

**Lara Lazzeroni**

**Licenziamento discriminatorio, motivo illecito  
determinante e procreazione assistita:  
cronaca di un diritto in evoluzione**

**Sommario:** **1.** Premessa. **2.** La forza espansiva del diritto antidiscriminatorio: dialogando con la scienza medica. **3.** Gli anni dei progressi del rimedio antidiscriminatorio. **4.** Una nuova primavera dopo un lungo inverno: l'affrancarsi del diritto antidiscriminatorio dalla prova della ragione illecita determinativa dell'atto. **5.** Quando la difesa dalla discriminazione prevale sull'esercizio (datoriale) di un legittimo diritto. **6.** Il motivo ritorsivo nel panorama degli atti nulli.

*I. Premessa*

Tenuto conto, in particolare, del mutato quadro normativo, *ex l.* 28 giugno 2012 n. 92, in punto di tutela avverso i licenziamenti nulli, e di un ricorso crescente alla scienza per garantirsi una maternità cui si accede in età sempre più avanzata, è d'interesse verificare la capacità del diritto antidiscriminatorio di segnare con più fermezza i propri confini e, al contempo, di misurarsi con la capacità di conquistarne di nuovi. Sarà dunque utile, in tale tentativo, ridefinire gli spazi del licenziamento discriminatorio rispetto a quello dettato da motivo illecito determinante, *ex art.* 1345 cod. civ. e, all'interno di quella ricostruzione, confutare la necessità, talvolta riconosciuta anche in riferimento all'apparato di tutela antidiscriminatoria, della esclusività del motivo illecito per inferire della discriminatorietà del licenziamento stesso. Ciò non prima di aver testato la vivacità di un diritto antidiscriminatorio in continua espansione e capace di asseverare la tutela antidiscriminatoria per i casi di accesso al trattamento di fecondazione assistita, rileggendo e confrontando un passato giurisprudenziale forse troppo restrittivo con un presente giudiziario d'"avanguardia".

2. *La forza espansiva del diritto antidiscriminatorio: dialogando con la scienza medica*

Una recente Corte di Cassazione<sup>1</sup>, alle prese con il licenziamento (*sub* l. 10 aprile 1991 n. 125) di una lavoratrice intenzionata a sottoporsi ad un trattamento di fecondazione artificiale in Spagna – dopo altri precedenti tentativi senza risultato – non esita a riconoscere la discriminazione di genere per il fatto di aver meramente programmato tale intervento, senza ancora aver avviato il relativo percorso. La Corte non fa ricorso alla disciplina della maternità, ma solo al licenziamento discriminatorio di genere, ma sarebbe pur sempre interessante sapere, per le ragioni che vedremo, se l’aspirante madre sia poi diventata realmente mamma nell’occasione che ha originato il licenziamento (e più esattamente quando, rispetto a quel licenziamento).

Una meno recente sentenza della Corte di Giustizia<sup>2</sup>, di fronte al licenziamento di una lavoratrice (sig.ra *Mayr*) intervenuto esattamente tra la fecondazione in vitro degli ovociti prelevati e il trasferimento in utero degli stessi, ebbe già ad affermare la natura discriminatoria del licenziamento, per il fatto che la procreazione assistita è circostanza che interessa le donne. Quella Corte escluse tuttavia l’applicazione della tutela della maternità in ragione del fatto che, pur avvenuta la fecondazione in vitro, gli embrioni non erano ancora stati impiantati alla donna, ritenendo pertanto di non poter accedere alla nozione di “gravidanza” e, da quella, all’applicazione della dir. 92/85/Ce.

Il 18 marzo 2014, la stessa Corte di Giustizia<sup>3</sup> si era trovata ad escludere il diritto di due madri surrogate di fruire del congedo di maternità dopo la nascita del figlio avuto con utero in affitto, affermando complessivamente che: non ricorre una discriminazione di genere dal momento che lo stesso diritto è negato ai padri; che non c’è discriminazione sulla base dell’*handicap*, perché la limitata funzionalità riproduttiva della donna non è di ostacolo alla sua vita professionale; che non c’è lesione dei diritti legati alla maternità, dal momento che la direttiva non si applica alla maternità surrogata bensì solo a quella naturale o a quella adottiva (tale invece non potendosi intendere l’acquisizione della potestà genitoriale da parte della madre surrogante).

<sup>1</sup> Cass. 5 aprile 2016 n. 6575.

<sup>2</sup> C. Giust. 26 febbraio 2008, *Mayr*, causa C-506/06.

<sup>3</sup> In due distinti casi: il caso *Z.*, causa C-363/2012, e il caso *C.D.*, causa C-167/2012.

Pur nella grande vicinanza di tali casi, solo quello più recente, nazionale, segna un ulteriore passo del diritto antidiscriminatorio. Se ad esempio confrontiamo il primo caso citato con il secondo, per la S.C., al fine di affermare la discriminatorietà del recesso, non dovrebbe avere rilievo il fatto che il trattamento di fecondazione sia già stato effettuato – e che pertanto la lavoratrice abbia già esercitato le prerogative tipiche di genere –; che quel trattamento sia in corso al momento del licenziamento – e che quindi quelle prerogative stia esercitando nel medesimo periodo –; o infine che quel trattamento sia stato solo programmato (come nel caso affrontato dalla S.C.), e quindi vi sia una potenzialità di esercizio delle prerogative di genere. Valore assorbente ha, unicamente, il rapporto di causalità fra il trattamento di fecondazione, anche meramente ipotizzato (programmato), e l'atto di licenziamento.

Sia il caso *Mayr* che quello di Cassazione chiariscono come la natura discriminatoria in base al sesso debba essere dedotta dal fatto che tali trattamenti di procreazione assistita possono riguardare solo le donne (punto 50 di *C. Giust.*). Tuttavia, il caso *Mayr* pare incappare in un limite che non possiede la pronuncia nazionale, dal momento che la Corte di giustizia fa derivare la discriminatorietà del licenziamento dal fatto che la lavoratrice si trovasse già “in una fase avanzata di un trattamento di fecondazione in vitro, vale a dire tra il prelievo follicolare e il trasferimento immediato degli ovuli fecondati in vitro nel suo utero”, come a voler significare che, se la Corte europea si fosse trovata di fronte al caso italiano, avrebbe forse avuto difficoltà a pronunciarsi perfino sulla discriminazione di genere.

La migrazione della tutela antidiscriminatoria verso nuovi spazi è dunque in parte segnata, proprio da Cass. 5 aprile 2016 n. 6575 per la quale è ininfluente il fatto di aver programmato la fecondazione o di averla in corso (e più esattamente, di aver già trasferito gli embrioni oppure no), essendo anche il momento della programmazione di una PMA prerogativa esclusivamente femminile.

Non mostra altrettanta capacità di cogliere i mutamenti sociali<sup>4</sup> la Corte di giustizia nei citati casi *Z.* e *C.D.*, in riferimento a due circostanze, in particolar modo. In primo luogo nel momento in cui, per escludere la discriminazione di genere arriva perfino ad affermare che anche il padre non

<sup>4</sup> Sulle frontiere del diritto antidiscriminatorio in riferimento agli sviluppi della genetica cfr. TROJSI, *La discriminazione genetica nel lavoro. Intrecci con la discriminazione culturale e di genere*, in SANTUCCI, NATULLO, ESPOSITO V., SARACINI (a cura di), “*Diversità*” culturali e di genere nel lavoro tra tutele e valorizzazioni, FrancoAngeli, 2009, p. 226 ss.

potrebbe beneficiare del congedo di paternità, pur essendo costui padre a tutti gli effetti. Sotto altro frangente barricandosi dietro l'esclusione (formale) della maternità surrogata dalla disciplina in tema di maternità/adozioni. Il substrato etico che informa i casi in questione è certamente forte, tanto da far ritenere che la Corte non voglia favorire il ricorso a tali tecniche mediche (escludendo di fatto che si possano paragonare ad un'adozione) e lasciando tuttavia alle legislazioni nazionali l'opportunità di estendere i diritti di maternità anche alle madri surroganti (rappresentando, le direttive europee, solo l'obiettivo minimo di armonizzazione da perseguire).

Oltre a ciò, e soprattutto, la Corte del caso *Mayr* chiarisce espressamente che qualora il licenziamento fosse intervenuto successivamente al *transfer* degli embrioni sarebbe stato altresì possibile fare ricorso all'apparato di tutela della maternità per una pronuncia sulla nullità del recesso (e non solo all'apparato di tutela contro le discriminazioni di genere, per quanto sostanzialmente con il medesimo risultato pratico in punto di tutela azionabile).

Invero la Corte di giustizia, negando la possibilità di considerare violata la normativa sulla maternità, stante proprio il mancato trasferimento alla donna dell'embrione fecondato, tralascia aspetti certamente non irrilevanti; aspetti che dovrebbero invece essere evidenziati, facendo semplicemente dialogare fra loro scienza medica e diritto.

Da un primo punto di vista, la questione introdurrebbe ad un tema dai contorni assolutamente indefinibili e paludosi, connotati da ricadute di stampo etico, ideologico e religioso, attorno alla qualificazione dell'ovocita fecondato – quindi dell'embrione, che rappresenta il primo stadio di sviluppo del feto futuro – come “essere umano”, come “persona”, quindi alla sua esatta definizione quanto a posizione giuridica soggettiva e, di conseguenza, a quella dei genitori<sup>5</sup>. Il variegato spettro del legiferare a livello europeo in punto di tecniche di procreazione e di limiti alle pratiche in tal senso<sup>6</sup>, ha probabilmente limitato l'argomentare della Corte di giustizia – esattamente come è stato per i casi *Z.* e *C.D.* – la quale opportunamente non ha preso

<sup>5</sup> CASCIARELLO, *La legge 40/2004 sulla procreazione medicalmente assistita: “controindicazioni per l'uso”*, in SCARPONI (a cura di), *Diritto e genere. Analisi interdisciplinare e comparata*, Cedam, 2014, p. 171 ss.

<sup>6</sup> Si pensi alla legislazione italiana (l. 19 febbraio 2004 n. 40) che addirittura accorda all'embrione (persona) una tutela contrapponibile perfino a quella della madre (soprattutto prima degli interventi della Consulta sul punto) “*della quale viene limitato il diritto alla salute, nonché quello all'autodeterminazione*” (CASCIARELLO, *op. ult. cit.*, p. 175).

posizione al riguardo, anche per i riflessi che tale questione avrebbe generato, ad esempio in punto di diritti di filiazione e successori.

Da altro punto di vista, tuttavia, la Corte di giustizia in *Mayr* avrebbe dovuto essere molto più cauta nell'escludere l'applicazione della normativa sulla maternità ai giorni precedenti il trasferimento degli embrioni.

Il periodo garantito dal divieto di licenziamento in caso di gravidanza copre difatti l'arco temporale che si dipana dall'*inizio della gravidanza* fino ad un anno di vita del bambino, e non invece dal momento del concepimento (che nel caso della PMA coincide grosso modo con il trasferimento in utero dell'embrione) o, tanto meno, dal momento di accertamento dello stato di gravidanza in atto (che avviene solitamente dopo due settimane da tale trasferimento).

Per essere più precisi, se proprio badiamo al tempo dal quale la *scienza medica* fa decorrere la condizione di gravidanza, va detto che questa, proprio per l'impossibilità di definire la data esatta del concepimento, è di necessità retrodatata al momento dell'ultima menorrea (solitamente anticipata di circa due settimane rispetto al momento del concepimento). I nove mesi di gestazione, cioè, proprio per convenzione generale che accomuna tutti i Paesi sviluppati, decorrono dall'ultima menorrea e arrivano fino alla data presunta del parto. Basti considerare che tutte le curve di crescita del feto usate in ecografia, nei Paesi europei, sono "*epoca gestazionale dipendente*", nel senso che i parametri di sviluppo del feto sono tarati sulla data dell'ultima mestruazione. A ciò si aggiunga che, proprio sulla base del primo giorno dell'ultima menorrea si effettua il calcolo della data presunta del parto e da questo, in conseguenza, si individua il periodo di inizio del congedo di maternità.

In altre parole ancora, qualora l'impianto alla sig.ra *Mayr* avesse avuto buon esito, la stessa avrebbe potuto accertarlo già due settimane dopo, quando cioè per la scienza medica la gestane si trovava alla fine del primo mese di gravidanza. Se da quell'impianto fosse quindi scaturita una gravidanza, il periodo coperto dal divieto di licenziamento sarebbe stato considerato decorrente (come per tutte le gravidanze comuni) dal primo giorno dell'ultima menorrea, quindi ben prima della fecondazione in vitro degli ovociti e, dunque, certamente prima del momento in cui è stato intimato il licenziamento della lavoratrice nel caso affrontato dalla Corte di giustizia.

Tale considerazione, che non figura affatto nel ragionamento della Corte del caso *Mayr*, meritava e merita di essere tenuta presente, anche per

evitare di generare disparità di trattamento fra lavoratrici in base al fatto di ricorrere a metodi naturali oppure artificiali di procreazione, rispetto ai quali primi, soltanto, sarebbe quindi garantita la copertura del divieto di licenziamento fin dall'ultima menorrea della lavoratrice (e non certamente dal momento del concepimento, proprio perché assolutamente non databile in una procreazione naturale<sup>7</sup>).

Ma soprattutto non trascurare tali considerazioni potrebbe giovare in situazioni analoghe, potendo alleggerire notevolmente la fase probatoria, venendo meno la necessità di provare la discriminazione di genere, stante il fatto che in tali circostanze la discriminatorietà dovuta a gravidanza è sorretta da presunzione *ex lege*. Ma potrebbero giovare ancora di più nel caso in cui, diversamente dal caso *Mayr*, la violazione da parte datoriale compiuta con il licenziamento fosse assolutamente inconsapevole e la lavoratrice potesse quindi contare solo sulla tutela della maternità che copre il licenziamento che sia *meramente* intervenuto nell'arco temporale protetto (magari intimato per ragioni oggettive o per altre circostanze non discriminatorie). Certamente la tutela accordata sarebbe la medesima, dal momento che la violazione dei diritti legati alla maternità è considerata una discriminazione, ma quanto ad onere della prova la lavoratrice avrebbe certamente il vantaggio di potersi limitare a dimostrare che il licenziamento è intervenuto nel periodo temporale protetto, senza dover provare la discriminatorietà di genere (che, appunto, potrebbe non esserci stata).

Riportata la questione al di qua delle Alpi, nel caso di Cass. 5 aprile 2016 n. 6575 non è dato sapere se tali valutazioni siano state svolte dal S.C., anche perché non è dato sapere in quale periodo temporale la lavoratrice si trovasse e se quella programmazione fosse a medio termine o di imminente realizzazione (nel ciclo ovulatorio in corso), nel qual caso, magari, poteva aversi spazio – sempre che dalla pratica medica fosse sortita una gravidanza – per affermare espressamente il diritto alla tutela della maternità fin dal tempo in cui la scienza fa decorrere la condizione di gravidanza.

La maggiore accortezza della Corte nazionale – fosse anche nel non affrontare la questione legata alla maternità (piuttosto che escluderla, come ha fatto invece la Corte di giustizia) – e comunque l'apertura manifestata nell'estendere la tutela antidiscriminatoria a situazioni in cui le prerogative di

<sup>7</sup> E per certi versi, in maniera esatta, neppure in una artificiale, se per inizio dello stato gravidico si intende il momento dell'attaccamento dell'embrione alle pareti uterine.

genere non siano state ancora concretamente esercitate (avendo la lavoratrice semplicemente manifestato tale volontà), porta ad affermare la capacità del diritto antidiscriminatorio di lambire aree non ancora tracciate e certamente non ancora formalmente affrancate come aree garantite, pur avendo da tempo, la tutela antidiscriminatoria, quella “*virtualità*”<sup>8</sup> che consente di rinvenire la discriminazione anche in riferimento a situazioni potenziali.

### 3. *Gli anni dei progressi del rimedio antidiscriminatorio*

Se dunque il trascorrere del tempo fa intravedere nuovi orizzonti della tutela antidiscriminatoria, segnandone più attentamente i confini con l’apporto della scienza medica, non può tralasciarsi la necessità di tracciare altri confini, questa volta giuridici, normativi in senso stretto, fra istituti ben spesso appiattiti, quali in particolare quello del licenziamento discriminatorio e del licenziamento per motivo illecito determinante (ma anche di quello ritorsivo).

La distinzione concettuale e sostanziale fra il licenziamento discriminatorio e quello dovuto a motivo illecito è oggi estrapolabile dal dato normativo introdotto con la riforma dell’art. 18 St. lav., ad opera della l. n. 92/2012, che ha portato ad assegnare *espressamente*, alle varie fattispecie di licenziamento “nullo”, il regime di tutela special-lavoristica (*ex art. 18*), in luogo di quella comune-civilistica *ex art. 1418 cod. civ.*, pur se entrambe disponenti la reintegrazione ed il risarcimento del danno misurato sull’effettiva *deminutio patrimonii* subita per il periodo di allontanamento dal lavoro. L’operazione di accorpamento di cui parliamo oggi è tuttavia il risultato di un lungo processo di travaso.

A partire dalla l. 15 luglio 1966 n. 604 – che comunque, *ex art. 11*, si applicava a prescindere dal requisito dimensionale dell’impresa – e fino all’emanazione dello Statuto, la tutela ripristinatoria/risarcitoria del rapporto di lavoro in caso di licenziamento discriminatorio era accordata come naturale conseguenza della declaratoria di nullità dell’atto, quindi come effetto della applicazione di un modello civilistico. E la stessa riforma dello Statuto non ha completamente eliminato il dualismo nel sistema, nel caso di discriminazioni

<sup>8</sup> Così ZOPPOLI L., *Categorie giuridiche, diritto antidiscriminatorio e pari opportunità*, in SANTUCCI, NATULLO, ESPOSITO V., SARACINI (a cura di), “*Diversità*” culturali e di genere nel lavoro tra tutele e valorizzazioni, cit., p. 154.

sindacali, politiche o religiose (poi anche di genere, razza e lingua *ex l.* 9 dicembre 1977 n. 903), stante la permanenza del rimedio civilistico in imprese di piccole dimensioni, di cui alla l. n. 604/1966, e del rimedio *ex art.* 18 per imprese medio-grandi. Divario che, fino all'introduzione dell'art. 3 della l. 11 maggio 1990 n. 108<sup>9</sup>, la giurisprudenza ha tentato di colmare<sup>10</sup> ammettendo la forza espansiva dell'art. 18 anche in imprese di piccole dimensioni, nonostante la norma statutaria si applicasse espressamente solo alle imprese più grandi.

Parimenti può dirsi per l'estensione (graduale) ed ancora successiva che si è registrata con riguardo al licenziamento con violazione dei diritti legati alla maternità, per i quali il d.lgs. 26 marzo 2001 n. 151 prima, e l'art. 25, co. 2-*bis*, d.lgs. 11 aprile 2006 n. 198 poi, sono andati ad interrompere un procedere ondivago della giurisprudenza nazionale fra applicazione dell'art. 3, l. n. 108/1990 (quindi dell'art. 18)<sup>11</sup> in funzione estensiva, rispetto alla applicazione dell'art. 1418 cod. civ.<sup>12</sup>.

È invece dovuta alla riforma dell'art. 18 nel 2012 l'estensione del rimedio special-lavoristico al caso del licenziamento nullo in ragione del matrimonio, che ancora con il d.lgs. n. 198/2006, art. 35, risultava<sup>13</sup> sfornito di quei van-

<sup>9</sup> In punto di evoluzione normativa, BELLOCCHI, *Pluralismo religioso, discriminazioni ideologiche e diritto del lavoro*, in *ADL*, 2003, p. 193 ss.

<sup>10</sup> Cfr. C. Cost. 22 gennaio 1987 n. 17, in *RIDL*, 1987, p. 431 e C. Cost. 24 marzo 1988 n. 338, in *DL*, 1988, II, p. 244. In dottrina, FOCARETA, *L'art. 18 dello Statuto dei lavoratori tra tendenze espansive e problemi irrisolti*, in *QL*, 1989, n. 6, p. 262 ss.; DELL'OLIO, *Licenziamenti illegittimi e provvedimenti giudiziari*, in *AIDLASS, Licenziamenti illegittimi e provvedimenti giudiziari*, Atti di Torino, 16-17 maggio 1987, Giuffrè, 1987, p. 28; MAZZOTTA, *I licenziamenti. Commentario*, Giuffrè, 1999, p. 364 ss.

<sup>11</sup> Va di contro ricordato che la giurisprudenza della Corte di giustizia era invero già da tempo giunta alla declinazione come discriminazione della violazione dei diritti di maternità: cfr. *C. Giust.*, 8 novembre 1990, *Dekker*, causa C-177/88.

<sup>12</sup> Per l'applicazione del rimedio *ex art.* 1418 cod. civ., anche nel caso di licenziamento durante la gravidanza, cfr. ad esempio Cass. 15 settembre 2004 n. 18537, in *OGL*, 2004, I, p. 963; Cass. 16 febbraio 2007 n. 3620, in *FI*, 2007, 5, I, p. 1453 ed anche Cass. 29 aprile 2015 n. 8683, in *D&G*, 2015, 30 aprile. Per l'estensione del diritto antidiscriminatorio, *C. Giust.*, 11 ottobre 2007, *Pasquay*, causa C-460/06, in *D&L*, 2008, I, p. 81, con nota di GUARISO. In dottrina, già GOTTARDI, *La tutela della maternità e della paternità*, in LENTI (a cura di), *Tutela civile del minore e diritto sociale della famiglia*, Giuffrè, 2002, p. 491 ss.; DE SIMONE, *Quale stabilità per chi: la giustificazione delle tutele differenziate*, in BALLESTRERO (a cura di), *La stabilità come valore e come problema*, Giapichelli, 2007, p. 74. Cfr. altresì *C. Giust.* 14 luglio 1994, *Webb*, causa C-32/93, in *NGL*, 1995, p. 161 e *C. Giust.* 8 novembre 1990, *Handels*, causa C-179/88, in *NGL*, 1991, p. 188 che escludeva la discriminatorietà del licenziamento per assenze dovute a malattia determinata da gravidanza.

<sup>13</sup> Ma formalmente risulta tuttora, stante la mancata espressa abrogazione dei commi 6,7 e 8 dell'art. 35 cit.

taggi ed ancorato ad un regime ulteriormente diverso, anch'esso speciale, rispetto a quello comune civilistico. Si pensi al riconoscimento del diritto al trattamento previsto per le dimissioni per giusta causa, in luogo del riconoscimento di quindici mensilità, in favore della lavoratrice che, riammessa in servizio, avesse rifiutato l'invito a riprendere l'attività lavorativa; fra l'altro con esercizio del diritto di opzione entro il termine di dieci giorni dall'invito del datore di lavoro, in luogo dei trenta previsti dall'art. 18<sup>14</sup>.

La riforma del 2012 ha dunque completato il processo di estensione formale del rimedio speciale a tutti i casi di licenziamento nullo non discriminatorio, in sostituzione di quello civilistico<sup>15</sup>, non parimenti garantista stante il fatto di non contemplare ad esempio l'erogazione di un risarcimento minimo di 5 mensilità in favore del lavoratore licenziato e neppure il diritto di opzione di quest'ultimo in favore delle quindici mensilità in caso di rifiuto della reintegrazione.

La riforma dell'art. 18, pertanto, non solo ha conferito certezza allo strumento rimediabile da applicare, bensì ha confermato la tutela contro il licenziamento discriminatorio come modello per le altre tipologie di licenziamento nullo, proprio in punto di regime rimediabile<sup>16</sup>, pur consentendo alla disciplina

<sup>14</sup> Sulla specialità della disciplina in caso di licenziamento per matrimonio, già Cass. 23 novembre 1982 n. 6313, in *GI*, 1983, I, 1, p. 899.

<sup>15</sup> Rimedio lavoristico che la giurisprudenza ha più volte esteso a casi di licenziamento nullo non discriminatorio: cfr. Cass. 3 maggio 1997 n. 3837, in *NGL*, 1997, p. 516; Cass. 15 marzo 2006 n. 5635, in *GD*, 2006, 18, p. 79; Cass. 27 ottobre 2010 n. 21967, in *RIDL*, 2012, II, p. 86 con nota di PALLINI; Cass. 1 dicembre 2010 n. 24347, in *D&L*, 2010, 4, p. 1141. V. anche Cass. 25 luglio 2008 n. 20500, in *Mass GC*, 2008, 7-8, p. 1212 in riferimento alle organizzazioni di tendenza. Per l'ampia ricostruzione giurisprudenziale in argomento, VALLEBONA, *La riforma del lavoro 2012*, Giappichelli, 2012, p. 48 ss.

<sup>16</sup> Cfr. DEL PUNTA, *La riforma italiana: i problemi del nuovo art. 18*, in PEDRAZZOLI (a cura di), *Le discipline dei licenziamenti in Europa. Riconoscizioni e confronti*, FrancoAngeli, 2014, p. 20; CALAFÀ, *Genere e licenziamento discriminatorio dopo la riforma dell'art. 18 dello Statuto*, in SCARPONI (a cura di), *Diritto e genere. Analisi interdisciplinare e comparata*, cit., p. 221. Circa il fatto che il licenziamento che non persegue una finalità tipica avrebbe una causa illecita e pertanto sarebbe da qualificare comunque come discriminatorio, appunto perché meramente ingiustificato, con l'effetto di una «sostanziale identificazione fra licenziamento discriminatorio e licenziamento ingiustificato», cfr. CARINCI M.T., *Il rapporto di lavoro al tempo della crisi: modelli europei e flexicurity "all'italiana" a confronto*, in *DLRI*, 2012, spec. pp. 556-557. Fra le prime critiche a tale lettura, SPEZIALE, *La riforma del licenziamento individuale tra diritto ed economia*, in *RIDL*, 2012, p. 546; NOGLER, *La nuova disciplina dei licenziamenti ingiustificati alla prova del diritto comparato*, in *DLRI*, 2012, p. 678; BALLESTRERO, *Discussant*, in AIDLASS, *Il diritto del lavoro al tempo della crisi*, Atti di Pisa, 7-9 giugno 2012, Giuffrè, 2013, p. 256; BARBERA, *Il licenziamento alla luce del diritto antidiscriminatorio*,

contro le discriminazioni di mantenere le specificità tipiche accordate al giudizio antidiscriminatorio: si pensi all'alleggerimento dell'onere probatorio ed alla disciplina in punto di vittimizzazione<sup>17</sup>, certamente non estensibili alle altre fattispecie di nullità.

Da altro punto di vista, l'accostamento in seno all'art. 18 – per quanto solo in punto di tecnica riparatoria – del licenziamento discriminatorio a quello dovuto a motivo illecito determinante, dovrebbe indurre ad accentuare la differente *ratio* delle due tipologie di vizio (proprio nell'atto di distinguerele espressamente dentro la legge) che, come detto, non avevano trovato in giurisprudenza una altrettanto efficace demarcazione.

Certamente non può escludersi che l'operazione ricompositiva dell'art. 18, oltre ai suoi vantaggi<sup>18</sup>, possa indurre qualche nostalgico ad argomentare di un licenziamento discriminatorio che sarebbe tornato a richiedere, come per quello dovuto a motivo illecito, la prova della finalità discriminatoria<sup>19</sup> (peraltro esclusiva). Ma la giurisprudenza più recente di Cass. n. 6575/2016 sgombra il terreno da dubbi al riguardo, come subito vedremo, e senza che

in RGL, 2013, n. 1, p. 147; BARBIERI, *La nuova disciplina del licenziamento individuale: Profili sostanziali e questioni controverse*, in BARBIERI, DALFINO, *Il licenziamento individuale nell'interpretazione della legge Fornero*, Cacucci, 2013, pp. 28–29; CESTER, *La riforma della disciplina dei licenziamenti: principi generali e tecniche normative*, in ID. (a cura di), *I licenziamenti dopo la legge n. 92 del 2012*, Cedam, 2013, p. 23; CHIECO, *Il licenziamento nullo*, in ID. (a cura di), *Flessibilità e tutele nel lavoro. Commentario alla legge 28 giugno 2012, n. 92*, Cacucci, 2013, p. 288; DEL PUNTA, *op. ult. cit.*, p. 27 ss. Per qualche sfumatura sul tema, TREU, *Flessibilità e tutela nella riforma del lavoro*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT - n. 155/2012, pp. 56–57.

<sup>17</sup> Cfr. artt. 4-bis dei decreti legislativi nn. 215 e 216 del 2003 e artt. 26, co. 3 e 41-bis, d.lgs. n. 98/2006.

<sup>18</sup> Con lettura favorevole alla *reductio ad unum* nel modello riparatorio lavoristico delle tipologie di nullità del recesso, cfr. CHIECO, *La nullità del licenziamento per vizi "funzionali" alla luce dell'art. 18 dello statuto dei lavoratori*, in DLRI, 2014, p. 331 e vedasi comunque anche MAZZOTTA, *I molti nodi irrisolti del nuovo art. 18*, in CINELLI, FERRARO, MAZZOTTA (a cura di), *Il nuovo mercato del lavoro*, Giappichelli, 2013, p. 245. Per una lettura critica, BELLOCCHI, *Il licenziamento discriminatorio*, in ADL, 2013, 4–5, p. 843. Ritieni difficile escludere che l'operazione di accorpamento non sviluppi ricadute e conseguenze eccedenti il piano sanzionatorio, TULLINI, *La decisione del giudice tra allegazioni ed onere della prova. Questioni aperte dopo la riforma dell'art. 18 dello statuto dei lavoratori*, in LD, 2014, p. 441 ss.. Sulla difficoltà comunque esistente della prova della discriminazione, RUSCIANO, *Una riflessione d'insieme*, in FERRARO (a cura di), *I licenziamenti nel contratto «a tutele crescenti»*, Cedam, 2015, p. 196 ss.

<sup>19</sup> Cfr. Cass. 6 giugno 2013 n. 14319, in RGL, 2013, II, p. 633. Sulla possibilità che la riunificazione per ragioni legate alla unicità del rimedio possa aver ingenerato confusione sul raggio d'azione del licenziamento discriminatorio rispetto a quello altrimenti nullo, cfr. BALLESTRERO, *Declinazioni di flexicurity. La riforma italiana e la deriva spagnola*, in LD, 2012, p. 460.

la pronuncia possa dirsi svuotata del suo valore per il fatto di riferirsi all'apparato normativo preesistente alla riforma del 2012. Invero, forse proprio a motivo di una accresciuta esigenza di decretare gli spazi definitivi/applicativi del licenziamento discriminatorio rispetto a quello nullo per motivo illecito determinante (anche e proprio in ragione della riforma Fornero), quella Corte non si è sottratta al bisogno di chiarire gli aspetti essenziali ai fini di tale distinguo.

Da questa pronuncia partiremo ed attraverso questa ci muoveremo nella ricerca delle nuove conquiste del diritto antidiscriminatorio.

4. *Una nuova primavera dopo un lungo inverno: l'affrancarsi del diritto antidiscriminatorio dalla prova della ragione illecita determinativa dell'atto*

A riguardo dell'ordine valoriale sopra indicato, corroborato da un legislatore che ha esteso l'apparato rimediale antidiscriminatorio alle altre aree di nullità dell'atto di recesso (e non viceversa), emerge l'impostazione non sempre lineare tenuta da quella parte della giurisprudenza che ha omologato le due fattispecie, riconducendo il licenziamento discriminatorio nel novero di quello determinato da motivo illecito<sup>20</sup>. Un inserimento del primo nel secondo tralascerebbe il fatto che il diritto antidiscriminatorio contrasta viepiù atti e condotte datoriali, tra cui il licenziamento, nelle quali ontologicamente non ha rilievo l'elemento intenzionale o motivazionale. Si pensi alle ipotesi di discriminazione indiretta ed a quelle del licenziamento che interviene durante il periodo di gravidanza della lavoratrice, consapevole o meno che sia il datore di lavoro della gestazione in corso. Senza contare poi che nel giudizio antidiscriminatorio si tiene conto ben spesso di parametri oggettivi – quali ad esempio i dati statistici – per i quali non ha rilievo la ragione motivazionale interiore del datore di lavoro. La prevalente dottrina ha condiviso l'opportunità *«quando si parla di discriminazione, [di] abbandonare gli schemi concettuali del motivo illecito, perché tali schemi non corrispondono alle finalità*

<sup>20</sup> Cass. 9 luglio 2009 n. 16155, in *Mass GC*, 2009, 9, p. 1219; Trib. Lodi 19 aprile 2012, in *D&L*, 2012, p. 251 con nota critica di GUARISO. *Contra*, su cui comunque oltre, Cass. 6 maggio 1999 n. 4543, in *NGL*, 2000, p. 98, secondo cui sarebbe la nullità del licenziamento discriminatorio, ex art. 3 della l. n. 108, ad estendersi (così come la relativa tutela) anche ai casi di licenziamenti determinati da motivo illecito o di ritorsione. In termini anche Cass. 8 agosto 2011 n. 17087, in *Mass. GC*, 2011, 7-8, p. 1158.

*del sindacato di non discriminazione*: «una disparità può essere giustificata alla stregua della logica interna al potere datoriale, della sua razionalità economica e, tuttavia, costituire una discriminazione»<sup>21</sup>.

Anche tralasciando tali considerazioni, va comunque detto che la riconduzione della discriminazione al motivo illecito sarebbe destinata a scontrarsi con il dato letterale delle disposizioni normative che definiscono da tempo la discriminazione diretta e che perfettamente si inseriscono nel dibattito fra teorie “soggettive” ed “oggettive” della discriminazione<sup>22</sup>. Con le prime, si vorrebbe riconoscere che la discriminazione richiede (senza poterne prescindere) almeno la *consapevolezza* dell’atto, patto, comportamento, etc., da parte dell’autore, mentre le teorie oggettive prescindono completamente dall’elemento psicologico per attestarsi soltanto sulla realizzazione di una conseguenza pregiudizievole per il soggetto discriminato.

Già la prima ampia definizione di discriminazione, quale è rinvenibile nell’art. 1 della l. 14 marzo 1985 n. 132<sup>23</sup>, fa aggio di tale seconda lettura, nel suo essere depurata dal richiamo esclusivo a finalità discriminatorie da parte dell’autore della condotta (“*lo scopo dell’atto*” appunto). E la portata definitoria di tale norma è ancor più evidente – e pedissequamente ripresa, per le discriminazioni di genere, solo dal legislatore del d.lgs. n. 198/2006<sup>24</sup> – soprattutto se confrontata con le pseudo-definizioni di cui alla l. n. 903/1977 ed anche con la definizione successivamente fornita nella l. n. 125/1991<sup>25</sup>.

<sup>21</sup> BARBERA, *Il licenziamento alla luce del diritto antidiscriminatorio*, cit., spec. p. 151 ss.

<sup>22</sup> Cfr. la ricostruzione delle nozioni di discriminazione all’interno dei precetti normativi e delle pronunce giudiziali in LAZZERONI, *Eguaglianza, lavoro, regole di parificazione. Linguaggi e percorsi normativi*, Giappichelli, 2011, spec. p. 157 ss.

<sup>23</sup> Di ratifica della convenzione internazionale “*sull’eliminazione di ogni forma di discriminazione nei confronti della donna*”, adottata a New York il 18.12.1979, in suppl. ord. G.U. 15.4.1985, n. 89: “Ai fini della presente Convenzione, l’espressione ‘discriminazione nei confronti della donna’ concerne ogni distinzione, esclusione o limitazione basata sul sesso, che abbia come conseguenza, o come scopo, di compromettere o distruggere il riconoscimento, il godimento o l’esercizio da parte delle donne (...) dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali in campo politico, economico, sociale, culturale e civile o in ogni altro campo”.

<sup>24</sup> Costituito esattamente sullo snodo definitorio proposto è invece l’art. 43, d.lgs. 25 luglio 1998 n. 286.

<sup>25</sup> Invero, se i passaggi definitivi rispondono al processo evolutivo di un sistema ordinamentale di regole – per cui quelle successive dovrebbero perfezionare quelle precedenti – mal si comprende la tecnica definitoria utilizzata dal legislatore della l. n. 125/1991, che appunto succede alla definizione fornita dalla legge del 1985. Altrettanto negativamente si vede il passo indietro, sempre sul piano della completezza definitoria, compiuto dal d.lgs. 25 gennaio 2010 n.

Per quanto dunque la l. n. 125/1991 abbia una portata definitoria più ristretta, maggiormente limitativa, di quanto non si possa dire con la l. n. 132/1985 – invece completamente oscurata e scarsamente apprezzata nella sua ampia portata definitoria e nei suoi contenuti – già da allora quella legge è stata ritenuta capace di sancire la fine delle dispute sulla natura (soggettiva od oggettiva) della nozione di discriminazione, consentendo definitivamente di abbracciare la visione della discriminazione in senso oggettivo, per il fatto di riferirsi a comportamenti o atti che producono un effetto pregiudizievole<sup>26</sup>. Più esattamente vi è stato letto il primo riconoscimento di discriminatorietà di atti/comportamenti che prescindevano dalla predeterminazione di scopo dell'autore, attestandosi esclusivamente sulla *realizzazione concreta*, di effetti pregiudizievoli per le vittime<sup>27</sup>.

Ben impiegando l'apparato normativo regolativo del caso di specie, la Corte n. 6575/2016 ha colto la diversa matrice delle due fattispecie. Da un lato, quella del licenziamento discriminatorio, per la quale non ha quindi rilievo il motivo interiore che ha animato il datore di lavoro<sup>28</sup> bensì solo la differenza di trattamento che ne è sortita (non ammessa o non legittima), fra due soggetti con differenti caratteristiche ma in situazioni analoghe, o che

5 di modifica del d.lgs. n. 198/2006. Sull'importanza in generale della semplificazione delle norme lavoristiche, cfr. MARIUCCI, *Le politiche del lavoro: bilancio di una legislatura e nuove prospettive*, in *LD*, 2006, pp. 456-457.

<sup>26</sup> Numerosi i contributi sul punto. Tra questi, cfr. SCARPONI, *Le nozioni di discriminazione*, in GAETA, ZOPPOLI L. (a cura di), *Il diritto diseguale. La legge sulle azioni positive*, Giappichelli, 1992, p. 43 e ss.; BARBERA, *La nozione di discriminazione*, in *Nuove leggi civili comm.*, 1994, I, p. 55, per la quale nella l. n. 125/1991, «(...) l'ottica è quella della 'vittima', non più quella del 'perpetratore'»; IZZI, *Eguaglianza e differenze nei rapporti di lavoro. Il diritto antidiscriminatorio tra genere e fattori di rischio emergenti*, Jovene, 2005; PESSI, *Lavoro e discriminazione femminile*, in AIDLASS, *Lavoro e discriminazione*, Atti dell'XI Congresso Nazionale di Diritto del Lavoro – Gubbio 3-5 giugno 1994, Giuffrè, 1996, p. 33 ss.

<sup>27</sup> A rigore andrebbe valutato il possibile arretramento, sul piano definitorio, della legge del 1991, laddove letta proprio in rapporto alla precedente l. n. 132/1985, che invece sarebbe solo bastato riprendere, utilizzandola come una sorta di dato acquisito (almeno sul piano definitorio). Circa i limiti definitivi e gli arretramenti di talune normative, anche recenti (d.lgs. n. 198/2006 e d.lgs. n. 5/2010), rispetto a disposizioni quali la citata l. n. 132/1985 e il T.U. n. 286/1998, si rinvia sempre a LAZZERONI, *Eguaglianza, lavoro, regole di parificazione. Linguaggi e percorsi normativi*, cit., p. 163 ss.

<sup>28</sup> GUARISO, *Il «motivo illecito» del licenziamento in attesa della riforma*, in *RCDL*, 2012, I, p. 257; ZOPPOLI L., *Categorie giuridiche, diritto antidiscriminatorio e pari opportunità*, in SANTUCCI, NATULLO, ESPOSITO V., SARACINI (a cura di), *«Diversità» culturali e di genere nel lavoro tra tutele e valorizzazioni*, cit., pp. 150-151.

produca un effetto pregiudizievole (o un trattamento meno favorevole) a carico di un lavoratore. Dall'altro, quella del licenziamento in violazione dell'art. 1345 cod. civ., per la quale è richiesta la presenza di una ragione motivazionale illecita in capo all'agente.

Il giudizio antidiscriminatorio non richiede un'indagine sulla volontà del datore di lavoro, essendo sufficiente che l'atto, il comportamento, la condotta, la prassi, etc., produca o possa produrre un effetto pregiudizievole in ragione del fattore differenziale protetto. Tale è dunque l'aspetto sul quale maggiormente si appunta la distanza fra i due istituti in esame, e da questo, in conseguenza, la diversa indagine probatoria che dovrà essere condotta. L'una, quella sulla discriminazione, di stampo potremmo dire "oggettivo", calibrata sulla capacità dell'atto, disposizione, criterio, etc. di determinare differenti ricadute in base alla mera appartenenza ad una categoria protetta o per la presenza di un fattore differenziale protetto. L'altra, quella sul motivo illecito determinante, di stampo certamente "soggettivo", protesa ad individuare nell'agente l'esistenza di una ragione interiore e determinativa, in via esclusiva, della condotta illecita conseguentemente tenuta e, senza la quale, l'atto non potrebbe considerarsi nullo.

L'importanza del distinguo non può essere, oggi, offuscata dall'art. 2, d.lgs. 4 marzo 2015 n. 23 che, a differenza dell'art. 18, non richiama l'art. 1345 cod. civ. e la nullità del licenziamento quando dovuto a motivo illecito determinante. Ciò non solo perché l'art. 2, d.lgs. n. 23/2015 ha comunque un'applicazione limitata rispetto all'art. 18<sup>29</sup>, ma anche perché l'art. 2, pur in assenza di tale richiamo, introduce la formula degli "altri casi di nullità espressamente previsti dalla legge"<sup>30</sup>, il che dovrebbe comunque consentire di fare

<sup>29</sup> Ovvero ai lavoratori assunti a tempo indeterminato (a partire dal 7 marzo 2015); ai casi di conversione del contratto a tempo determinato e dell'apprendistato in contratto a tempo indeterminato; ai lavoratori di imprese che, a partire dal 7 marzo 2015, superino la soglia dimensionale dei quindici dipendenti. Cfr. SANTONI, *Il campo di applicazione della disciplina dei licenziamenti nel d. lgs. 4 marzo 2015, n. 23*, in FERRARO (a cura di), *I licenziamenti nel contratto «a tutele crescenti»*, cit., p. 113 ss.

<sup>30</sup> In argomento, BRINO, *La tutela reintegratoria per i nuovi assunti tra novità e conferme*, in FIORILLO, PERULLI (a cura di), *Contratto a tutela crescenti e Nاسpi*, Giappichelli, 2015, p. 85 ss.; PERULLI, *La disciplina del licenziamento individuale nel contratto a tutele crescenti. Profili critici*, in RIDL, 2015, I, 3, p. 431; ROMELI, *La nuova disciplina del licenziamento: qualche spunto di riflessione*, in DLRI, 2015, spec. p. 566 ss.; VALLEBONA, *Jobs Act e licenziamento*, in PESSI, PISANI, PROIA, VALLEBONA, *Jobs Act e licenziamento*, Giappichelli, 2015, p. 18. Cfr. anche VOZA, *Licenziamenti illegittimi e reintegrazione: le nuove mappe del Jobs Act*, in DLRI, 2015, pp. 581-583, che invece ritiene l'ipotesi ex 1345 cod. civ. esclusa dalla nuova normativa. Ritene che con il d.lgs. n. 23/2015 si sia ridotto il

trasversalmente riferimento all'art. 1418, co. 2, cod. civ., secondo cui la nullità del contratto (e degli atti unilaterali, stante l'art. 1324 cod. civ.) può derivare dalla "illiceità dei motivi nel caso indicato dall'art. 1345"<sup>31</sup>.

5. *Quando la difesa dalla discriminazione prevale sull'esercizio (datoriale) di un legittimo diritto*

Altra faccia dell'argomentare su motivo illecito e discriminazione è il fatto che divenga irrilevante, ai fini del giudizio di discriminatorietà del recesso, la compresenza di una, pur anche legittima, ragione giustificatrice del licenziamento. Le due indagini sono appunto destinate ad operare su piani diversi. La presenza di una eventuale ragione legittima di recesso opera sul piano interiore del datore di lavoro e può essere anche determinativa della volontà dello stesso, ma ciò non toglie che accertata la presenza di una discriminazione, quindi di una mera differenza di fatto non ammessa dall'ordinamento, quand'anche assolutamente inconsapevole da parte datoriale, quest'ultima possa/debba prevalere sulla prima. Il che è tanto più rilevante laddove si consideri che, ammettendo la possibilità di una convivenza fra causa legittima di recesso e discriminazione, e ammettendo la prevalenza di quest'ultima sulla prima, il lavoratore non dovrebbe dimostrare, al contrario, l'insussistenza della ragione legittima e neppure l'intento discriminatorio all'origine dell'atto.

Certamente va detto che la lettura qui fornita non è piana in giurisprudenza e dottrina<sup>32</sup> dove talvolta si è ritenuto necessario il requisito della esclusività anche nel caso del licenziamento discriminatorio, affermando che la presenza di un valido motivo di licenziamento ne esclude automaticamente

campo di applicazione della tutela reale ZOPPOLI A., *Legittimità costituzionale del contratto di lavoro a tutele crescenti, tutela reale per il licenziamento ingiustificato, tecnica del bilanciamento*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT, n. 26/2015, p. 3.

<sup>31</sup> Cfr. le ampie valutazioni di SPEZIALE, *Il contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti tra Costituzione e diritto europeo*, in RIDL, 2016, p. 117 ss.

<sup>32</sup> Cfr. ad Cass. 14 luglio 2005 n. 14816, in OGL, 2005, 3, I, p. 541 e Cass. 26 maggio 2001 n. 7188, in NGL, 2001, p. 795; ma anche l'argomentare di Cass. 26 maggio 2015 n. 10834. Inoltre, Cass. 25 novembre 1980 n. 6259, in FI, 1982, p. 157. Cfr. BELLOCCHI, *Il licenziamento discriminatorio*, cit., p. 845 e, per i vari richiami di giurisprudenza sul punto, CORTI, *Le tendenze espansive della nuova reintegrazione: riflessioni su alcune pronunce ex art. 18, comma 1, dello Statuto dei lavoratori*, in DRI, 2013, n. 4, spec. p. 1044 ss.

la discriminatorietà. Ma è altresì vero che se si addivenisse ad un restringimento così rilevante della tutela antidiscriminatoria, il sistema colliderebbe con la normativa sostanziale – dalle direttive più datate alle più recenti e poi all’art. 18 riformato – che regolano il divieto di discriminazioni in maniera da far prevalere il giudizio antidiscriminatorio su quello diretto a legittimare il recesso datoriale in presenza di un giustificato motivo<sup>33</sup>.

Particolari ed espressamente regolate, in tal senso, sono *solo* le ipotesi del licenziamento intimato in periodi di divieto *ex lege*, quali quelli temporali di cui all’art. 54 del d.lgs. n. 151/2001 (dall’inizio della gravidanza ad un anno di vita del figlio) ed all’art. 35 del d.lgs. n. 198/2006 (dalla data di pubblicazione delle nozze ad un anno dalla celebrazione), in cui ad esempio la giusta causa figura come ragione escludente la illiceità del recesso, come anche il mancato superamento del periodo di prova (questa volta solo nel caso della maternità). Il che non impedisce tuttavia al lavoratore di dimostrare comunque l’esistenza di una discriminazione all’origine del recesso per giusta causa o mancato superamento della prova, provando ad esempio che il datore di lavoro si era determinato a non licenziare salvo farlo nel momento in cui sia pervenuta richiesta, ad esempio, di un ulteriore periodo di congedo.

Se, dunque, il licenziamento può essere invalidato in quanto discriminatorio anche se concorre con un motivo lecito di recesso<sup>34</sup>, residua comunque la questione sul limite di ammissibilità di tale “convivenza” fra causali legittime di recesso e tutela contro gli atti discriminatori che dalle scelte datoriali possano derivare. Ogni qualvolta la parte datoriale si trovi nella condizione di poter esercitare un potere discrezionale (perché la legge lo prevede, oppure non lo vieta, si pensi al caso dell’esercizio dell’azione disciplinare nel settore privato) vi è spazio per inferire una discriminazione<sup>35</sup> e vi è altresì spazio perché la ragione discriminatoria (quindi la nullità dell’atto) prevalga, se accertata, sulla legittimità del recesso stesso. Almeno tre ordini di ragioni confermano l’impostazione prospettata nel senso di tale prevalenza.

In primo luogo, già l’art. 3, l. n. 108/1990, riconosceva la nullità del licenziamento discriminatorio “*indipendentemente dalla motivazione addotta*”, sul

<sup>33</sup> Si veda ad esempio CHIECO, *Il licenziamento nullo*, cit., p. 293.

<sup>34</sup> Come la più recente Cass. n. 6575/2016 non manca di rilevare evidenziando testualmente “*l’idoneità della condotta discriminatoria a determinare di per sé sola la nullità del licenziamento*”. In argomento anche BELLOCCHI, *Pluralismo religioso, discriminazioni ideologiche e diritto del lavoro*, cit., p. 196.

<sup>35</sup> BARBERA, *Il licenziamento alla luce del diritto antidiscriminatorio*, cit., p. 163.

presupposto del particolare disvalore della condotta antidiscriminatoria rispetto al rilievo che possano avere altre circostanze, pur oggettive, presenti da parte datoriale. E proprio su questo punto merita richiamare la S.C. n. 6575/2016 che, nel confermare le valutazioni espresse della Corte di Appello, ha escluso che ragioni oggettive, economiche – nello specifico legate alla funzionalità dello studio legale – potessero prevalere sulla discriminatorietà del recesso intervenuto a motivo della “*intenzione manifestata dalla dipendente di assentarsi ancora dal lavoro per sottoporsi all’inseminazione artificiale*”<sup>36</sup>.

In secondo luogo, il regime probatorio accordato alle discriminazioni (di genere, in questo caso) – in particolare l’art. 40, d.lgs. n. 198/2006 – è tale per cui la prova della discriminatorietà può essere fornita mediante l’allegazione di elementi di fatto, desunti viepiù da dati di carattere statistico, idonei a fondare, in termini precisi e concordanti, la presunzione di discriminatorietà dell’atto, rispetto ai quali la parte datoriale è ammessa a provare, solo, l’insistenza della discriminazione.

In terzo luogo, solo in riferimento alle discriminazioni indirette è possibile escludere la discriminatorietà<sup>37</sup> in presenza di giustificazioni legittime, perseguite con mezzi appropriati e necessari. Possibilità non contemplata nel caso di discriminazione diretta, con l’effetto che al datore di lavoro non basterebbe individuare una finalità legittima, perseguita con un mezzo adeguato, per escludere il ricorrere di una discriminazione.

Nel caso all’esame di Cass. n. 6575/2016 – estremamente significativo anche a questo proposito – il datore di lavoro aveva tentato di dimostrare, con due argomentazioni introdotte già con l’atto di licenziamento, che l’organizzazione dello studio legale non poteva accordare le assenze necessarie (per quanto programmate, quindi future), se non a scapito della funzionalità dello stesso (ragione oggettiva) e prospettava, al contempo, una fruizione abusiva dell’istituto della malattia (senza che tuttavia sia dato capire se tale contestazione sia stata affrontata come una ragione aggiuntiva, soggettiva, di recesso, per quanto si ritiene che ciò sia da escludere, in base alle argomen-

<sup>36</sup> Che la discriminazione non sia necessariamente esclusa in presenza di concause, specialmente quando siano dovute a motivi oggettivi, discendenti da atti organizzativi originati da scelte datoriali, cfr. SCARPELLI, *La disciplina dei licenziamenti per i nuovi assunti: impianto ed effetti di sistema del d. lgs. 23/2015*, in *WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”*.IT. - 252/2015, p. 13.

<sup>37</sup> Cfr. LAZZERONI, *Eguaglianza, lavoro, regole di parificazione. Linguaggi e percorsi normativi*, cit., p. 93 ss., sulla diversa portata, che ben coglie la Corte, rispetto alla qualificazione di determinate condotte come discriminazione.

tazioni della pronuncia), dal momento che la lavoratrice, già per effettuare precedenti cicli di fecondazione artificiale, in Spagna, aveva fatto ricorso all'istituto della malattia.

Al di là della legittimità del fare ricorso alla sospensione dal lavoro per malattia (anziché ad altri eventuali titoli) onde effettuare la fecondazione assistita – sulla quale comunque l'INPS parrebbe essersi “espresso” favorevolmente stante la mancata adozione di provvedimenti per la riscontrata assenza dal domicilio dichiarato a seguito di un accertamento medico-fiscale in precedenza effettuato – l'aver rilevato la stretta connessione fra l'atto di recesso e le assenze (future) dovute a pratiche di fecondazione cui la lavoratrice intendeva sottoporsi, non potevano non far dichiarare la discriminatorietà del recesso. Ciò anche in considerazione della debolezza della ragione argomentativa datoriale, sostanzialmente retta su esigenze organizzative del lavoro non gestibili, neppure in presenza di assenze programmate; tanto da far ritenere che, in presenza di una malattia comune, magari recidivante, per la quale certamente non c'è preavviso, parte datoriale avrebbe avuto ancor meno propensione a garantire alla lavoratrice il diritto alla conservazione del posto di lavoro che invece le sarebbe spettato.

Ad ogni modo, anche qualora la ragione economica addotta fosse ampiamente provata come esistente, ma vi fosse stata una discriminazione diretta, quella pur legittima ragione non potrebbe non soccombere nella logica dell'irrilevanza di ragioni imprenditoriali pur legittimamente poste di fronte alla violazione di regole antidiscriminatorie. Rilievo potrebbe essere riservato solo ad ipotesi tassative, costituenti eccezione al divieto di discriminazione e come tali richiedenti di essere esse stesse predefinite dal legislatore<sup>38</sup> (negli esempi classici delle organizzazioni di tendenza o delle imprese operanti nel settore moda, arte e spettacolo).

Se dunque nel caso di specie, la tenuità della ragione addotta da parte datoriale può aver pesato nel giudizio della Corte all'atto di *confermare comunque* l'irrilevanza delle ragioni addotte in presenza di una discriminazione diretta, è anche vero che il sistema regolativo pare in continua evoluzione. Andrebbe difatti rilevato come, proprio a riguardo della concomitanza di motivi legittimi di recesso con motivi illeciti, non sia opportuno, a prescin-

<sup>38</sup> Cfr. art. 4, co. 2, dir. 2000/43/Ce; art. 4, co. 1, dir. 2000/78/Ce; art. 14, co. 2, dir. 2006/54/Ce, sulla devoluzione agli Stati membri del potere in argomento. Cfr. ZOPPOLI L., *Categorie giuridiche e sistematizzazione del diritto antidiscriminatorio*, in VISCOMI (a cura di), *Diritto del lavoro e società multiculturale*, Editoriale Scientifica, 2010, p. 68 ss.

dere da un esame delle singole situazioni concrete, affermare *sic et simpliciter*, e comunque senza una valutazione del caso specifico, la prevalenza assoluta della discriminazione sulle ragioni addotte da parte datoriale, specialmente laddove ricorra ad esempio una giusta causa di recesso<sup>39</sup>. Ma soprattutto è necessario evidenziare come, esattamente al contrario, *nel caso di motivo illecito determinante* non sia opportuno asserire in via generalizzata l'assoluta necessità che, per aversi violazione dell'art. 1345 cod. civ., quel motivo debba essere esclusivo e che, pertanto, non debbano sussistere motivazioni collaterali legittime di recesso.

Per chiarire meglio, va innanzi tutto rilevato che la formulazione dell'art. 18, come riscritto nel 2012, compie (almeno) una doppia operazione. Da un lato corregge l'espressione usata nella l. n. 108/1990 disponendo che la declaratoria di nullità del recesso opera «*indipendentemente dal motivo formalmente addotto*». L'aggiunta dell'espressione “*formalmente*” pare un invito a porre maggiore attenzione nella ricerca della “vera” motivazione; nella ricerca di quella motivazione “sostanziale”, magari celata, che sta dietro al licenziamento. Dall'altro lato, l'inciso citato è posto in coda all'elenco dei motivi di nullità del recesso, e quindi dopo il richiamo al licenziamento determinato da motivo illecito *ex art. 1345 cod. civ.*. Ciò dovrebbe indurre a ritenere che, anche nel caso di motivo illecito determinante (oltre che nel caso di licenziamento discriminatorio<sup>40</sup>), via sia modo di giungere ad una pronuncia di nullità del licenziamento pur in presenza di un motivo di recesso (anche valido) formalmente addotto.

In quest'ultimo caso, tuttavia, a differenza dell'ipotesi di discriminazione<sup>41</sup>, le due ragioni, quella legittima di recesso e quella illecita determinativa della volontà, sono destinate ad operare sul medesimo piano, ovvero quello volitivo, interiore, dell'agente, il che rende certamente impegnativo

<sup>39</sup> Per ricorrere ad un banale esempio, si pensi ad un licenziamento per fatto gravissimo (omicidio in azienda o violenza sessuale su minori), cui sia seguita una infelice esternazione del datore di lavoro, in occasione del licenziamento, volta ad evidenziare che da persone di una certa razza o di una certa religione ci sarebbe stato da aspettarselo; esternazione che di per se stessa agevola la prova della natura discriminatoria dell'atto, che tuttavia potrebbe essere destinata a soccombere nella ponderazione valoriale (costituzionalmente orientata) dei diritti violati.

<sup>40</sup> BARBERA, *Il licenziamento alla luce del diritto antidiscriminatorio*, 2013, p. 156. Cfr. anche SCARPONI, *I giudici e il divieto di discriminazioni*, in *QL*, 1989, 6, spec. p. 238 e con diversa lettura TREU, *Flessibilità e tutela nella riforma del lavoro*, cit., pp. 56-57.

<sup>41</sup> Che come già rilevato ha una valenza oggettiva ed a prescindere dalla prova della volontà di discriminare da parte datoriale.

un argomentare sul punto. Parrebbe difatti naturale affermare che – come riconosciuto in giurisprudenza<sup>42</sup> – laddove sussista una valida ragione di recesso, un eventuale motivo illecito da parte datoriale non potrebbe qualificarsi come determinativo, in via esclusiva, della volontà di recedere. Tuttavia, se ciò è vero astrattamente, potrebbe non essere altrettanto corretto in riferimento a fattispecie concrete. Si tratterà cioè di provare l'intento illecito, che a sua volta dovrà aver avuto (proprio ai sensi dell'art. 1345 e dell'art. 1218 cod. civ.) efficacia determinativa esclusiva della volontà dell'imprenditore, pur in presenza di eventuali ragioni legittimanti il recesso e costituenti valido motivo, soggettivo ed oggettivo, di licenziamento, ma ciò non esclude la possibilità che si presentino casi concreti di compresenza di cause legittime ed illegittime. Così almeno continua ad essere nella prospettiva di una parte della giurisprudenza<sup>43</sup>. Si faccia il caso di una condotta disciplinare passibile di licenziamento ma sulla quale il datore di lavoro intende soprassedere. Qualora il lavoratore tenga ad esempio, nei giorni successivi, un contegno poco gradito al datore di lavoro (pur anche se lecito) e costui decida di utilizzare il fatto commesso in precedenza per avviare la procedura disciplinare che aveva consapevolmente tralasciato, concludendola con l'intimazione del licenziamento, vi è spazio per dimostrare il motivo illecito determinante, nonostante la legittimità delle ragioni addotte dal datore di lavoro nell'esercizio del potere disciplinare.

Se per il datore di lavoro la ragione del licenziamento (sia essa interiore o frutto di una deviazione degli interessi datoriali rispetto allo scopo tipico dell'atto di recesso<sup>44</sup>) risiede tutta in una finalità vietata dall'ordinamento, quel recesso sarà pur sempre nullo in quanto determinato in via esclusiva da motivo illecito. Ben si comprendono le possibili difficoltà di un accertamento giudiziale al riguardo, ma ciò non può mettere in ombra la validità dell'assunto secondo il quale all'accertamento delle circostanze concrete dovrebbe essere lasciato ampio spazio, ben oltre il tentativo di catalogazione eccessiva

<sup>42</sup> Cass. 27 febbraio 2015 n. 3986, in *D&G*, 2015, 2 marzo; Cass. n. 17087/2011 cit.; Cass. 18 marzo 2011 n. 6282, in *Mass. GC*, 2011, 3, p. 425; Cass. 16 gennaio 2009 n. 1284, in *GD*, 2009, 16, p. 81; Cass. n. 16155/09 cit.

<sup>43</sup> Cfr. Trib. Milano, 20 novembre 2012, in *FI*, 2013, 2, I, p. 467. In dottrina, nel senso della unicità del motivo illecito, NOGLER, *La nuova disciplina dei licenziamenti ingiustificati alla prova del diritto comparato*, cit., p. 678; CHIECO, *Il licenziamento nullo*, in Id. (a cura di), *Flessibilità e tutele nel lavoro. Commentario alla legge 28 giugno 2012, n. 92*, cit., p. 281.

<sup>44</sup> BARBERA, *op. ult. cit.*, p. 153.

degli istituti giuridici; ben oltre cioè il bisogno di asserire in via generalizzata che il motivo illecito determinante è destinato a soccombere ogni volta in cui vi sia un concomitante e valido motivo di recesso.

#### 6. Il motivo ritorsivo nel panorama degli atti nulli

La giurisprudenza tende ben spesso ad omologare il motivo ritorsivo ed il motivo illecito – un esempio viene anche dalla stessa Cass. n. 6575/2016, invece ampiamente capace di operare distinguo sotto gli altri frangenti evidenziati – trascurando con ciò le peculiarità della ragione ritorsiva, quand'anche la si volesse considerare una *species* del motivo illecito determinante. Il licenziamento “*ritorsivo*” (o di “*rappresaglia*”) ricorre allorquando vi sia una ragione “vendicativa” alla base del licenziamento, la quale assume la forma di ritorsione diretta, ove riguardi il lavoratore stesso, o indiretta, nel caso di persona a quest'ultimo legata<sup>45</sup>. Ne costituisce caso tipico quello del licenziamento dovuto all'esercizio dei diritti spettanti al lavoratore<sup>46</sup>. Il che sarebbe sufficiente, secondo parte della dottrina, ad evidenziare la ulteriormente diversa natura del licenziamento ritorsivo rispetto a quello determinato da motivo illecito, tanto da affermare “*che il movente vendicativo penetri nella causa del negozio in quanto costituisce lo scopo specifico dell'atto di recesso*”, determinando con ciò la violazione dell'art. 1343 cod. civ. che, a differenza del motivo illecito ex art. 1345 cod. civ., non richiede l'unicità della ragione per dedurne la nullità<sup>47</sup>.

Nello specifico del motivo ritorsivo, la giurisprudenza ha viepiù affrontato la questione della rilevanza del comportamento del lavoratore all'origine della reazione datoriale, affermando in linea generale la legittimità del licenziamento a motivo dell'illegittimità degli atti posti in essere dal lavoratore nell'esercizio dei suoi diritti<sup>48</sup> e, talvolta, anche l'illegittimità del recesso sul presupposto dell'irrelevanza della liceità o meno delle azioni concretamente svolte dal lavoratore<sup>49</sup>.

Per ciò che invece riguarda il regime sanzionatorio, pur sempre nella

<sup>45</sup> Ad ex Trib. Roma 17 settembre 2010, in *RGL*, 2010, 4, p. 573; Cass. n. 17087/2011 cit.

<sup>46</sup> Ma si pensi anche al rifiuto del lavoratore rispetto ad atti personalissimi, fino all'esercizio di un'azione giudiziaria, oppure ad una testimonianza processuale non gradita all'imprenditore.

<sup>47</sup> Così esattamente ZOLI, *I licenziamenti per giustificato motivo oggettivo dalla legge 604 del 1966 al d. lgs. n. 23 del 2015*, in FERRARO (a cura di), *I licenziamenti nel contratto «a tutele crescenti»*, cit., p. 93.

<sup>48</sup> Ex Cass. 6 settembre 1990 n. 5154, in *OGI*, 1981, p. 451; Cass. 18 marzo 2011 n. 6282.

<sup>49</sup> Ex Cass. 11 aprile 1980 n. 2314, in *RGL*, 1981, II, p. 142.

prospettiva del licenziamento ritorsivo come *species* del licenziamento determinato da motivo illecito<sup>50</sup>, si sono fronteggiati orientamenti che, da un lato, ed in via prevalente, hanno proposto comunque l'estensione del rimedio lavoristico ed antidiscriminatorio di cui all'art. 3 della l. n. 108/1990 – con applicazione dell'art. 18 già nella precedente formulazione<sup>51</sup> – e dall'altro orientamenti che hanno invece sostenuto l'applicazione dei rimedi di diritto comune di cui all'art. 1418 cod. civ.<sup>52</sup>

Dal che, pur non richiamato espressamente il “*motivo ritorsivo*” nell'art. 18 riformato<sup>53</sup>, sulla base dell'una o dell'altra impostazione giurisprudenziale, non dovrebbe correre dubbio sulla sanzionabilità della fattispecie ai sensi dell'art. 18, pur anche se rientrante nel motivo illecito determinante.

Il licenziamento ritorsivo dovrebbe tuttavia contare ampiamente sulla riconduzione a quello discriminatorio, andando a definirsi come ritorsivo “tipizzato”, o dovuto a “motivo tipizzato”<sup>54</sup>, quando ci si trovi al cospetto di fattori differenziali protetti, oltre che, certamente, nei casi di vittimizzazione (*ex art. 41-bis, d.lgs. n. 198/2006*). In tali casi, il licenziamento dovuto a motivo ritorsivo tipizzato non sarebbe altro che una *species*, questa volta, del licenziamento discriminatorio e, pertanto, dovrebbe naturalmente beneficiare non solo dell'apparato rimediale lavoristico di cui all'art. 18 – che comunque avrebbe, anche se ricondotto al motivo illecito determinante – ma anche degli strumenti di cui è dotato il diritto antidiscriminatorio, ed *in primis* dell'attenuazione del-

<sup>50</sup> Cfr. Cass. 25 maggio 2004 n. 10047, in *Mass. GC*, 2004, p. 5.

<sup>51</sup> Cfr. Cass. n. 17087/2011, cit.; Cass. n. 4543/1999, cit.; Cass. 3837/1997, cit.; Trib. Firenze 31 marzo 2003, *D&L*, 2003, p. 1005; Trib. Milano, 27 dicembre 2012, in *D&L*, 2013, 1-2, p. 201. Circa il fatto che il licenziamento discriminatorio sarebbe invece suscettibile di interpretazione estensiva, ma non solo per ciò che riguarda il regime sanzionatorio da applicare, cfr. Cass. 3 agosto 2011 n. 16925, in *RIDL*, 2012, p. 362.

<sup>52</sup> Trib. Milano 27 agosto 2014 n. 2547; Trib. Novara 13 settembre 2013. A cavallo dei due rimedi si colloca ad esempio Cass. 1 dicembre 2010 n. 24347, cit. che qualifica il licenziamento ritorsivo come sorretto da motivo illecito determinante applicando tuttavia la tutela *ex art.* 18. Per ricognizione in argomento LASSANDARI, *Il licenziamento discriminatorio*, in CARINCI F. (a cura di), *Il lavoro subordinato*, in BESSONE (diretto da), *Trattato di diritto privato*, Giappichelli, 2007, Tomo III, p. 168 ss.

<sup>53</sup> BARBERA, *op. ult. cit.*, p. 141.

<sup>54</sup> Si pensi ad esempio all'art. 26, co. 3, che dispone la nullità dell'atto (leggasi licenziamento) in conseguenza del rifiuto di subire un atto integrante una molestia o una molestia sessuale. Cfr. già prima della riforma Pret. Milano, 27 maggio 1996, in *D&L*, 1997, p. 157. In dottrina MAZZOTTA, *I licenziamenti. Commentario*, Giuffrè, 1999, p. 364. Vedi anche valutazioni critiche di GUARISO, *Il licenziamento discriminatorio*, in *DLRI*, 2014, 2, p. 351 ss.

l'onere probatorio<sup>55</sup>, oltre che della prevalenza del giudizio di discriminatorietà del licenziamento in presenza di cause legittime di recesso<sup>56</sup>.

Se per un momento, anche in argomento, tornassimo a vedere il pronunciamento di Cass. n. 6575 cit., questo non ha lasciato spazio ad argomentazioni legate ad una possibile ritorsione “tipizzata” da parte datoriale. Tuttavia, la peculiarità del caso – al di là dell’indagine non condotta per la riscontrata (ed assorbente) illiceità del licenziamento discriminatorio, che rendeva superfluo indagare su possibili varianti della discriminazione stessa – si prestava a svariate presunzioni, che in circostanze simili non è escluso che si presentino. Pensiamo a ragioni di carattere ideologico o religioso, stante il ricorso a tecniche di fecondazione assistita che in Italia non sono permesse o comunque condannate anche per ragioni di ordine etico, comportando la possibilità di congelamento degli embrioni senza obbligo di impianto, a fronte di una legislazione italiana che, come già rilevato, considera “*persona*” l’embrione fecondato in vitro e non ancora trasferito. E comunque, non sarebbe fuor di contesto affermare l’esistenza di una ragione ritorsiva, in aggiunta a quella discriminatoria rilevata, e legata alla avvenuta fruizione di altri periodi di malattia per il medesimo scopo, dal momento che il licenziamento si è verificato in anticipo rispetto alle richieste di ulteriori periodi di assenza e forse anche come conseguenza di quelle in precedenza fruite. Aspetti che avrebbero potuto avere uno specifico rilievo processuale laddove, nel caso deciso da Cass. n. 6575/2016, ci si fosse trovati di fronte ad un datore di lavoro che non aveva palesato la volontà di recedere per le future assenze legate alla procreazione assistita e si fosse dunque reso necessario effettuare valutazioni ancora più ampie.

<sup>55</sup> Cfr. Cass. 26 maggio 2001 n. 7188, cit. e Cass. 14 luglio 2005 n. 14816, cit., che invece richiedono la prova che l’intento discriminatorio o di rappresaglia abbia avuto efficacia determinativa esclusiva della volontà del datore di lavoro. In argomento AMOROSO, *Le tutele sostanziali e processuali del novellato art. 18 dello statuto dei lavoratori tra giurisprudenza di legittimità e Jobs Act*, in RIDL, 2015, I, 3, p. 339.

<sup>56</sup> Vedasi difatti sia l’art. 26, co. 3, d.lgs. n. 198/2006, secondo cui «*Sono considerati, altresì, discriminazioni quei trattamenti sfavorevoli (...) che costituiscono una reazione ad un reclamo o ad una azione volta ad ottenere il rispetto del principio di parità di trattamento tra uomini e donne*», che l’art. 41-bis dello stesso d.lgs. che conferma espressamente l’estensione della tutela giurisdizionale accordata alle discriminazioni. Cfr. altresì gli 4-bis dei decreti legislativi nn. 215 e 216 del 2003 (come riformati con il d.l. n. 59/2008, convertito in l. n. 101/2008) che danno conto della specifica valenza del licenziamento ritorsivo con estensione della tutela contro le discriminazioni ai casi di «*comportamenti, trattamenti o altre conseguenze pregiudizievoli posti in essere o determinate, nei confronti della persona lesa da una discriminazione diretta o indiretta o di qualsiasi altra persona, quale reazione ad una qualsiasi attività diretta ad ottenere la parità di trattamento*».

## Abstract

Il contributo affronta tre aspetti in particolare, che unitamente testimoniano la capacità espansiva e la crescente vivacità del diritto antidiscriminatorio. Il primo relativo alla nozione di gravidanza ed al periodo dal quale questa effettivamente decorre – aspetto che non risulta essere stato approfondito dai giuristi – evidenziando la lettura riduttiva della giurisprudenza europea sul punto che manca di confrontarsi con la nozione di gravidanza impiegata dalla scienza medica nei Paesi europei mediamente evoluti; lettura uniformemente impostata sulle curve di crescita del feto convenzionalmente stabilite. Aspetto che diventa sempre più importante da cogliere proprio in ragione del ricorso crescente a tecniche di fecondazione assistita. Il secondo aspetto affrontato riguarda invece la delimitazione di un confine più certo fra licenziamento discriminatorio e licenziamento determinato da motivo illecito (art. 1345 cod. civ.), evidenziando l'irrelevanza dell'intento discriminatorio e la capacità della tutela antidiscriminatoria di prevalere su legittime ragioni di recesso eventualmente addotte dal datore di lavoro. Il terzo aspetto attiene infine alla nozione di licenziamento ritorsivo ed al suo corretto inserimento nel sistema di tutela avverso gli atti nulli.

The article addresses three aspects in particular, which, as a whole, show the expansive ability and the growing vitality of anti-discrimination law. The first aspect concerns the notion of pregnancy and the moment from which it begins to exist – issues which have not been adequately addressed by scholars. The assessment of this aspect highlights the inadequate approach by the European case-law, which does not take into account the notion of pregnancy endorsed by medical experts of scientifically advanced European countries (which is a notion uniformly established on the basis of foetal growth curves conventionally laid down). This aspect is today becoming more important, in consideration of the growing recourse to medically assisted procreation techniques. The second aspect regards the demarcation of the boundaries which allow to distinguish discriminatory dismissal from illegal motivation for dismissal (art. 1345 cod. civ.), emphasizing the lack of significance of the discriminatory aim and the capacity of anti-discrimination protection measures to prevail over legitimate reasons for withdrawal. Finally, the third aspect deals with the notion of retaliatory dismissal and its correct contextualization within the system of protection against invalid acts.

## Key words

Gravidanza (nozione e decorrenza per la scienza medica), licenziamento discriminatorio e licenziamento per motivo illecito (differenze), licenziamento ritorsivo e inquadramento nel sistema.

Pregnancy (notion and starting time for medical science), discriminatory dismissal and illegal ground for dismissal (differences), retaliatory dismissal and its incorporation into the labour legal system.