate, non tutte concernenti la disabilità, si spiega in ragione della loro funzionalità a illustrare la funzionalità del modello. È la stessa giurisprudenza nazionale a mostrare di non attribuire significato pratico al diverso tenore letterale del sopracitato art. 28 rispetto all'art. 40 d.lgs. n. 198/2006, e ciò anche in ragione della sostanziale uniformità di disciplina in seno alle direttive UE.

⁶ Cfr. A. VALLEBONA, *Disciplina dell'onere probatorio e disparità sostanziale delle parti del rapporto di lavoro*, in *ADL*, 2001, III, 794; L. CURCIO, *Le azioni in giudizio e l'onere della prova*, in BARBERA (a cura di), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio. Il quadro comunitario e nazionale*, Milano, 2007, 554.

⁷ In *ADL*, 2021, VI, 1410 con nota di M. PERUZZI.

⁸ In *RGL*, 2020, IV, 654 con nota di V. PROTOPAPA. Ma ciò vale solo in linea di principio, come dimostra il fatto che la giurisprudenza comunitaria ha in alcune situazioni, in considerazione della particolarità della vicenda esaminata, privilegiato ai fini della prova solo alcune “porzioni di fattispecie” (es. la mera allegazione della disparità di trattamento). V. *amplius*: R. SANTAGATA DE CASTRO, *Le discriminazioni sul lavoro nel “diritto vivente”. Nozione, giustificazione, prova*, Napoli, 2019, 129 e M. PERUZZI, *La prova del licenziamento ingiustificato e discriminatorio*, Torino, 2017, 165.

⁹ Essendo semmai la loro presenza rilevante in punto di valutazione del grado di disvalore della condotta e sul piano delle tutele; ciò a riprova della non immutabilità dei temi di prova della discriminazione, ma della loro variabilità in relazione al tipo di tutela invocato.

¹⁰ In *RIDL*, 2016, III, 710 con nota di M.T. CARINCI, a partire dalla quale è stato abbandonato l'orientamento che sostanzialmente assimilava la discriminazione al motivo illecito, anche ai fini della necessaria sussistenza di un *animus nocendi* del soggetto agente.

2.1 Il fattore protetto: la condizione di disabilità

Al lavoratore spetta in primo luogo dimostrare, tramite la deduzione e l'assunzione di comuni prove storiche, la riconducibilità della limitazione sofferta alla nozione di disabilità accolta nell'alveo del diritto antidiscriminatorio¹¹.

Si tratta di una prova che, chiaramente, sarà tanto più semplice da fornire quanto più troverà riscontri in evidenze documentali (su tutte, la certificazione acquisita tramite procedimento valutativo *ex d.lgs. n. 62/2024*).

Si delinea in forma diversa qualora ad essere dedotta in giudizio è una discriminazione c.d. per associazione (anch'essa assoggettata alla tutela speciale antidiscriminatoria e al corrispondente regime probatorio: C-303/06 "*Coleman*")¹²; a rilevare, infatti, sarà non la condizione di disabilità del ricorrente, ma la riferibilità del trattamento deteriore da egli subito al fattore disabilità (§ 2.3); tipico l'esempio del lavoratore *caregiver*.

2.2 Il trattamento deteriore e il termine di comparazione

Nel passaggio logico successivo, il lavoratore deve aver cura di allegare, e in alcuni casi dimostrare, il titolo dell'obbligazione che asserisce inadempita.

Titolo che può sostanziarsi sia in un comportamento, prassi, atto o accordo attribuibile alla sfera dell'organizzazione datoriale, sia in una norma di legge, clausola negoziata con le rappresentanze sindacali¹³ o altro atto avente portata generale.

Sta poi allo stesso lavoratore individuare il termine di comparazione che la natura eminentemente relazionale della discriminazione presuppone¹⁴, di modo che possa emergere il trattamento deteriore subito.

Più esattamente, il lavoratore che si assume discriminato è onerato ad allegare e dimostrare un trattamento differenziato (o un «*particolare svantaggio*»)¹⁵ a suo danno rispetto ad un *tertium comparationis*, rappresentato da un soggetto (o da un gruppo di soggetti) ritenuto comparabile, rispetto al quale non si dia il fattore di protezione (o si dia in forma diversa: C-16/19 "*Szypital*")¹⁶.

Si pensi ai casi in cui le scelte datoriali siano idonee a coinvolgere astrattamente più posizioni lavorative (come può essere il licenziamento o il trasferimento): il lavoratore con disabilità sarà onerato a dimostrare l'esistenza in azienda di altre situazioni lavorative comparabili (ma non fattoriali) invece lasciate inalterate.

Ai fini del corretto funzionamento del giudizio di comparazione si deve aver riguardo a un soggetto che si trovi in una situazione analoga in specifico riferimento alla prestazione di cui trattasi (C-127/07 "*Arcelor*"). Se ad esempio il trattamento di cui si discute risulta essere connesso

¹¹ Per la quale si rimanda al contributo di F. VIGLIONE nel presente *forum*.

¹² In RCDL, 2008, 1168 con nota di L. CALAFÀ.

¹³ Numerose sono oggi le pronunce che individuano una discriminazione indiretta nella previsione di un termine unico di comparto: v. i contributi di L. PROIA e di G. SIGILLÒ MASSARA nel *forum*.

¹⁴ Con l'eccezione della "molestia", per la quale è sufficiente fornire la prova dei fatti storici da cui essa possa presumersi (E. TARQUINI, *L'onere della prova contro le discriminazioni*, in RGL, 2024, III, 343). Si è espressa in termini di "trattamento differenziale negativo": Cass. 15 novembre 2016, n. 23286, in DML, 2017, II, 357 con nota di L. VENDITTI.

¹⁵ Pregiudizio che potrà anche essere meramente potenziale (C-237/94 "*O'Flynn*").

¹⁶ La quale ha affermato che differenze di trattamento protette possono verificarsi anche all'interno di un gruppo di persone con disabilità.

alle mansioni svolte (come può essere la retribuzione o altre indennità di posizione), il termine di paragone dovrebbe aver riguardo agli altri lavoratori che svolgono – effettivamente e non solo formalmente: C-400/93 “*Royal Copenhagen*” – quella mansione; se invece il titolo inadempito prescinde dalla natura delle prestazioni svolte (es. atti o prassi di portata generale) anche il relativo parametro di comparazione dovrà tenerne conto (C-267/12 “*Hay*”).

Muovendo da questo, il *comparator* potrebbe anche non più esistere¹⁷ (C-129/79 “*Macarthys*”) o essere meramente “ipotetico” (C-177/88 “*Dekker*”), e potrebbero pure profilarsi prassi probatorie volte a ricreare artificiosamente una situazione identica a quella in cui versa il ricorrente (il c.d. *situation testing*)¹⁸.

Il giudizio di relazione rivela così la sua attitudine ad impedire concrete disparità di trattamento o di effetti, assicurando anche l'applicazione *ex se* di alcuni trattamenti protettivi.

Molte, però, sono le criticità che lo circondano (in particolar modo quelle che attengono alla discriminazione indiretta e alla dimensione collettiva che essa assume¹⁹, su tutte l'individuazione dell'esatta composizione dei gruppi da confrontare²⁰ e la determinazione della soglia di tolleranza della sproporzione²¹) che, se non governate, potrebbero compromettere l'esito del giudizio comparativo.

2.3 Il nesso di causalità

Anche con riferimento alla prova della riferibilità del trattamento peggiore alla condizione di disabilità, l'agevolazione dell'art. 28 comma 4 si rivela quanto mai opportuna, ammesso che, almeno di regola, tale correlazione non è immediatamente percepibile ed è anzi astutamente celata dietro ragioni oggettive.

L'agevolazione si concretizza nella facoltà riconosciuta al ricorrente di dedurre «*elementi di fatto*» (in realtà anche uno solo) che rendono solo “*plausibile*” (Cass. 2 maggio 2024, n. 11731)²² o “*verosimile*” (CdA Milano 11 novembre 2022, n. 857) una discriminazione²³ o che – per utilizzare la terminologia della Corte di Giustizia – siano idonei soltanto a “prefigurare” (C-226/98 “*Jørgensen*”) o far “presumere” (C-104/2010 “*Kelly*”) una discriminazione.

¹⁷ Si pensi a una infrazione commessa in passato da un lavoratore comparabile non fattoriale ma non punita rispetto a una identica commessa da un lavoratore con disabilità e punita; oppure alla condizione di disabilità insorta nel corso del rapporto e si trattasse di verificare il trattamento subito prima e dopo l'insorgenza, affermate come invariate le altre condizioni.

¹⁸ Sui requisiti di ammissibilità dei test situazionali v. M. CERBONE, *Le discriminazioni di genere nei rapporti di lavoro: tecniche processuali di tutela e contenuto intangibile dei diritti*, in *DF*, 2020, II, 1174. Valorizzando queste situazioni, non è mancato chi ha posto dubbi sulla necessità di un giudizio di comparazione. Cfr. D. IZZI, *Discriminazione senza comparazione? Appunti sulle direttive comunitarie “di seconda generazione”*, in *DLRI*, 2003, 423.

¹⁹ Resta impregiudicata la differenza con la “discriminazione collettiva”, anche dal profilo degli oneri probatori: non esclude una discriminazione indiretta la mancata deduzione del lavoratore in merito alla portata discriminatoria del criterio adottato dall'azienda con riguardo ad altri lavoratori portatori del medesimo fattore (così CdA Milano 11 novembre 2022, n. 857, in merito a un criterio di turnazione che non consentiva a un *caregiver* di svolgere le sue funzioni di assistenza mattutine).

²⁰ In modo da poter dar luogo a quella valutazione induttiva che assume che, tanto più alto è l'effetto di esclusione prodotto dalle pratiche datoriali a danno di un gruppo (comunque inferiore al 100%), tanto più probabile è che esso non sia casuale ma dipenda dall'identità collettiva del gruppo stesso.

²¹ Da qui l'attribuzione di rilievo ai dati di carattere statistico, assunti come utili ad evidenziare, a fronte della apparente neutralità dei fatti o dei comportamenti censurati, il reale svantaggio subito dai portatori del fattore disabilità (§ 2.3).

²² In *DRI*, 2024, IV, 1171 con nota di V. LUCIANI.

²³ Cfr. R. SANTAGATA DE CASTRO, *Le discriminazioni sul lavoro nel “diritto vivente”. Nozione, giustificazione, prova*, Napoli, 2019, 127 che ritiene comunque opportuno continuare a riferirsi a un “giudizio di probabilità”.

Tramite questo approccio, il regime speciale si pone “*in un punto del ragionamento presuntivo anteriore rispetto alla sua completa realizzazione secondo i canoni di cui all’art. 2729 c.c.*” (Cass. 2 gennaio 2020, n. 1), perché privo dei classici requisiti della gravità, precisione e concordanza²⁴.

Quali siano questi «*elementi di fatto*» è valutazione che, naturalmente, è strettamente connessa alle specificità del caso concreto, potendosi qui riportare solo alcune indicazioni di massima che si desumono dai repertori giurisprudenziali.

Tra esse: le “sospette” circostanze di tempo che accompagnano l’adozione dell’atto lesivo²⁵, il rifiuto dell’azienda di ostentare dati e informazioni (C-415/2010 “*Meister*”)²⁶, le esternazioni discriminatorie rese in pubblico (C-54/07 “*Feryn*”)²⁷ o in privato (Trib. Torino 28 dicembre 2016, n. 25780)²⁸ dal datore di lavoro, il carattere “*coatto, generalizzato e duraturo della prassi controversa*” (C-83/14 “*Chez*”), i “*concomitanti atti indesiderati*” (Cass. 9 gennaio 2025, n. 460)²⁹, la mancanza di valide giustificazioni che accompagnano l’atto discriminatorio (Cass. 27 settembre 2018, n. 23338).

Altre indicazioni provengono dalla Commissione europea³⁰.

È invece lo stesso art. 28, comma 4, d.lgs. n. 150/2011 a ritenere idonei «*anche*»³¹ dati di carattere statistico³², relativi «*anche*» alle assunzioni, ai regimi contributivi, all’assegnazione delle mansioni e qualifiche, ai trasferimenti, alla progressione in carriera e ai licenziamenti dell’azienda interessata.

L’approccio statistico si rivela uno strumento utile di agevolazione, per la sua capacità di svelare casi nascosti ma diffusi di discriminazione, soprattutto indiretta³³. Sono molte però le criticità che gli fanno strada (che qui possono essere solo sommariamente accennate).

²⁴ C. COLOSIMO, *L’effettività delle tutele nei meccanismi di attenuazione e inversione dell’onere della prova*, in LDE, 2023. V. però R. BONATTI, *sub art. 28 d.lgs. 1° settembre 2011, n. 150*, in CARPI-TARUFFO (a cura di), *Commentario breve al codice di procedura civile*, Padova, 2015, 3459. Per F. DE MICHIEL, *Questioni sull’onere della prova nel diritto del lavoro*, Padova, 2020, 160, “più che un alleggerimento della posizione del ricorrente” la disposizione introdurrebbe “un aggravamento della posizione probatoria del convenuto”.

²⁵ Indici possono trarsi in Cass. 26 luglio 2016, n. 15435 (sul trasferimento di una lavoratrice madre disposto dopo 3 giorni dalla scadenza del divieto) e in CdA L’Aquila 10 luglio 2014, n. 676 (sul licenziamento della lavoratrice madre dopo 9 giorni dal termine del divieto). Il criterio è stato valorizzato anche con riferimento ad atti lesivi immediatamente successivi a esternazioni di natura personale (v. C-15/94; Cass. 5 aprile 2016, n. 6575).

²⁶ Nella specie, sulla volontà di non assumere determinati fattoriali. Sempre la CGUE ha poi specificato che il diniego spiegato dal datore di lavoro ha l’effetto di esonerare il lavoratore dal produrre statistiche o fatti precisi (C-274/18 “*Minoo*”).

²⁷ In RCDL, 2008, 883, con nota di C. COMINATO, nella specie, sulle assunzioni da effettuare, in quanto “*idonee a dissuadere fortemente determinati candidati dal presentare le proprie candidature e, quindi, a ostacolarne l’accesso al mercato del lavoro*”.

²⁸ Nella specie, prodotte in giudizio tramite registrazione di un colloquio.

²⁹ In *Labor*, 2025, III, 283, con nota di M. PERUZZI, che ha affermato la necessità di tener conto di condotte vessatorie, stressanti e ansiogene ai fini dell’accertamento della discriminatorietà del licenziamento.

³⁰ V. *amplius* *How to present a discrimination claim*, Publications Office of the European Union, Lussemburgo, 2011, 50, che fa riferimento, ad esempio, a discriminazioni radicate all’interno dell’organizzazione datoriale.

³¹ Ma non necessariamente: Cass. 26 luglio 2016, n. 15435.

³² Ampliando, in tal modo, la nozione di fatto rilevante ai sensi dell’art. 2697 c.c.: così G.P. PARRAVICINI, *Brevi note sui profili processuali della discriminazione indiretta: onere della prova e apparato sanzionatorio*, in RIDL, 2020, II, 675. Per vero, l’utilizzo di dati statistici non è subordinato a un’espressa previsione, ma rientra nel c.d. diritto alla prova (M. TARUFFO, voce *Prova Scientifica*, EdD, Ann., vol. I, Milano 2008); l’esplicita menzione spinge però a una loro valorizzazione (E. PASQUALETTO, *Dati statistici e prova della discriminazione: il caso del licenziamento dell’apprendista alla scadenza della fase formativa*, in DRI, 2020, IV, 1176).

³³ Nella quale il trattamento svantaggioso non è indissolubilmente connessa con il fattore protetto, ma a un criterio apparentemente neutro. Per tali ragioni, comunemente si ravvede nella discriminazione indiretta un “indebolimento” del nesso causale: R. SANTAGATA DE CASTRO, *Le discriminazioni sul lavoro nel “diritto vivente”. Nozione, giustificazione, prova*, Napoli, 2019, 94.

A partire dalla corretta individuazione della base di campionamento, profilo spesso attenzionato dalla Corte di Giustizia, la quale, al riguardo, ha prima marcato la necessità di far riferimento a un campione sufficientemente ampio di soggetti e a fenomeni non di breve periodo ma rilevanti (C-127/92 “*Enderby*”)³⁴, e poi specificato l’opportunità di farla coincidere con l’ambito in cui opera la scelta del datore di lavoro (C-161/18 *Villar Láz*)³⁵. Non può escludersi però che, per alcune situazioni, la comunità di confronto possa essere più vasta, fino a coincidere con il mercato del lavoro³⁶.

Sul fronte nazionale, la Cassazione ha invece sottolineato l’importanza dell’attendibilità del dato e, nello specifico, della fonte di provenienza, del metodo di rilevazione e della chiarezza nella presentazione delle informazioni (Cass. 5 giugno 2013, n. 14206)³⁷.

Da parte sua, la dottrina ha mostrato particolare interesse sul grado di conferma probatoria del dato statistico: come tendente al rigorismo scientifico³⁸ o nel senso più comune di “probabilità”, e come tale oggetto di libera valutazione da parte del giudice³⁹, che evidentemente sarà tanto più agevole quanto più l’impatto differenziato sarà significativo.

Sotto quest’ultimo profilo, a un passato ricco di pronunce improntate su parametri prettamente quantitativi⁴⁰, si è opposta la più recente tendenza a valorizzare l’aspetto qualitativo (cfr. C-167/07 “*Seymour Smith e Perez*”).

Sta di fatto che, una volta forniti tali «elementi», la palla “passa” al datore di lavoro, al quale viene addossato il “rischio dell’incertezza in ordine alla sussistenza dei fatti costitutivi della fattispecie discriminatoria” (Cass. 28 marzo 2022, n. 9870)⁴¹.

³⁴ In *MGL*, 1994, 363 con nota di R. FOGLIA.

³⁵ Quando la popolazione che costituisce l’universo statistico coincide con quella cui si riferisce l’atto o il comportamento di cui deve valutarsi la discriminatorietà, sarà lo stesso dato statistico a costituire prova diretta della disparità (cfr. Trib. Roma, 21 giugno 2012 in *DRI*, 2012, IV, 1143 con nota di G. ZILIO GRANDI, sul noto caso “*Fiat-Fiom*”) in quanto elemento costitutivo della fattispecie discriminatoria. Quando invece non vi è coincidenza tra il dato statistico prodotto e l’ambito entro cui occorre effettuare la comparazione si tratterà di effettuare un’indagine diversa, che varia a seconda del tipo di discriminazione: v. *amplius* O. BONARDI, C. MERAVIGLIA, *Dati statistici e onere della prova nel diritto antidiscriminatorio*, in BONARDI (a cura di), *Eguaglianza e divieti di discriminazione nell’era del diritto del lavoro derogabile*, Roma, 2017, 394.

³⁶ Già D. MANASSERO, *Una prima pronuncia in tema di “prova statistica” della discriminazione*, in *RIDL*, 1993, II, 262. Qualora ciò accada, il dato statistico indicherà la frequenza con cui si verifica il fatto dedotto in giudizio in un contesto spazio-temporale diverso da quello che caratterizza il singolo caso in accertamento “c.d. *prior probability*”. V. *amplius*: M. PERUZZI, *La prova del licenziamento ingiustificato e discriminatorio*, Torino, 2017, 170. Sotto questo aspetto, la prova statistica può aiutare a stanare gli insidiosi fenomeni di discriminazione digitale o algoritmica su cui v. A. TOPO in questo *forum*.

³⁷ Che non ha riscontrato in atti a contenuto prevalentemente politico (quali interpellanze parlamentari o pareri di comitati nazionali) privi di indicazione dei criteri di rilevazione utilizzati quella “serietà che deve caratterizzare gli elementi su cui fondare le ragionamento probabilistico”. Se questo è il criterio, massima attendibilità avranno i dati estrapolati dalle fonti statistiche ufficiali, quali i *dataset* europei (*Eurostat*) e nazionali (*Istat*) o da altre fonti accreditate.

³⁸ I.C. MAGGIO, *La “prova statistica” nel processo contro le discriminazioni*, in *RPP*, 2021, VI, 1836.

³⁹ M. MILITELLO, *Dal conflitto di classe al conflitto tra gruppi. Il caso Fiat e le nuove frontiere del diritto antidiscriminatorio*, in *RIDL*, 2013, II, 180; del resto, sottolinea E.M. MASTINU, *Iura et leges nella disciplina della prova della discriminazione nel processo civile*, in *Equal*, 2025, I, 9, se il giudice fosse chiamato ad applicare rigorosamente le leggi della scienza statistica l’operazione logica di deduzione sarebbe governata da criteri addirittura più rigorosi di quelli ordinari.

⁴⁰ Cfr. S. VARVA, *Presunzioni e prova statistica nel diritto antidiscriminatorio tra ordinamento italiano, europeo e statunitense*, in CHIAROMONTE-FERRARA (a cura di), *Bisogni sociali e tecniche di tutela giuslavoristica. Questioni aperte e prospettive future*, Milano, 2018, 204 ss.

⁴¹ In dottrina v. M. BONINI BARALDI, *L’onere della prova nei casi di discriminazione: elementi di concettualizzazione nella prospettiva del diritto privato*, in CALAFÀ-GOTTARDI, *Il diritto antidiscriminatorio tra teoria e prassi applicativa*, Roma, 2009, 278: quella sullo spostamento dell’onere della prova in materia di discriminazioni può definirsi come “una norma sulla diversa distribuzione del rischio dell’insufficienza di prove”.

3. *Ex latere datoris*

Integratasi, nei termini descritti, la “presunzione di discriminazione”, «*spetta al convenuto l’onere di provare l’insussistenza della discriminazione*» (art. 28, comma 4, d.lgs. n. 150/2011).

Quest’onere si estrinseca nella allegazione e dimostrazione: o i) di fatti contrari idonei provare o il diverso significato degli elementi forniti dal ricorrente, o ii) dell’esistenza di una ragione lecita alternativa, oppure iii) della sussistenza di una scriminante.

In mancanza, sarà la stessa regola ordinamentale di giudizio a determinare il giudice a ritenere pienamente provata la discriminazione.

3.1 Il fatto contrario

Ove intenda contestare la fattorialità o il trattamento peggiore assunti dal ricorrente, il convenuto potrà allegare fatti diversi e contrari (che ovviamente si distingueranno a seconda della fattispecie discriminatoria di cui si controverte).

Più precisamente: che la condizione del lavoratore non integra uno stato di disabilità⁴²; che non è stato posto in essere alcun atto svantaggioso o comportamento indesiderato violativo della dignità della persona; che non sussiste l’effetto svantaggioso per il gruppo cui appartiene il ricorrente o che, pur sussistendo, è “meno che particolare”; che la comparazione effettuata non verte su situazioni analoghe; che il criterio di selezione è realmente e “non apparentemente neutro”.

Nell’assolvimento della prova contraria, il presunto autore della discriminazione non beneficia di alcun alleggerimento, ma è chiamato a fornire la prova piena, dovendo “*dedurre e provare circostanze inequivoche, idonee ad escludere, per precisione, gravità e concordanza di significato, la natura discriminatoria della misura litigiosa*” (Cass. 31 marzo 2023, n. 9095)⁴³.

Peraltro, è evidente che la “presunzione di discriminazione” già emersa sarà “*tanto più difficile da superare quanto più gli elementi di fatto allegati dal lavoratore si approssimano al massimo grado di automatismo valutativo*” (CdA Trento 23 febbraio 2017).

Così, ad esempio, nelle ipotesi di “discriminazione annunciata” (il caso *Feryn* già citato) al datore di lavoro non basterà, per integrare una idonea prova contraria, una mera controdedichiarazione ma dovrà dimostrare la non corrispondenza delle dichiarazioni rese con il comportamento tenuto in azienda⁴⁴ (ma v. C-81-12 “*Accepi*”)⁴⁵. A tal fine, potrà avvalersi anche dello strumento della

⁴² Sulla conoscenza dello *status* di disabilità da parte del datore di lavoro: G. DELLA ROCCA in questo *forum*.

⁴³ Il Supremo Collegio ha fatto riferimento, in proposito, a un “*onere della prova asimmetrico*”: Cass. 5 giugno 2013, n. 14206.

⁴⁴ Con tale pronuncia la CGUE sembra voler esigere la prova della presenza di lavoratori fattoriali in azienda e dell’inesistenza di azioni antidiscriminatorie nei loro confronti (così R. SANTAGATA DE CASTRO, R. SANTUCCI, *Discriminazioni e onere della prova: una panoramica comparata su effettività e proporzionalità della disciplina (Parte I)*, in *ADR*, 2015, III, 541).

⁴⁵ Che pone un tema di tutela di riservatezza dei lavoratori (v. *amplius* S. NAPPI, *Relazione XXI Congresso Nazionale AIDLaSS Messina 2024*, ds., 21 sulla distinzione del grado di prova contraria richiesto a seconda che sia o non sia necessaria una violazione della *privacy*).

prova statistica⁴⁶, soprattutto laddove i dati forniti dal ricorrente non siano pienamente rappresentativi della realtà⁴⁷.

3.2 Il nesso causale esclusivo

Diversa è la situazione qualora il trattamento differenziale subito dal lavoratore con disabilità sia stato provato o, comunque, non sia in discussione.

In casi siffatti, la discriminazione può dirsi esclusa⁴⁸ quando ad avere avuto esclusivo rilievo causale sia stata una ragione (obiettiva) alternativa, *id est* la riferibilità del trattamento deteriore a fattori altri rispetto alla disabilità (C-457/93 “*Rinner-Kühn*”).

Ciò vuol dire che la prova negativa dell’insussistenza di una correlazione tra l’atto e il fattore di rischio si traduce nella prova positiva della sussistenza di un nesso causale con un fatto diverso⁴⁹, idoneo, di per sé, ad escludere in concreto la sussistenza di una causa o di un effetto discriminatorio (Cass. 27 settembre 2018, n. 23338)⁵⁰.

Senza qui poter dar conto di tutte le implicazioni connesse al tema, merita attenzione il fatto che la prova sulla legittimità della condotta è cosa diversa (per eccesso e per difetto) dalla prova sulla non discriminatorietà della stessa⁵¹.

Da una parte, infatti, il fallimento della prova datoriale della giustificatezza non conduce necessariamente all’accertamento della discriminatorietà (per quanto la giurisprudenza gli attribuisca un ruolo non secondario nella costruzione del ragionamento presuntivo sull’esistenza di una discriminazione). Oggetto dell’onere datoriale *de quo* non è infatti la sussistenza dei presupposti che legittimano l’adozione dell’atto, ma quella di un fatto, diverso dal fattore di rischio, che abbia con l’atto di recesso un nesso di causalità esclusivo.

D’altra parte, la raggiunta prova della legittimità e non arbitrarietà di un atto, patto, prassi o comportamento datoriale non vale ad elidere automaticamente un’eventuale fattispecie discriminatoria (seppure potrebbe di certo indebolirla).

È per tale ragione che, in presenza del fattore protetto della disabilità, diviene irrilevante l’individuazione in capo al lavoratore di un diritto soggettivo ovvero di una mera aspettativa (Cass. 26 febbraio 2021, n. 5476).

⁴⁶ O. BONARDI, C. MERAVIGLIA, *Dati statistici e onere della prova nel diritto antidiscriminatorio*, cit., 357. È quanto avvenuto nel caso “*Wolf*” (C-229/08).

⁴⁷ Cfr. il caso trattato in Cass. 15 giugno 2020, n. 11530, ove il dato parziale fornito dal lavoratore (che avrebbe fatto propendere per la discriminazione) è stato superato a seguito dell’ampliamento dell’arco temporale di riferimento.

⁴⁸ È fatta salva la molestia, la cui struttura preclude la prova di una diversa ragione lecita.

⁴⁹ Ma solo nella discriminazione diretta; in quella indiretta, ad essere dedotta in giudizio è la natura pregiudizievole del fatto causale, natura che può essere negata, come visto, o provando che tale fatto non implica uno svantaggio per il gruppo cui appartiene il ricorrente o implica uno svantaggio meno che particolare: M. PERUZZI, *Licenziamento di dirigente con disabilità: interazione tra prova della discriminazione e prova della giustificatezza*, in *Labor*, 2025, III, 294.

⁵⁰ In *Labor*, 2019, II, 188, con nota di F. MARINELLI. Caso in cui è stata esclusa la discriminatorietà del licenziamento di una lavoratrice con disabilità, in forza della dimostrata necessità di riduzione del personale di un’unità e del divieto di recesso nei confronti dell’unica altra dipendente ex art. 54, comma 9, d.lgs. n. 151/2001.

⁵¹ M. PERUZZI, *La prova del licenziamento ingiustificato e discriminatorio*, Torino, 2017, 174.

3.3 La causale scriminante

Una “terza via” si concretizza qualora non sia in discussione nemmeno l’esistenza del nesso causale⁵².

Il convenuto potrà allegare e provare che il trattamento o l’effetto differenziato in ragione della disabilità si spiega alla stregua di una eccezione o di una giustificazione prevista dalla legge⁵³.

E questo perché, in presenza di una discriminazione diretta, la normativa europea (art. 4 § 1 dir. 2000/78/CE), recepita da quella nazionale (art. 3, comma 3, d.lgs. n. 216/2003), ammette un’eccezione specifica nei casi in cui, *«per la natura dell’attività lavorativa o per il contesto in cui essa viene espletata»*, una caratteristica legata alla disabilità – e non il motivo stesso della disabilità (cfr. C-447/09 “*Prigge*”) – costituisce un requisito *«essenziale e determinante»* per lo svolgimento dell’attività lavorativa⁵⁴.

Per le discriminazioni indirette è invece prevista una giustificazione di carattere generale – che si riferisce alle disuguaglianze *«giustificate oggettivamente da finalità legittime perseguite attraverso mezzi appropriati e necessari»* (art. 2 § 2 lett. b), i) dir. 2000/78/CE; art. 3, comma 6, d.lgs. n. 216/2003) – e una specifica, che scrimina quelle differenze da “accomodamenti ragionevoli”⁵⁵ (art. 2 § 2 lett. b), ii) dir. 2000/78/CE; art. 3, comma 3-bis, d.lgs. n. 216/2003).

Sono fatte salve, inoltre, ai sensi dell’art. 3, comma 2, del richiamato d.lgs. n. 216, le disposizioni che attengono alla sicurezza e protezione sociale, alla sicurezza pubblica e prevenzione dei reati, a questioni di stato civile e di prestazioni che ne derivano, di accesso alle forze armate.

Dal sistema descritto deriva che una differenza di trattamento nei confronti di un lavoratore disabile e in ragione del suo stato di disabilità potrà considerarsi legittima solo qualora sia assistita da una scriminante, tenuto conto dell’obbligo di adottare accomodamenti ragionevoli⁵⁶. L’area delle eccezioni e delle giustificazioni ammesse è dunque anch’essa cruciale nel delimitare o ampliare la tutela antidiscriminatoria.

Di qui l’importanza di intenderle in modo restrittivo, e quindi in termini di ineliminabilità e insuperabilità definitiva delle richieste condizioni psico fisiche⁵⁷, da dimostrarsi allegando di non aver potuto ragionevolmente adottare soluzioni meno discriminatorie (C-170/84 “*Bilka*”).

Ma anche secondo canoni oggettivi⁵⁸, motivo per cui si è esclusa con nettezza la possibilità di dare rilievo ai gusti soggettivi discriminatori della clientela (C-188/15 “*Boungaoui*”), anche se ne

⁵² Classico è l’esempio del licenziamento intimato *«per motivo oggettivo consistente nella inidoneità fisica o psichica del lavoratore»* (art. 18, comma 7, legge n. 300/1970) o *«per motivo consistente nella disabilità fisica o psichica del lavoratore»* (art. 2, comma 4, d.lgs. n. 23/2015).

⁵³ Sulla differenza tra “eccezione” e “giustificazione”: M. BARBERA, *Il licenziamento alla luce del diritto antidiscriminatorio*, in RGL, 2013, I, 154.

⁵⁴ La formula linguistica utilizzata dalla legge lascia intendere che il requisito essenziale attenga non alla prestazione di lavoro oggettivamente considerata (art. 1346 c.c.), ma alla capacità del lavoratore con disabilità a eseguirla: E.M. MASTINU, *Iura et leges nella disciplina della prova della discriminazione nel processo civile*, in *Equal*, 2025, I, 20.

⁵⁵ Sulla cui nozione v. D. TARDIVO e F. LIMENA in questo *forum*.

⁵⁶ M. MILITELLO, D. STRAZZARI, *I fattori di discriminazione*, in BARBERA-GUARISO (a cura di), *La tutela antidiscriminatoria, fonti strumenti interpreti*, Torino, 2019, 155.

⁵⁷ Per la cui prova (fermo restando la libera valutazione del giudice) il datore potrà produrre, a seconda delle circostanze, la documentazione relativa all’accertamento sanitario *ex* art. 5 legge n. 300/1970, del medico competente, oppure della Commissione di cui all’art. 4 legge n. 104/1992.

⁵⁸ M. BARBERA, S. BORELLI, *Principio di eguaglianza e divieti di discriminazione*, in *Biblioteca 20 Maggio*, 2022, I, 139.

possa risultare un pregiudizio per gli interessi economici dell'impresa (Corte Cost. 22 gennaio 1987, n. 17)⁵⁹, per il mercato in generale o per il bilancio dello Stato (C-187/00 “*Kutz-Bauer*”).

E si coglie in questo carattere la differenza di peso specifico della tutela antidiscriminatoria rispetto quella accordata mediante la generica imposizione di una giustificazione necessaria per l'esercizio di alcuni poteri datoriali⁶⁰.

4. Profili applicativi

Il ricostruito regime speciale di distribuzione dell'onere della prova deve ritenersi applicabile a tutte le controversie in cui è dedotta una discriminazione correlata al fattore disabilità, a prescindere dal tipo di azione proposta e dal rito.

Nell'imporre il *favor* probatorio, la giurisprudenza della CGUE, prima, e il legislatore europeo, poi, hanno fatto valere l'esigenza di garantire l'effettività della disciplina antidiscriminatoria, in considerazione di una vera e propria mancanza di disponibilità della fonte di prova in capo al lavoratore. La *ratio* della norma, dunque, si radica nel principio dell'effetto utile dei divieti di discriminazioni europei⁶¹, vincolando il giudice nazionale in sede di interpretazione conforme⁶².

Nonostante il silenzio del legislatore sul punto, non può quindi dubitarsi che il descritto regime speciale trovi applicazione, oltre che alle ipotesi previste dall'art. 28 d.lgs. n. 150/2011⁶³, anche all'azione a cognizione piena (art. 409 ss. c.p.c.) o all'impugnativa di licenziamento *ex* art. 441-*quater* c.p.c.⁶⁴.

È allora corretto riferirsi a un “principio di unitarietà della tutela discriminatoria con particolare riferimento alla prova”⁶⁵.

⁵⁹ Con cui la Consulta ha chiarito che il divieto di discriminazione della legge n. 903/77 non potesse giustificare un licenziamento motivato dalla preferenza della clientela a sole guardie giurate di sesso maschile, anche nel caso in cui ciò avesse comportato la risoluzione del contratto commerciale.

⁶⁰ cfr. A. PILEGGI, *Relazione XXI Congresso Nazionale AIDLaSS Messina 2024*, ds.

⁶¹ D. BORGHESI, *L'onere della prova nei licenziamenti disciplinari e discriminatori*, in RGL, 2016, I, 879.

⁶² Rileverebbero, poi, altre a considerazioni di carattere generale, quale la collocazione sistematica della disciplina della prova nell'area di diritto sostanziale: L. DE ANGELIS, *Il processo dei licenziamenti tra agonie e speranze*, in *Biblioteca 20 Maggio*, 2022, I, 147.

⁶³ Che a seguito della “Riforma Cartabia” è regolata con il rito semplificato di cognizione *ex* art. 281-*decies* c.p.c.

⁶⁴ Conforme la giurisprudenza: Cass. 2 novembre 2021, n. 31054; Cass. 12 ottobre 2018, n. 25543. Il regime agevolato non copre, invece, il “danno da discriminazione”, che deve inevitabilmente seguire criteri ordinari; pur se, in molte occasioni, i due piani (la prova della discriminazione e la prova del danno), risultano intrecciati: A. GUARISO, M. MILITELLO, *La tutela giurisdizionale*, in BARBERA-GUARISO, *Tutela antidiscriminatoria*, cit., 465.

⁶⁵ L. TORSELLO, *Riflessioni sull'onere della prova nel licenziamento discriminatorio e nel licenziamento ritorsivo*, in VTDL, 2024, 118.