



REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

La Corte d'Appello di Brescia, Sezione Lavoro, composta dai
Sigg.:

Dott. Antonio MATANO Presidente rel.

Dott. Giuseppina FINAZZI Consigliere

Dott. Silvia MOSSI Consigliere

ha pronunciato la seguente

S E N T E N Z A

nella causa civile promossa in grado d'appello con ricorso depositato
in Cancelleria il giorno 27/05/2021 iscritta al n. 147/21 R.G. Sezione
Lavoro e posta in discussione all'udienza collegiale del 20/01/2022

d a

BARLOTTINI FEDERICA, rappresentata e difesa dall'Avv.to
Barbara STARNA di Roma, domiciliatario giusta delega in atti.

RICORRENTE APPELLANTE

c o n t r o

INPS, in persona del Presidente pro-tempore rappresentato e difeso
dall'Avv.to Eugenia SAVONA e Roberto MAIO giusta procura
generale alle liti, elett.te dom.to c/o Avv.ra Distrettuale INPS.

RESISTENTE APPELLATO

In punto: appello a sentenza n. 133/20 del 09/12/2020 del Tribunale
di Mantova.

Conclusioni:

Del ricorrente appellante:

OGGETTO:

Altre controversie in
materia di previdenza
obbligatoria

Come da note scritte

Del resistente appellato:

Come da note scritte

Fatto e Diritto

Con ricorso ex art. 442 c.p.c. avanti al Tribunale di Mantova Barlottini Federica, dipendente di Air Italy S.p.A. con qualifica di assistente di volo, esponeva che:

- nel periodo dal 9.2.2015 all'8.5.2016 era stata posta in congedo per maternità (c.d. astensione obbligatoria);
- l'indennità di maternità era stata corrisposta dall'INPS sino al 16.4.2016 in misura inferiore al dovuto, in quanto erroneamente calcolata assumendo come parametro di riferimento, oltre alla retribuzione base, solo il 50% dell'indennità di volo, anziché il 100% di tutti gli elementi retributivi;
- nella specie sussisteva disparità di trattamento rispetto alle dipendenti che prestano la propria attività a terra e che non percepiscono l'indennità di volo, per le quali l'indennità di maternità è calcolata assumendo come parametro il 100% degli elementi retributivi.

Pertanto, deducendo l'illegittimità della liquidazione, chiedeva la condanna dell'INPS al pagamento dell'importo di € 23.360,47 a titolo di differenza tra quanto dovuto e quanto percepito per il periodo 9.2.2015/8.5.2016.

In via subordinata, la richiesta di condanna era formulata a titolo di risarcimento del danno, sul presupposto che i criteri di liquidazione

dell'indennità adottati dall'INPS erano discriminatori, in violazione della Direttiva 2006/54 art. 2, co. 2, lett. c) e degli artt. 22 e 23 T.U. 151/2001.

Con sentenza n. 133/20 il Tribunale respingeva il ricorso accogliendo l'eccezione di prescrizione annuale di cui al combinato disposto degli artt. 15, co. 5, L. 1204/1971 e art. 6 L. 138/1943, atteso che il termine decorreva dal 9.5.2016, primo giorno successivo al termine del congedo, mentre il ricorso giudiziario era stato proposto il 2.4.2020 e che la soluzione non mutava anche considerando l'atto di diffida 4.6.2018 (del quale, peraltro non vi era prova né della spedizione, né della ricezione da parte dell'INPS).

Con riferimento alla domanda subordinata il Tribunale osservava, in primo luogo, che la ricorrente non aveva promosso lo speciale rito antidiscriminatorio previsto all'art. 38 dal D.Lgs. n. 198 del 2006; in secondo luogo, che in ogni caso l'azione antidiscriminatoria non consentiva di invocare un diverso regime prescrizionale più favorevole.

La lavoratrice proponeva appello chiedendo la riforma della sentenza.

L'INPS si costituiva chiedendo il rigetto dell'appello.

L'udienza di discussione era sostituita dal deposito telematico di note scritte, ai sensi della legislazione emergenziale contro l'epidemia da COVID-19 (art. 221, co. 4, D.L. 34/2020, conv. in L. 77/2020 e successive modifiche e integrazioni) e la causa era decisa come da dispositivo comunicato alle parti.

Con il primo motivo l'appellante lamenta l'errata qualificazione della domanda e sostiene che il Tribunale non ha considerato che, oltre la domanda principale volta ad ottenere il ricalcolo dell'importo dovuto a titolo di indennità di maternità alla luce della corretta applicazione dei criteri di legge, era stata azionata la domanda subordinata diretta ad accertare la discriminatorietà del criterio di calcolo adottato e ad ottenere la condanna, a titolo risarcitorio, al pagamento dell'importo che sarebbe spettato in caso di condotta non discriminatoria.

Con il secondo motivo sostiene l'erroneità della sentenza nella parte in cui ha accolto l'eccezione di prescrizione riferita alla domanda principale, dal momento che tale domanda non ha ad oggetto il «conseguimento della prestazione» come previsto dall'art. 6 L.138/43, bensì l'accertamento dell'illegittimità dei criteri di calcolo adottati dall'INPS e la condanna al pagamento dell'ulteriore importo spettante. In particolare, l'appellante invoca l'applicabilità del principio stabilito da Cass., Sez. un., n. 17742/15, secondo cui in materia di previdenza obbligatoria non si applica la prescrizione quinquennale prevista dall'art. 2948 n. 4 c.c., così come dall'art. 129, RDL n. 1827/1935, perché a tal fine è necessario che il credito del pensionato sia "pagabile", cioè posto a disposizione dell'assicurato, di modo che, ove sia in contestazione l'ammontare del trattamento pensionistico, il diritto alla riliquidazione degli importi è soggetto alla ordinaria prescrizione decennale di cui all'art. 2946 c.c. In base a tali principi, il credito oggetto di causa sarebbe quindi soggetto alla

prescrizione ordinaria, pacificamente non verificatasi.

Una volta esclusa la prescrizione, l'appellante sostiene che la domanda è fondata, atteso che, interpretando gli artt. 22 e 23 D.lgs. n. 151/2001 in modo costituzionalmente orientato, deve essere garantito alla lavoratrice madre quanto più possibile il mantenimento del livello retributivo goduto nel periodo precedente al congedo, includendo quindi nella retribuzione parametro utilizzata come base di calcolo per l'indennità di maternità tutte le voci retributive al 100%, compresa l'indennità di volo.

Il terzo motivo è formulato per il caso di ritenuta applicabilità del termine di prescrizione annuale. L'appellante, dopo aver ribadito che è erronea l'affermazione del Tribunale secondo cui non era stata proposta un'azione per l'accertamento della natura discriminatoria della condotta dell'INPS, sostiene che è errata anche l'affermazione, fatta ad abundantiam dal Tribunale, secondo cui, in ogni caso, tale azione sarebbe preclusa per effetto della intervenuta estinzione del diritto. A dire dell'appellante, all'azione antidiscriminatoria non potrebbe applicarsi la prescrizione di cui all'art. 6 L. 138 del 1943, dovendosi ritenere che l'azione finalizzata all'accertamento di una condotta discriminatoria basata sul sesso sia soggetta alla prescrizione ordinaria.

Ciò premesso, sostiene che la condotta dell'INPS avrebbe dato vita a una discriminazione tra lavoratrici madri dipendenti della stessa azienda, a seconda che svolgano mansioni di assistenti di volo ovvero di terra, posto che per queste ultime nella retribuzione di riferimento

viene preso in considerazione il 100% degli elementi retributivi, mentre per le assistenti di volo viene considerato solo il 50% dell'indennità di volo, con la conseguenza che l'indennità di maternità di queste ultime subisce una decurtazione ingiustificata.

L'appello non è fondato.

Conviene esaminare dapprima il secondo motivo, in quanto relativo alla domanda svolta in via principale, la quale prescinde dalla denunciata natura discriminatoria.

L'art. 15, co. 5, L. 1204/71, nel testo introdotto dall'art. 3, co. 4, L. 53/2000, nel disciplinare le varie indennità che spettano in conseguenza della maternità, prevede che tali indennità «sono corrisposte con gli stessi criteri previsti per l'erogazione delle prestazioni dell'assicurazione obbligatoria contro le malattie dall'ente assicuratore della malattia presso il quale la lavoratrice o il lavoratore è assicurato». Dopo l'abrogazione dell'art. 15 ad opera dell'art. 86 D.lgs. 151/2001, il contenuto della disposizione è stato sostanzialmente confermato dall'art. 22, co. 2, dello stesso D.lgs., secondo cui l'indennità di maternità, comprensiva di ogni altra indennità spettante per malattia, è corrisposta con le modalità di cui all'art. 1, DL 663/79, conv. in L. n. 33/80 «e con gli stessi criteri previsti per l'erogazione delle prestazioni dell'assicurazione obbligatoria contro le malattie».

L'art. 6, ult. co., L. 138/43 (norma ancora in vigore), disciplinando le indennità di malattia, prevede che *«l'azione per conseguire le*

prestazioni, di cui alla presente legge, si prescrive nel termine di un anno dal giorno in cui esse sono dovute».

La Corte di Cassazione ha più volte affermato che il diritto all'indennità di maternità è soggetta al termine annuale di prescrizione ai sensi degli artt. 6 L. 138 del 1943 e 15 L. 1204 del 1971, con la precisazione che la prescrizione matura giorno per giorno, risolvendosi in un complesso di diritti a ratei giornalieri, e decorre dal giorno in cui tali ratei sono dovuti, salvo essere sospesa per i 120 giorni di formazione del silenzio rifiuto di cui all'art. 7 L. 533 del 1973 e per i 180 giorni di formazione del silenzio rigetto previsto dall'art. 46 L. 88 del 1989 (Cass., S.U., 5572/12; Cass. 19364/13; Cass. 24031/17; Cass. 25400/21).

La ricorrente sostiene tuttavia che nel caso in esame la prescrizione annuale non si applicherebbe perché la domanda di pagamento dell'indennità è stata tempestivamente presentata ed è stata anche accolta, discutendosi nella presente fattispecie, non del conseguimento della prestazione, bensì dei criteri di calcolo e del diritto alle differenze.

La tesi non convince.

Non vi sono elementi per ritenere l'esistenza di un doppio regime di prescrizione per il medesimo credito: una prescrizione speciale per la domanda volta ad ottenere la concessione del trattamento di indennità e una prescrizione ordinaria per le differenze di trattamento cui l'interessata ritiene di avere diritto. Ed invero, in mancanza di norme speciali, sarebbe irrazionale assoggettare al termine breve la domanda

vertente sull'oggetto principale della pretesa (il diritto al trattamento) e al termine ordinario la domanda avente ad oggetto il credito accessorio a differenze di trattamento (ed invero, in pratica, si tratta di stabilire se la ricorrente ha diritto ad un'integrazione dell'indennità di maternità).

Trattandosi di due fattispecie completamente diverse, non è pertinente il richiamo alla giurisprudenza in materia di prescrizione nei casi in cui sia in contestazione l'ammontare del trattamento pensionistico e il pensionato rivendichi, sulla base di una riliquidazione del trattamento, differenze sui ratei di pensione. Questa è infatti una fattispecie completamente diversa, nella quale il legislatore, a fronte di un diritto alla prestazione (la pensione) imprescrittibile, ha sentito l'esigenza di disciplinare la prescrizione dei ratei e delle differenze dovute a riliquidazione, prima con l'art. 129 RDL 1827/1935 e successivamente con l'art. 47-bis DPR 639/1970, introdotto dall'art. 38 del D.L. 6.7.2011, conv. in L. 111/2011.

In definitiva, poiché è pacifico in causa che la prescrizione annuale si è in ogni caso verificata (anche tenendo conto della sospensione per complessivi 300 giorni), la domanda principale è infondata.

Il primo e il terzo motivo, essendo relativi alla domanda subordinata, possono essere esaminati congiuntamente.

I motivi non sono fondati.

Anche volendo ritenere che con la domanda subordinata la lavoratrice abbia promosso nelle forme ordinarie di cui all'art. 442 c.p.c.

un'azione di accertamento della natura discriminatoria della condotta tenuta dall'INPS (ed invero, l'art. 38 D.lgs. 198/2006, nel disciplinare lo speciale procedimento avverso le discriminazioni fa salva l'esperibilità dell'azione ordinaria), risulta condivisibile la sentenza nella parte in cui ha affermato che, in ogni caso, l'azione contro la discriminazione non potrebbe comunque essere accolta essendosi prescritto il diritto all'indennità, ancorché richiesta a titolo di risarcimento danni.

Tale questione è stata decisa da questa Corte con la sentenza n. 14/22 alla cui motivazione ci si richiama integralmente.

La lavoratrice ha chiesto di «*accertare e dichiarare che l'erogazione della predetta indennità di maternità nei termini censurati costituisce comportamento discriminatorio anche ai sensi del D.Lgs. n. 198/2006 e della Direttiva 54/2006*» e conseguentemente, «*accertata l'illegittimità e la discriminatorietà del criterio di calcolo adottato... dichiarare il diritto della ricorrente al risarcimento del danno*», condannando l'INPS al pagamento della differenza spettante.

Il fatto generatore della pretesa azionata è dunque identificato dalla lavoratrice nella discriminazione di genere che ella avrebbe subito a causa dell'effetto, oggettivo, che la liquidazione dell'indennità di maternità con i criteri a suo dire non corretti utilizzati dall'Inps, avrebbe prodotto nella sua sfera giuridica di donna lavoratrice e madre, essendosi vista attribuire durante il periodo di congedo per maternità, un trattamento economico peggiore.

Il petitum domandato però, al fine di ottenere il ristoro dei danni

causati dalla prospettata discriminazione, è stato individuato nella differenza tra quanto avrebbe dovuto percepire a titolo di indennità di maternità, se questa fosse stata calcolata secondo i criteri corretti, e quanto ha in realtà percepito per il medesimo titolo e secondo i differenti criteri di calcolo seguiti dall'Inps.

Se questo è il contenuto della domanda, è indubbio che, a prescindere dalla prospettata esistenza della discriminazione, il bene della vita rivendicato dalla lavoratrice è esattamente coincidente con quello che la dipendente (e più in generale qualsiasi dipendente nelle sue condizioni), avrebbe potuto ottenere proponendo l'azione di adempimento della prestazione previdenziale, o meglio sarebbe dire, di corretto adempimento della prestazione previdenziale.

Pertanto, mutatis mutandis, la domanda, sia pure fondata sulla discriminazione, resta comunque diretta ad ottenere l'indennità di maternità nella misura di legge, ragion per cui non può che soggiacere alle stesse regole che valgono per l'azione di adempimento di detta prestazione previdenziale, prima tra tutte quella della prescrizione del diritto.

Né incide su questa conclusione il fatto che, per lo specifico fattore di protezione rappresentato dalla condizione di gravidanza o di puerperio, si sia in presenza di una discriminazione diretta, basata sul sesso, in relazione alla quale non viene in rilievo il *tertium comparationis* (per l'evidente ragione che, quanto meno per quanto riguarda il periodo di gravidanza, solo le donne possono restare incinte), atteso che la tenuta del principio va valutata comparando la

posizione di chi rivendica l'adempimento di trattamenti previdenziali analoghi, seppure con contenuto e funzione parzialmente diversi, ma sottoposti allo stesso regime prescrizione e decadenziale (come ad esempio, l'indennità di malattia).

Diversamente ragionando, risulterebbe alterata proprio la finalità della tutela della discriminazione, finalità che è quella di garantire al soggetto del gruppo sfavorito lo stesso trattamento riservato alle persone della categoria privilegiata, non certo di attribuirgli vantaggi che produrrebbero, a ben vedere, uno squilibrio al contrario (arrivando addirittura al paradosso che l'assistente di volo che agisce con l'azione ordinaria di adempimento per ottenere la corretta quantificazione dell'indennità di maternità, si vede respingere la domanda per l'intervenuta prescrizione del diritto, laddove l'assistente di volo che versa nelle stesse identiche condizioni e fa valere l'illegittimità della determinazione dell'indennità di malattia per le stesse identiche ragioni, ottiene il riconoscimento dello stesso diritto, soltanto facendo valere il carattere discriminatorio della non corretta quantificazione dell'indennità di maternità, perché in questo caso il diritto sarebbe sottratto alla prescrizione; ovvero, arrivando ad un altro paradosso ancora, che qualora sia l'assistente di volo padre ad usufruire del congedo per paternità, questi ha quale unica strada da seguire per ottenere il corretto calcolo della relativa indennità, quella della richiesta diretta della prestazione e quindi, a parità di condizioni con l'assistente di volo madre, si vede sempre respinta la domanda di corretta determinazione della relativa indennità per prescrizione del

relativo diritto, quando l'assistente di volo madre, pur versando nelle sue identiche condizioni, potrebbe agire con l'azione di discriminazione e per questa via ottenere il riconoscimento del diritto, ancorché prescritto).

Né l'equivalente della prestazione prescritta può recuperarsi sotto forma di risarcimento del danno da discriminazione, poiché così facendo, anzitutto, si aggirerebbe e vanificherebbe completamente un sistema normativo, quello dettato dal legislatore in materia di decadenza e prescrizione, posto a salvaguardia di un'esigenza primaria qual è quella della certezza del diritto.

In secondo luogo, quand'anche fosse configurabile la discriminazione, la rimozione degli effetti discriminatori non potrebbe spingersi al punto di rendere inapplicabili norme di legge, rendendo imprescrittibili diritti che per legge soggiacciono a questa causa estintiva (dovuta, tra l'altro, all'inerzia del titolare del diritto).

In terzo luogo, a ben vedere, una volta che il diritto si è estinto per il maturarsi della prescrizione e ciò sia avvenuto prima dell'esercizio dell'azione di discriminazione, non vi sarebbe alcun effetto pregiudizievole da rimuovere, perché la paventata discriminazione riguarderebbe un diritto che non è più parte del patrimonio giuridico della vittima dell'asserita discriminazione.

La giurisprudenza di legittimità anche in ambiti diversi, seppure sempre in materia di discriminazione, è giunta alle stesse conclusioni qui condivise. Così, con riferimento alle controversie in cui veniva in rilievo la domanda, fondata sul principio di non discriminazione, di

dipendenti assunti a tempo determinato che avevano richiesto di beneficiare della medesima progressione economica dei lavoratori comparabili ossia di quelli assunti a tempo indeterminato, e ove era in discussione l'applicazione del termine, decennale o quinquennale di prescrizione, da valutare in relazione alla natura, risarcitoria o retributiva, dell'azione proposta, ha affermato che la pretesa che il singolo aveva fatto valere (nel rivendicare le stesse condizioni di impiego previste per il lavoratore comparabile), partecipava della medesima natura del beneficio al quale si riferiva l'azione. Pertanto, essendo la denunciata discriminazione relativa a pretese retributive, la domanda con la quale si rivendicava, sulla base del principio di non discriminazione, il trattamento ritenuto di miglior favore, andava pur sempre qualificata come domanda di adempimento contrattuale, in quanto tale assoggettata alle medesime regole previste per la domanda che l'assunto a tempo indeterminato avrebbe potuto, in ipotesi, azionare qualora quella stessa obbligazione non fosse stata correttamente adempiuta (cfr.Cass.12443/2020, in motivazione).

Corollario di questo principio è stata l'applicabilità del termine di prescrizione proprio dell'obbligazione non adempiuta.

In definitiva, concludendo un punto, deve ritenersi che, diversamente da quanto sostenuto dall'appellante, anche nell'ambito di un'azione contro la discriminazione di genere, quando il petitum della domanda coincida con il riconoscimento del diritto che si reputa leso dalla prospettata discriminazione, operi la prescrizione applicabile alla corrispondente azione di adempimento.

Ne deriva che anche alla domanda subordinata si applicazione la prescrizione annuale di cui all'art.6 della L.138/1943.

In conclusione, l'appello è infondato.

L'esistenza di pronunce di merito favorevoli alla tesi della natura discriminatoria del criterio di calcolo dell'indennità, consente la compensazione delle spese di lite.

Il Collegio dà atto, ai fini del pagamento del contributo previsto dall'art. 1, co. 17, legge 228/12, che l'appello è stato integralmente rigettato.

PQM

respinge l'appello avverso la sentenza n. 133/20 del Tribunale di Mantova e compensa le spese del grado.

Brescia, 20 gennaio 2022

Il Presidente est.
dott. Antonio Matano