



REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
LA CORTE D'APPELLO DI TORINO
SEZIONE LAVORO

Composta da:

Dott. Federico GRILLO PASQUARELLI	PRESIDENTE Rel.
Dott. Piero ROCCHETTI	CONSIGLIERE
Dott.ssa Silvia CASARINO	CONSIGLIERE

ha pronunciato la seguente

S E N T E N Z A

nella causa di lavoro iscritta al n. **233/2020** R.G.L. promossa da:
I.N.P.S. – Istituto Nazionale della Previdenza Sociale, c.f.
80078750587, in persona del Presidente *pro tempore*,
rappresentato e difeso dagli avv.ti Franca Borla, Tommaso Parisi
e Franco Pasut per procura generale alle liti per atto notaio
Castellini di Roma del 21.7.2015, elettivamente domiciliato in
Torino, via Arcivescovado n. 9, presso l'Ufficio Legale della
sede di Torino

APPELLANTE

CONTRO

DE AGOSTINI Elena, c.f. DGSLNE77H55F952Z,
rappresentata e difesa dagli avv.ti Nyranne Moshi, Daniela
Palmieri e Ivan Assael ed elettivamente domiciliata presso il loro



studio in Milano, via Carducci n. 31, per procura allegata al ricorso introduttivo

APPELLATA

Oggetto: Altre controversie in materia di previdenza obbligatoria

CONCLUSIONI

Per l'appellante: come da ricorso depositato il 9.7.2020

Per l'appellato: come da memoria depositata l'8.2.2021

FATTI DI CAUSA

Con ricorso proposto a norma dell'art. 38 D.Lgs. 198/2006, depositato il 22.3.2019, Elena De Agostini ha chiamato in giudizio l'INPS davanti al Tribunale di Novara, esponendo di essere dipendente Alitalia con contratto a tempo indeterminato e qualifica di assistente di volo, di avere fruito del congedo di maternità dal 9.10.2012 al 19.6.2014 e di avere percepito per tale periodo dall'IPSEMA¹ un'indennità pari alla paga giornaliera di euro 43,41 lordi, pari all'80% della retribuzione imponibile a fini fiscali e previdenziali, determinata secondo i criteri di cui all'art. 51 del TUIR; che la retribuzione degli assistenti di volo Alitalia, per contratto collettivo, è costituita da alcune voci fisse – fra le quali, oltre allo stipendio base, anche l'indennità di volo minima garantita, l'assegno *ad personam*, l'EDR e la differenza minimo – e da una parte variabile, costituita dall'indennità di volo

¹ L'IPSEMA, Istituto di Previdenza per il Settore Marittimo, a cui erano iscritti gli assistenti di volo, è stato soppresso nel 2010 e le sue funzioni sono state attribuite prima all'INAIL e, successivamente, all'INPS



giornaliera e dalle diarie Italia ed Estero; che, visto che l'art. 51 del TUIR stabilisce che le indennità di navigazione e di volo previste dalla legge o dal contratto collettivo concorrono a formare il reddito nella misura del 50% del loro ammontare, nel calcolo dell'indennità di maternità delle assistenti di volo vengono considerati lo stipendio base lordo al 100%, l'indennità di volo garantita al 50%, tutte le indennità di volo previste dalla legge e dal contratto al 50%, la diaria Italia solo per la somma giornaliera eccedente euro 46,48 e la diaria estero solo per la somma giornaliera eccedente euro 77,46; che tale interpretazione dell'IPSEMA, successivamente fatta propria anche dall'INPS, si pone in contrasto con le disposizioni di cui agli artt. 22 e 23 del D.Lgs.151/2001, in base alle quali la retribuzione base per il calcolo dell'indennità di maternità è quella del mese immediatamente precedente al congedo di maternità, comprensiva delle indennità calcolate al 100%, sicché, nel suo caso, l'indennità di maternità avrebbe dovuto essere pari alla paga giornaliera di euro 97,98 lordi, a fronte dei 43,41 euro ricevuti nel periodo di congedo; che la violazione delle disposizioni del D.Lgs. 151/2001 da parte dell'ente previdenziale costituisce un comportamento discriminatorio, dal momento che colpisce le donne lavoratrici, dipendenti Alitalia con qualifica di assistente di volo, in ragione del loro stato di gravidanza. Ha chiesto, pertanto, di ordinare all'INPS la cessazione della condotta discriminatoria e la rimozione dei suoi effetti, con conseguente condanna dell'Istituto al pagamento



della differenza fra le somme erogate a titolo di indennità di maternità e quelle ritenute spettanti

Costituendosi in giudizio, l'INPS ha chiesto di essere autorizzato a chiamare in giudizio l'Alitalia per ottenerne la condanna, in caso di accoglimento della domanda della ricorrente, al versamento della relativa copertura contributiva; nel merito, ha contestato il fondamento della domanda, chiedendone il rigetto.

Con ordinanza del 24.6.2019, il Giudice di primo grado, ritenendo che non fosse configurabile una discriminazione nei confronti della lavoratrice e che la domanda dovesse essere qualificata come volta ad ottenere una prestazione previdenziale, ha disposto la prosecuzione del giudizio con il rito ordinario, ed ha respinto l'istanza dell'INPS di autorizzazione alla chiamata in giudizio di Alitalia.

Con sentenza n. 64/2020, pubblicata il 16.6.2020, il Tribunale ha dichiarato che l'INPS aveva posto in essere una condotta discriminatoria nei confronti della ricorrente e, per l'effetto, ha ordinato all'INPS di rimuoverne gli effetti mediante ricalcolo della indennità di maternità spettante alla ricorrente secondo i criteri di cui agli artt. 22 e 23 D.Lgs. 151/2001, ed ha condannato l'INPS a corrispondere alla ricorrente le differenze risultanti dal ricalcolo, pari ad euro 14.697,45, oltre interessi.

Propone appello l'INPS; l'appellata resiste al gravame e propone, a sua volta, appello incidentale.

All'udienza del 18.2.2021 la causa è stata discussa oralmente e decisa come da dispositivo.



RAGIONI DELLA DECISIONE

Il Tribunale ha accolto parzialmente il ricorso sulla base delle seguenti considerazioni:

- secondo Cass. 11414/2018 la disciplina del calcolo del trattamento economico di maternità si rinviene esclusivamente nell'art. 23 D.Lgs. 151/2001, *“che richiama solo gli ‘elementi’ (id est, voci retributive) che concorrono a determinare la base di calcolo delle indennità economiche di malattia mentre nulla dice in ordine alla misura della loro computabilità. Ciò perché la norma stabilisce una specifica disciplina di calcolo, prevedendo espressamente che la "retribuzione parametro", da prendere a riferimento per determinare, nella misura dell'80% di essa (come stabilito dal precedente art. 22), l'indennità medesima (recte di malattia), sia costituita dalla "retribuzione media globale giornaliera" che si ottiene dividendo per trenta l'importo "totale" della retribuzione del mese precedente a quello nel corso del quale ha avuto inizio il congedo”*;
- sulla base del criterio per cui, una volta individuati gli elementi retributivi che devono comporre la base di calcolo dell'indennità di maternità, essi dovrebbero essere considerati senza alcuna delle decurtazioni che la normativa prevede a fini fiscali e contributivi, dal momento che l'unico criterio applicabile sarebbe quello della riduzione all'80% della retribuzione globale media



giornaliera, prevista dall'art. 23 del D.Lgs. 151/2001, la ricorrente ritiene che tutte le voci incluse nel calcolo dall'IPSEMA, ma considerate al 50%, dovrebbero essere considerate al 100%;

- l'applicazione di tale criterio, pur avallato dalla S.C., condurrebbe ad un risultato sostanzialmente distorsivo, che non tiene conto della natura delle diverse voci incluse nei prospetti paga delle assistenti di volo;
- le diarie – nazionale ed estera, oraria o giornaliera – rappresentano un rimborso forfettario delle spese, in connessione con la prestazione lavorativa al di fuori della base di appartenenza: si tratta, dunque, di voci strettamente collegate all'effettività del servizio;
- rispetto alla indennità di volo, risulta fondata unicamente la pretesa della ricorrente a vedere computare per intero, nella retribuzione media giornaliera, l'indennità di volo minima garantita (che costituisce una posta retributiva fissa, rientrante per espressa disposizione nella retribuzione mensile da computarsi ai fini della determinazione del trattamento economico per ferie, infortunio, malattia, riposi) ma non quella integrativa (che è commisurata alle ore di volo effettive ed ha natura mista, in parte retributiva e in parte risarcitoria, il che ne giustifica l'inclusione nella retribuzione globale media giornaliera solo al 50%);
- dunque, vanno considerati i conteggi, elaborati dalla



ricorrente su richiesta giudiziale, che includono nel computo, tenuto conto della retribuzione del mese precedente a quello di inizio del congedo, la sola indennità di volo minima garantita al 100% e le rimanenti voci così come calcolate dall'INPS: sulla base di tali conteggi, risulta una differenza fra totale del trattamento economico dovuto e totale di quello versato pari ad euro 14.697,45;

- ritenuto necessario rimeditare l'avviso espresso nell'ordinanza del 24.6.2019, si deve concludere che l'IPSEMA abbia posto in essere ai danni della ricorrente una discriminazione, tuttora perdurante, consistita nel mancato versamento dell'intera somma dovuta a titolo di trattamento economico di maternità: l'accertamento della discriminazione impone al Giudice la rimozione degli effetti discriminatori, da attuarsi tramite condanna dell'ente previdenziale al pagamento della differenza tra l'importo complessivo dovuto e quanto corrisposto, da quantificarsi nella somma lorda di euro 14.697,45, oltre interessi legali.

L'INPS censura la sentenza impugnata per violazione del litisconsorzio necessario con il datore di lavoro (primo motivo), per violazione dei termini processuali previsti per l'azione antidiscriminatoria dall'art. 38 D.Lgs. 198/2006 (secondo motivo), per insussistenza della discriminazione denunciata (terzo motivo) e per errata interpretazione e falsa applicazione degli artt. 22 e 23 D.Lgs. 151/2001 (quarto motivo).



Infine, nell'ultimo paragrafo dell'appello intitolato "Intervenuta decadenza", l'INPS, che non aveva eccepito la decadenza dall'azione giudiziaria nella memoria difensiva di primo grado, riporta il testo dell'art. 47 del D.P.R. 639/1970, come sostituito dall'art. 4 del D.L. 384/1992, conv. in L. 438/1992, il testo dell'art. 38, comma 1, n. 2), lettera d), del D.L. 98/2011, conv. in L. 111/2011, e la massima di Cass. S.U. n. 12720/2009 sulla rilevabilità d'ufficio della decadenza, pur senza proporre un formale motivo di appello né indicare la rilevanza delle norme citate con riferimento alle scansioni temporali della fattispecie in esame, e senza fare alcun cenno alla decadenza nelle conclusioni dell'appello.

È noto, tuttavia, che, per giurisprudenza consolidata della S.C., *"in tema di decadenza dall'azione giudiziaria per il conseguimento di determinate prestazioni previdenziali, la disposizione contenuta nell'art. 47 del D.P.R. n. 639 del 1970 (nel testo modificato dall'art. 4, comma 1, del D.L. n. 384 del 1992, conv. con modif. in L. n. 438 del 1992), disciplina una decadenza sostanziale "di ordine pubblico" in quanto annoverabile tra quelle dettate a protezione dell'interesse alla definitività e certezza delle determinazioni concernenti l'erogazione di spese gravanti su conti pubblici e, pertanto, essa è rilevabile in ogni stato e grado del giudizio con il solo limite del giudicato, dovendosi escludere la possibilità, per l'ente previdenziale di rinunciare alla decadenza stessa ovvero di impedirne l'efficacia riconoscendo il diritto ad essa soggetto"*



(Cass. 28639/2018; nello stesso senso, Cass. 3990/2016, 6331/2014, 18528/2011).

Questa Corte è quindi tenuta a verificare – preliminarmente e d’ufficio, a prescindere dalla sollecitazione in tal senso rinvenibile nell’ultimo paragrafo dell’appello – il rispetto del termine di decadenza dall’azione giudiziaria, che, per l’indennità di maternità, è previsto in un anno (trattandosi di prestazione a carico della Gestione Prestazioni Temporanee ai Lavoratori Dipendenti, di cui all’art. 24 L. 88/1989) e che, nel caso di specie (trattandosi di domanda avente ad oggetto l’adempimento di una prestazione riconosciuta solo in parte), decorre dal riconoscimento parziale della prestazione, ai sensi dell’art. 47 D.P.R. 639/1970, come modificato dall’art. 38, comma 1, lettera d), del D.L. 98/2011, conv. in L. 111/2011.

A tale proposito l’appellata oppone, in primo luogo, che la domanda proposta con il ricorso introduttivo si configura come azione volta a rimuovere gli effetti della discriminazione posta in essere dall’INPS, che ha *causa petendi* del tutto distinta dal rapporto previdenziale ed alla quale non sono applicabili gli istituti tipici di tale rapporto; in secondo luogo, rileva che la decadenza non è invocabile nel caso in cui la domanda della lavoratrice sia diretta ad ottenere un ricalcolo dell’indennità e non il riconoscimento del diritto alla prestazione previdenziale, citando in tal senso Cass. S.U. 12720/2009.

Quest’ultimo argomento è assolutamente infondato: la sentenza citata è stata superata dall’intervento del legislatore (art. 38,



comma 1, lettera d), del D.L. 98/2011, conv. in L. 111/2011) che, per l'appunto, ha aggiunto all'art. 47 D.P.R. 639/1970, in fine, il seguente (sesto) comma: *“Le decadenze previste dai commi che precedono si applicano anche alle azioni giudiziarie aventi ad oggetto l'adempimento di prestazioni riconosciute solo in parte o il pagamento di accessori del credito. In tal caso il termine di decadenza decorre dal riconoscimento parziale della prestazione ovvero dal pagamento della sorte”*.

La novella legislativa ha dettato una disciplina innovativa con efficacia retroattiva che, anche a seguito della sentenza n. 69/2014 della Corte Costituzionale, non trova applicazione ai giudizi pendenti alla data di entrata in vigore delle nuove disposizioni (v. Cass. 1071/2015): peraltro, il presente giudizio è iniziato nel 2019, e quindi non possono esservi dubbi sull'applicabilità alla fattispecie del nuovo sesto comma dell'art. 47 D.P.R. 639/1970.

Nel caso in esame, poi, l'indennità di maternità è stata corrisposta all'appellata tra il novembre 2012 e l'agosto 2013 (v. doc. 2 appellata), mentre l'azione giudiziaria è stata esercitata con ricorso depositato nel 2019, quando il termine di un anno dal riconoscimento parziale della prestazione era abbondantemente scaduto (è appena il caso di osservare che se l'indennità di maternità fosse stata corrisposta all'appellata non solo fino all'agosto 2013, come risulta dal documento prodotto, ma fino al giugno 2014, ossia fino al termine del congedo per maternità, il termine annuale di decadenza sarebbe ugualmente decorso).



Più complesso è valutare la prima obiezione dell'appellata, che evidenzia la diversità, per *causa petendi* e *petitum*, dell'azione antidiscriminatoria proposta con il ricorso ex art. 38 D.Lgs. 198/2006 rispetto all'ordinaria azione ex art. 442 c.p.c. avente ad oggetto il pagamento di una prestazione previdenziale, ed afferma l'impossibilità di estendere alla prima le regole – in particolare, la decadenza – vigenti per la seconda.

Ora, è certamente vero che l'azione antidiscriminatoria introduce una domanda diretta ad ottenere la rimozione della discriminazione, e non una domanda diretta immediatamente a conseguire il pagamento della prestazione previdenziale, tuttavia è incontestabile che, nel caso di specie, l'asserita discriminazione consiste nel riconoscimento soltanto parziale, da parte dell'Istituto previdenziale, di una prestazione a cui la ricorrente assume di avere diritto in misura superiore a quella che le è stata corrisposta.

Le conclusioni formulate nel ricorso ex art. 38 D.Lgs. 198/2006, infatti, erano testualmente le seguenti:

“1. accertare e dichiarare che l'INPS ha posto in essere una condotta discriminatoria nei confronti della signora Elena De Agostini, per violazione degli artt. 22 e 23 T.U. 151/2001;

Ai fini della rimozione degli effetti:

2. ordinare ad INPS, in persona del legale rappresentante pro tempore, di ricalcolare l'indennità di maternità spettante alla ricorrente secondo i criteri di cui agli artt. 22 e 23 T.U. 151/2001, sulla base della retribuzione globale di fatto della



ricorrente percepita nell'ultima busta paga, pari a € 3.401,49 lordi, conteggiando, in ogni caso, al 100% le indennità di volo e IVO o quella maggiore o minore somma ritenuta equa e di giustizia;

e per l'effetto,

In via principale:

3. condannare la convenuta a corrispondere le differenze risultanti dal calcolo di cui sopra oltre interessi legali dalle scadenze al saldo, pari a € 54,57 lordi giornalieri per ogni giorno di tutto il periodo di maternità, o quella maggiore o minore somma ritenuta equa e di giustizia”.

Ed allora, è evidente che la domanda proposta nel presente giudizio con l'azione antidiscriminatoria ha ad oggetto, in via immediata, l'accertamento della condotta discriminatoria dell'INPS consistita nella violazione degli artt. 22 e 23 T.U. 151/2001 sulla liquidazione dell'indennità di maternità e, in via mediata ma inscindibile, la rimozione degli effetti della condotta discriminatoria, da attuarsi con la riliquidazione della prestazione nella maggior somma a cui la lavoratrice assume di avere diritto e con la condanna dell'INPS al pagamento della differenza.

Il diritto di credito ad una prestazione previdenziale, però, è un diritto soggettivo che, per legge, deve essere esercitato entro un termine breve di decadenza, altrimenti si estingue: la decadenza in materia previdenziale, infatti, è una decadenza sostanziale, che estingue il diritto e inibisce l'azione giudiziaria.



La discriminazione è la lesione di un diritto specialmente protetto, perché connesso ad uno dei fattori tipici di discriminazione (genere, orientamento sessuale, religione, convinzioni personali, disabilità, età, nazionalità, razza, origine etnica): ma se il diritto non c'è, perché ormai estinto per intervenuta decadenza, non vi può essere lesione del diritto, e neppure discriminazione.

La norma che disciplina l'azione antidiscriminatoria (art. 38 D.Lgs. 198/2006), del resto, prevede che il giudice ordini *“la cessazione del comportamento illegittimo e la rimozione degli effetti”*, ed il richiamo agli *“effetti”* della condotta discriminatoria presuppone che il diritto soggettivo leso non sia esaurito, perché non si possono *“rimuovere gli effetti”* in presenza di una situazione giuridica ormai estinta e non più attuale.

L'azione antidiscriminatoria, quindi, non può richiamare in vita un diritto di credito ad una prestazione previdenziale ormai estinto e non più tutelabile per intervenuta decadenza, altrimenti si finirebbe con l'attribuire alla scelta individuale del rito antidiscriminatorio una capacità di sanatoria retroattiva persino superiore rispetto all'efficacia retroattiva *erga omnes* delle sentenze della Corte Costituzionale dichiarative dell'incostituzionalità di una norma di legge, retroattività che si arresta di fronte alle situazioni giuridiche consolidate per effetto di sentenza passata in giudicato, di atto amministrativo non più impugnabile, di prescrizione e, appunto, di decadenza (Cass. 7057/1997).



Dunque, la discriminazione che l'appellata ha fatto valere con l'azione giudiziaria proposta nel 2019 non sussiste, perché a tale data il diritto di credito che si assume lesa dalla condotta discriminatoria dell'Istituto previdenziale era da tempo estinto, per intervenuta decadenza sostanziale, non essendo stato esercitato dalla titolare per oltre un anno dal riconoscimento parziale della prestazione previdenziale.

In accoglimento dell'appello, le domande di tutela antidiscriminatoria proposte con il ricorso introduttivo devono quindi essere respinte; il rilievo d'ufficio della decadenza, la novità della questione, e l'esistenza di giurisprudenza di merito contrastante inducono a compensare le spese di entrambi i gradi.

P. Q. M.

Visto l'art. 437 c.p.c.,
in accoglimento dell'appello,
respinge le domande proposte con il ricorso introduttivo;
compensa le spese di entrambi i gradi.
Così deciso all'udienza del 18.2.2021

IL PRESIDENTE est.

Dott. Federico Grillo Pasquarelli

