

N. 1498 /2020 R.G.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

TRIBUNALE DI BRESCIA

SEZIONE LAVORO, PREVIDENZA E ASSISTENZA OBBLIGATORIA

in composizione monocratica e in funzione di Giudice del Lavoro, in persona della dott. Mariarosia Pipponzi, ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nella controversia di primo grado promossa

da

I.N.P.S. in persona del legale rappresentante pro tempore

con l'avv. MINEO ALESSANDRO

- RICORRENTE

contro

ALESSANDRA NOLLI

con l'avv. MARTUCCI ANDREA MARIO

- RESISTENTE

e

AIR DOLOMITI S.P.A. LINEE AEREE REGIONALI EUROPEE in persona del legale rappresentante *pro tempore*

con l'avv. TROMBETTA MARCELLO

- TERZA CHIAMATA

Oggetto: Altre controversie in materia di previdenza obbligatoria

All'udienza di discussione, i procuratori delle parti concludevano come da rispettivi atti.

MOTIVI DELLA DECISIONE





Con decreto *ex art.* 38 d.lgs. 198/2006 il Tribunale di Brescia, in data, 31.07.2020 ha accolto la domanda di Alessandra Nolli, avente ad oggetto l'accertamento della natura discriminatoria della condotta tenuta dall'Inps nell'erogazione di una somma a titolo di indennità di maternità in misura inferiore a quanto stabilito dagli artt. 22 e 23 d.lgs. 151/2001.

Per l'effetto, il Tribunale ha condannato l'Inps a rimuovere gli effetti conseguenti a tale discriminazione, mediante il versamento di Euro 9.540,31, oltre interessi legali dal dovuto al saldo effettivo.

L'Inps ha proposto opposizione avverso il decreto citato, riproponendo le difese già svolte in fase sommaria, e in particolare deducendo:

- che la ricorrente, alla luce del *petitum* sostanziale sotteso alla domanda, era incorsa nella decadenza di cui all'art. 47, u.c., d.p.r. 639/1970, avendo richiesto solo in data 26.02.2020 la riliquidazione dell'indennità di maternità erogata nel periodo dal 19.05.2014 al 14.09.2015;
- che, analogamente, doveva ritenersi decorsa la prescrizione annuale di cui all'art. 6 l. 138/1943;
- che il tempo trascorso aveva comunque inciso sul requisito dell'attualità della condotta asseritamente discriminatoria;
- che, in ogni caso, la condotta tenuta dall'Inps non doveva ritenersi discriminante, in assenza di alcuna penalizzazione delle lavoratrici madri rispetto agli altri lavoratori;
- che, infine, il calcolo effettuato dall'istituto era da considerarsi corretto alla luce del combinato disposto degli artt. 23 d.lgs. 151/2001, 27 comma 10 d.p.r. 797/1955 e ss.mm.ii. e 51 T.U.I.R.

Si è costituita Alessandra Nolli, che ha preliminarmente eccepito l'inammissibilità dell'impugnazione per omessa chiara individuazione delle questioni e dei punti contestati. Sempre in via preliminare, ha dedotto l'inapplicabilità dei termini di prescrizione e decadenza invocati da controparte trattandosi di un'azione di accertamento della natura discriminatoria o meno della condotta tenuta dall'Inps e non di un'azione diretta al conseguimento di una prestazione previdenziale.





Nel merito ha contestato la decurtazione nella misura del 50% dell'indennità di volo nel calcolo della retribuzione globale media ai sensi degli artt. 22 e 23 d.lgs.

151/2001, sostenendo che il richiamo agli elementi che vengono considerati ai fini dell'indennità di malattia deve essere inteso esclusivamente come rinvio alle medesime voci retributive, e non anche alle relative modalità di calcolo.

Ha aggiunto che il diverso criterio di calcolo utilizzato dall'Inps, oltre ad essere erroneo, è da considerarsi discriminatorio, anche in assenza di *tertium comparationis*, alla luce del considerando n. 23 della direttiva 2006/54 e dell'art. 25, comma 2-bis d.lgs. 198/2006.

Ha specificato, infine, che il mero esaurimento dell'azione lesiva non esclude l'attualità della discriminazione laddove idonea a produrre effetti durevoli nel tempo.

Si è costituita altresì Air Dolomiti S.p.a. Linee Aeree Regionali Europee (*infra* "Air Dolomiti") che ha preliminarmente eccepito la sua carenza di legittimazione passiva con riferimento sia alla domanda di accertamento della condotta discriminatoria, sia alla conseguente condanna di integrazione della prestazione. In ogni caso, ha condiviso le eccezioni di decadenza e prescrizione dell'azione sollevate dall'Inps, nonché le difese nel merito dell'Istituto, evidenziando: per un verso, la correttezza dell'operato dell'ente nel computo dell'indennità di volo; per altro verso, che la normativa invocata da parte opposta – direttiva 2006/54 e dell'art. 25, comma 2-bis d.lgs. 198/2006 – non può essere interpretata nel senso di considerare discriminatoria un'applicazione della normativa che riguarda esclusivamente persone dello stesso genere.

Deve preliminarmente essere rigettata l'eccezione di carenza di legittimazione passiva sollevata da Air Dolomiti.

Come già compiutamente chiarito dalle Sezioni Unite della Suprema Corte (SS.UU. 16/02/2016, n. 2951), ai sensi dell'art. 81 c.p.c. "*parte è il soggetto che in proprio nome domanda o il soggetto contro il quale la domanda, sempre in proprio nome, è proposta*". Ciò che rileva, pertanto, al fine di valutare la





sussistenza della legittimazione ad agire o contraddire, è la prospettazione offerta con la domanda.

Deve essere condivisa la distinzione, confermata dalla Corte, tra legittimazione al processo e titolarità della posizione soggettiva, in quanto *“il problema della titolarità della posizione soggettiva, attiva ma anche passiva – attiene al merito della decisione, cioè alla fondatezza della domanda”* (SS.UU. 2951 cit.). Quindi, nell'ipotesi di discordanza tra quanto prospettato nella domanda e quanto accertato in giudizio, non vi è un problema di ammissibilità dell'azione, bensì di fondatezza della stessa, che dovrà eventualmente essere rigettata.

La legittimazione ad agire o a contraddire, infatti, quale condizione dell'azione, si fonda esclusivamente sulle allegazioni di cui alla domanda introduttiva del giudizio; ne deriva che *“una concreta ed autonoma questione intorno ad essa si delinea soltanto quando l'attore faccia valere un diritto altrui, prospettandolo come proprio, ovvero pretenda di ottenere una pronunzia contro il convenuto pur deducendo la relativa estraneità al rapporto sostanziale controverso”* (Cass. sez. 3, Sentenza n. 4796 del 06/03/2006).

Nel caso di specie, la ricorrente-opposta ha invocato la responsabilità di entrambi i convenuti e, pertanto, l'asserita insussistenza di obblighi a proprio carico, dedotta da Air Dolomiti, deve considerarsi come una questione sul merito della domanda e non sulla legittimità a contraddire.

Devono essere altresì respinte le eccezioni di decadenza e prescrizione sollevate da Inps e condivise da Air Dolomiti.

Invero, l'art. 47, u.c., d.p.r. 639/1970 e l'art. 6 l. 138/1943 introducono, rispettivamente, un termine di decadenza e di prescrizione per le azioni giudiziarie aventi ad oggetto l'adempimento di prestazioni da parte dell'Inps.

Nel caso di specie, oggetto della domanda è l'accertamento della natura discriminatoria della condotta tenuta dall'ente nel calcolo di una di queste prestazioni – l'indennità di maternità – i cui effetti sarebbero rappresentati dall'erogazione di un importo inferiore a quello asseritamente dovuto.

È di tutta evidenza che tale domanda, per come formulata, non incorre nei limiti temporali previsti dalla normativa invocata: si tratta, infatti, di un'azione di





accertamento nell'ambito della quale l'eventuale condanna alla corresponsione della parte di prestazione non riconosciuta si pone come mera conseguenza, finalizzata alla rimozione degli effetti del comportamento eventualmente qualificato come discriminante.

Il mancato versamento di quanto asseritamente dovuto, in effetti, rappresenta un effetto durevole della scelta operata dall'Istituto e, pertanto, contrariamente a quanto sostenuto dall'opponente, comporta l'integrazione del requisito dell'attualità della lesione (cfr. Cassazione civile sez. lav., 22/05/2019, n. 13860 in tema di condotta antisindacale).

Devono infine rigettarsi le eccezioni di parte opposta in merito all'omessa individuazione da parte dell'opponente dei punti del decreto specificamente impugnati, trattandosi di deduzioni generiche e peraltro inconferenti in questa sede.

Passando all'esame del merito della questione, deve, in primo luogo, dichiararsi l'erroneità del criterio di calcolo utilizzato dall'Inps per la determinazione dell'indennità di maternità della Nolli.

L'art. 22 d.lgs. 151 del 2001 prevede che le lavoratrici abbiano diritto ad un'indennità giornaliera pari all'80% della retribuzione per tutto il periodo di congedo di maternità, corrisposta *“con gli stessi criteri previsti per l'erogazione delle prestazioni dell'assicurazione obbligatoria contro le malattie”*.

L'art. 23 del decreto, nel disciplinare in concreto le modalità di calcolo, individua la retribuzione di riferimento nella *“retribuzione media globale giornaliera del periodo di paga quadrisettimanale o mensile scaduto ed immediatamente precedente a quello nel corso del quale ha avuto origine il congedo di maternità”*, alla quale vanno aggiunti *“il rateo giornaliero relativo alla gratifica natalizia o alla tredicesima mensilità e agli altri premi o mensilità o trattamenti accessori eventualmente erogati alla lavoratrice”*.

La norma precisa, inoltre, che *“concorrono a formare la retribuzione gli stessi elementi che vengono considerati agli effetti della determinazione delle*





prestazioni dell'assicurazione obbligatoria per le indennità economiche di malattia".

Come confermato anche dalla più recente giurisprudenza di legittimità (Cassazione civile, sez. lav., 02/12/2020, n. 27552), *"il rinvio ai criteri previsti per l'erogazione delle prestazioni dell'assicurazione obbligatoria contro le malattie...deve intendersi riferito esclusivamente agli istituti che disciplinano l'indennità di malattia, quali, per esempio, i profili attinenti alla domanda amministrativa o al regime prescrizione...per il resto, l'indennità di malattia gode di una propria disciplina autonoma"*. La disciplina delle modalità di determinazione del *quantum* dell'indennità di maternità, infatti, si rinviene esclusivamente nell'art. 23 cit. *"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"*.

In altri termini, laddove la normativa prevede esclusivamente che l'indennità di maternità corrisponde all'80% della retribuzione media globale giornaliera e che quest'ultima è costituita da determinate voci, individuate *per relationem*, non può ritenersi che dette voci debbano essere computate in percentuale solo per il fatto che così avviene per un'indennità dalla natura intrinsecamente differente.

Tale conclusione è coerente con il quadro normativo, anche costituzionale ed europeo, in materia di tutela della maternità, che induce a privilegiare *"anche in via di interpretazione sistematica, un criterio di maggior mantenimento possibile del livello retributivo immediatamente precedente al congedo rispetto ai criteri che, come quelli per il computo dell'indennità di malattia, comportano un'attribuzione parziale di alcune voci retributive"* (Cass. 27552 cit.). L'accoglimento dell'interpretazione descritta, infatti, consente di assicurare alla donna lavoratrice di vivere l'evento senza una radicale riduzione del tenore di vita (Corte Cost. n. 132 del 1991 e n. 271 del 1999).

Accertata l'illegittimità della condotta posta in essere dall'ente previdenziale, la domanda di parte opposta non può, tuttavia, trovare accoglimento, non





ravvisandosi gli estremi di un comportamento discriminatorio e trattandosi, per i motivi già esposti, non di un'azione di condanna al versamento di quanto spettante, bensì di un'azione di accertamento della discriminazione.

Parte opposta richiama, a sostegno delle proprie ragioni:

- l'art. 25, comma 2-bis, d.lgs. 198/2006, in base al quale *“Costituisce discriminazione...ogni trattamento meno favorevole in ragione dello stato di gravidanza, nonché di maternità o paternità, anche adottive, ovvero in ragione della titolarità e dell'esercizio dei relativi diritti”*;

- il considerando n. 23 della Direttiva 2006/54, che recita *“Dalla giurisprudenza della Corte di giustizia risulta chiaramente che qualsiasi trattamento sfavorevole nei confronti della donna in relazione alla gravidanza o alla maternità costituisce una discriminazione diretta fondata sul sesso. Pertanto, occorre includere esplicitamente tale trattamento nella presente direttiva”*.

Entrambe le disposizioni si inseriscono in un quadro normativo finalizzato a realizzare la parità di trattamento tra uomo e donna e si focalizzano, in particolare, sull'aspetto della gravidanza e della maternità, trattandosi di circostanze biologicamente (la gravidanza) o statisticamente (il congedo di maternità) caratterizzanti le donne. Per tale motivo - come ben specificato nel considerando n. 23 cit. - una differenza di trattamento fondata su questi fattori integrerebbe, sostanzialmente, una discriminazione indiretta fondata sul sesso.

Contrariamente a quanto sostenuto da parte opposta, non è possibile ravvisare l'esistenza di una discriminazione in assenza di un *tertium comparationis*, ovvero di una situazione uguale o analoga rispetto alla quale il trattamento riservato alla donna in gravidanza o in maternità sia meno favorevole.

Tale principio è insito nel concetto stesso di discriminazione come definito sia dall'art. 25 d.lgs. 198 cit, sia dall'art. 2 Dir. 54 cit.

Entrambe le disposizioni, infatti, nel qualificare la discriminazione, richiamano espressamente il concetto di “trattamento meno favorevole”, per ragioni di genere, tra lavoratori e lavoratrici “in situazioni analoghe”. L'art. 2 cit., in particolare, specifica che è discriminazione qualsiasi trattamento “meno favorevole” riservato ad una donna per ragioni connesse alla gravidanza o alla maternità, ponendo





l'accento, anche in questo caso, sul rischio di differenza di trattamento tra uomo e donna, realizzato sfruttando i fattori gravidanza/maternità.

La necessità di relativizzare il concetto di discriminazione si evince anche dalla lettura dall'art. 28 d.lgs. 198/2006, espressamente dedicato al tema della retribuzione, che vieta differenze retributive nel caso di “*uno stesso lavoro*” o di “*un lavoro al quale è attribuito un valore uguale*”.

A ciò si aggiunga che la necessità di un *tertium comparationis* si pone come presupposto logico, prima ancora che giuridico, perché possa ravvisarsi una discriminazione. Si giungerebbe, altrimenti, alla paradossale conclusione che qualsiasi condotta *contra legis* nei confronti di un soggetto a rischio discriminazione (donna, disabile etc) sia da considerare *ex se* discriminatoria per la semplice presenza di tale fattore di rischio, pur in assenza di alcuna effettiva disparità di trattamento rispetto ad altri soggetti, privi di tale carattere.

Nella situazione prospettata dalla Nolli, non è stata neppure allegata una disparità di trattamento basata sul genere; in particolare, non è stato dedotto che l'Inps avrebbe calcolato l'indennità in modo diverso qualora a richiederla fosse stato un lavoratore uomo che usufruiva del congedo di paternità (espressamente previsto dall'art. 2 comma 1 lett. b) e 28 d.lgs. 151/2001).

È ragionevole, al contrario, ritenere che l'Inps avrebbe calcolato l'indennità di paternità secondo le medesime modalità dell'indennità di maternità, applicandosi le stesse disposizioni di legge e quindi sempre gli artt. 22 e 23 d.lgs 151/2001.

Né può considerarsi quale parametro di confronto la retribuzione riconosciuta ai lavoratori e alle lavoratrici non in congedo.

Si tratta, infatti, di situazioni differenti, che non possono rientrare nel concetto di “situazione analoga” sulla base della quale valutare l'esistenza di una discriminazione. La retribuzione, infatti, rappresenta il corrispettivo per una prestazione sinallagmaticamente corrisposta; l'indennità di maternità è, invece, un trattamento economico sostitutivo che garantisce un sostegno per un periodo nel quale la lavoratrice non è nelle condizioni di prestare attività lavorativa.

È fondamentale, sullo specifico tema in esame, distinguere:





- la disciplina che favorisce la tutela della gravidanza e della maternità, che porta a garantire che l'importo dell'indennità di maternità sia il più vicino possibile alla retribuzione ordinaria goduta prima del congedo;
- la disciplina che vieta e punisce le discriminazioni indirette di genere, che si realizzano mediante una disparità di trattamento fondata sulla gravidanza o sulla maternità.

Sulla base di tale distinzione è possibile affermare che il trattamento economico riconosciuto dall'Inps è stato inferiore rispetto a quanto spettante secondo l'interpretazione costituzionalmente orientata degli artt. 22 e 23 d.lgs. 151/2001; ma altresì che tale comportamento non ha assunto i caratteri discriminatori invocati dalla lavoratrice.

Per tutti i motivi esposti, l'opposizione dell'ente previdenziale deve essere accolta.

Le spese sono compensate tra tutte le parti in ragione della parziale reciproca soccombenza, nonché l'esistenza di un contrasto giurisprudenziale sul tema.

P.Q.M.

Definitivamente pronunciando ogni contraria istanza ed eccezione disattesa così provvede:

in accoglimento dell'opposizione, dichiara che l'Inps non ha tenuto una condotta discriminatoria in relazione all'erogazione dell'indennità di maternità a Alessandra Nolli;
spese compensate tra tutte le parti.

Fissa il termine di 60 giorni per il deposito della sentenza.

Sentenza provvisoriamente esecutiva.

Così deciso in Brescia il 24/05/2021

IL GIUDICE
MARIAROSA PIPPONZI

Provvedimento redatto con la collaborazione del Magistrato Ordinario in Tirocinio Isabella Angeli

