

N. R.G. 762/2021



**REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
CORTE DI APPELLO DI BOLOGNA
SEZIONE LAVORO**

SENTENZA N. <u>818/2022</u>
Depositata il <u>- 9 DIC. 2022</u>
R.G. n. <u>762/21</u> Cron. n. <u>2920/22</u>

La Corte, composta dai sigg. magistrati:
dott. Carlo Coco Presidente
dott. Valeria Vaccari Consigliere rel.
dott. Marcella Angelini Consigliere

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nella causa di II Grado iscritta al n. r.g. **762/2021** promossa da:

I.N.P.S. (C.F. 80078750587), con sede in Roma, in persona del legale rappresentate pro tempore, rappresentato e difeso per procura generale alle liti dall'avv. VESTINI RENATO, dall'avv. LAMANNA ANTONELLO, dall'avv. LEZZI ROBERTA, dall'avv. LUPOLI MARIA GIUSEPPINA, dall'avv. CIARELLI ANNA PAOLA e dall'avv. MANZI ORESTE ed elettivamente domiciliato BOLOGNA via GRAMSCI 6 presso la SEDE PROVINCIALE INPS

APPELLANTE

contro

LORENA BEATRIZ BURGOS (C.F. BRGLNB76B60Z600F)

APPELLATA CONTUMACE

CONCLUSIONI

Conclusioni di parte appellante come da pag. 5 del ricorso in appello

MOTIVI DELLA DECISIONE

Con ricorso proposto innanzi al Tribunale di Forlì, Sezione Lavoro, ai sensi dell'art. 38 del D. Lgs. n. 198 del 2006, Burgos Lorena Beatriz conveniva in giudizio l'INPS per l'accertamento della sussistenza a suo danno di una discriminazione di genere ai sensi dell' artt. 25 del predetto D.Lgs. 198 del 2006 (Codice delle pari opportunità tra uomo e donna).

In particolare, l'allora ricorrente, premesso di lavorare alle dipendenze della Eurofly Spa (oggi Air Italy spa) dal 19.4.2005 con contratto di lavoro subordinato, a tempo parziale dal 1.2.2009, con la qualifica di assistente di volo e di aver beneficiato, tra il 9.5.2011 e il 30.5.2012, del periodo di congedo per maternità, lamentava di aver percepito l'indennità di maternità per un ammontare notevolmente inferiore rispetto a quanto previsto dalla normativa vigente, e ciò in quanto il resistente non aveva

pagina 1 di 6

computato per intero nella base di calcolo la voce retributiva c.d. indennità di volo, con condotta integrante una ipotesi di discriminazione.

Su tale premessa, la lavoratrice domandava che fosse accertato e dichiarato che l'erogazione operata dall'ente previdenziale dell'indennità di maternità in favore della ricorrente per il periodo 9.5.2011/30.5.2012, in misura inferiore a quella di legge, costituiva comportamento discriminatorio e per l'effetto ordinare ad Inps, in persona del legale rappresentante pro tempore, di eliminarne gli effetti nonché condannarlo al pagamento a titolo di risarcimento del danno subito di un importo pari ad € 3.318,16, ovvero, in subordine, la maggiore o minor somma ritenuta di giustizia. Con rivalutazione monetaria e interessi dal dovuto al saldo.

Si costituiva in giudizio l'INPS eccependo l'incompetenza per territorio del giudice adito e l'inammissibilità della domanda per intervenuta decadenza dall'azione di riliquidazione dell'indennità ex art. 47 D.P.R. 639/70, la assenza di domanda amministrativa e l'infondatezza nel merito della pretesa, in assenza di ogni condotta discriminatoria.

Il Tribunale di Forlì, Sezione Lavoro con decreto del 18/2/2021 accoglieva il ricorso. Disattese le eccezioni preliminari, quanto al merito asseriva concretata una discriminazione diretta connessa al fattore sessuale, sull'assunto che, qualora il pregiudizio arrecato ad una donna fosse connesso con lo stato di gravidanza o con l'esercizio dei diritti legati alla maternità, ella era da considerarsi vittima di una discriminazione basata sul sesso rimanendo irrilevante l'elemento soggettivo dell'autore della condotta censurata, operando la discriminazione sul mero piano dell'oggettività delle circostanze. Assumeva quindi dovuto il risarcimento del danno da commisurarsi sulla differenza tra quanto sarebbe stato percepito per il titolo e per il periodo sopra indicati e quanto effettivamente percepito, per un importo finale di € 3.318,16, oltre interessi legali sugli importi mensilmente dovuti da ogni singola scadenza al soddisfo.

Avverso il predetto decreto proponeva opposizione INPS avanti al Tribunale di Rimini.

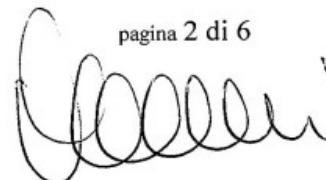
Eccepiva l'insussistenza del comportamento discriminatorio, l'insussistenza dell'attualità di tale comportamento, l'insussistenza delle ragioni di urgenza per lo strumento giuridico adottato, l'intervenuta decadenza annuale ex art. 47 D.P.R. n. 639/1970, in subordine l'intervenuta prescrizione del diritto alla indennità di maternità sempre su base annuale, l'insussistenza dei presupposti ex art. 38 D. Lgs. 198/2006 con difetto delle condizioni di urgenza.

Concludeva chiedendo, previa revoca del decreto, la declaratoria di inammissibilità dell'azione ex art. 38 del D. Lgs. 198/2006 per difetto dei presupposti, l'inammissibilità della domanda per decadenza e l'infondatezza della domanda nel merito per intervenuta prescrizione del diritto e del credito, l'infondatezza della domanda in fatto e in diritto.

Si costituiva in giudizio Burgos Lorena Beatriz la quale chiedeva respingersi le opposte domande instando per la conferma del decreto, rinnovava quindi le domande proposte con il ricorso ex art. 38 cit. Osservava la ricorrenza del comportamento discriminatorio laddove ex art. 25 comma 2 bis del D. Lgs 198/2006 ricorreva la discriminazione per ogni trattamento meno favorevole in ragione dello stato di gravidanza o in collegamento al congedo per maternità come nel caso di specie ravvisabile, la non applicabilità della decadenza e della prescrizione stante la domanda discriminatoria introdotta differente per causa petendi e petitum da quella previdenziale, la differente natura del risarcimento del danno rispetto alla prestazione previdenziale non resa, l'erroneità della interpretazione adottata da INPS ai sensi degli artt. 22 e 23 D. Lgs 151/2001 per la determinazione della retribuzione parametro da calcolarsi su tutte le variabili connesse all'effettiva attività di volo, la non applicabilità del requisito della attualità della condotta quantomeno con riferimento alla domanda risarcitoria.

Il Tribunale di Forlì, senza esperimento di attività istruttoria, respingeva l'opposizione.

Richiamava la sentenza della Corte d'Appello di Milano n.709/21 ai sensi dell'art. 118 disp. att. c.p.c. riportando in particolare il seguente passaggio ritenuto risolutivo a superare l'unica obiezione alla possibilità di accoglimento della domanda *"Al riguardo la Corte di Cassazione a Sezioni Unite (sia pur con riferimento a fattispecie discriminatoria differente -rito speciale ex art.44 D.Lgs.286/1998) ha*



avuto modo di affermare che “In presenza di normative che, al fine di garantire parità di trattamento, in termini particolarmente incisivi e circostanziati, e correlativamente vietare discriminazioni ingiustificate, con riferimento a fattori meritevoli di particolare considerazione sulla base di indicazioni costituzionali o fonti sovranazionali, articolano in maniera specifica disposizioni di divieto di determinate discriminazioni e contemporaneamente istituiscono strumenti processuali speciali per la loro repressione, affidati al giudice ordinario, deve ritenersi che il legislatore abbia inteso configurare, a tutela del soggetto potenziale vittima delle discriminazioni, una specifica posizione di diritto soggettivo, e specificamente un diritto qualificabile come ‘diritto assoluto’ in quanto posto a presidio di una area di libertà e potenzialità del soggetto, rispetto a qualsiasi tipo di violazione della stessa”.

Rilevava inoltre “che la tutela antidiscriminatoria è finalizzata alla tutela di una posizione di diritto soggettivo (ad una certa prestazione, nel caso di specie), cui accede, così che l'impossibilità per varie ragioni (decadenza, prescrizione) di far valere in giudizio il diritto alla prestazione non potrebbe che ostare alla possibilità di ottenere, nel giudizio antidiscriminatorio, una tutela ripristinatoria (rimozione degli effetti della condotta censurata) riferita ad una posizione non più esistente o riconoscibile in giudizio.

Il discorso viene meno, dunque, seguendo l'orientamento che consente di configurare il diritto alla tutela antidiscriminatoria quale posizione soggettiva autonoma, avente ad oggetto l'interesse in sé al “presidio di una area di libertà e potenzialità del soggetto, rispetto a qualsiasi tipo di violazione della stessa”.

Avverso la predetta sentenza proponeva appello INPS.

Col primo motivo lamentava abuso del diritto e violazione degli artt. 1175 c.c. e 2 Cost. rilevando come le domande proposte non avrebbero potuto trovare accoglimento in ragione dell'utilizzo di uno strumento diverso da quello legalmente previsto, con elusione dei termini di prescrizione e decadenza.

Ribadiva le eccezioni già proposte nei precedenti gradi e fasi con riferimento al decorso della decadenza annuale ex art. 47 D.P.R. 639/70 e della prescrizione breve annuale, con correlata estinzione del diritto e del relativo diritto di azione e inammissibilità della azione intentata, la non ricorrenza dei presupposti ex art. 38 D. Lgs. 198/2006, oltre che l'insussistenza nel merito di azioni discriminatorie.

Col secondo motivo deduceva in ogni caso erroneità della sentenza nel merito, per aver riconosciuto la domanda di parte ricorrente nella insussistenza dei presupposti in fatto e in diritto di tale pretesa, ribadendo la correttezza del calcolo come operato dall'Istituto.

Concludeva chiedendo, in riforma della sentenza impugnata, la declaratoria di inammissibilità dell'azione ex art. 38 del D. Lgs. n. 198/2006 per carenza dei presupposti di legge, ovvero di inammissibilità della domanda per decadenza ovvero di infondatezza della domanda nel merito per intervenuta prescrizione del diritto e del credito richiesto ovvero dichiarando di infondatezza della domanda in fatto ed in diritto.

Burgos Lorena Beatriz, ancorché ritualmente citata, non si costituiva e ne era quindi dichiarata la contumacia.

Orbene questa Corte ha già affrontato funditus la tematica in esame, in senso sfavorevole alla prospettazione della parte odierna ricorrente / appellante, in fattispecie speculare ovvero sovrapponibile, con le sentenze emesse nei proc. n. 220 e 779 / 2021 – nelle quali, fra l'altro, si dà atto che “Questa Corte d'appello, in recepimento della prospettazione dell'INPS, ritiene che la corretta applicazione del principio di diritto fissato dalla Suprema Corte comporti l'individuazione della reale natura del diritto fatto valere dalla ricorrente, al di là della qualificazione meramente formale da questa suggerita: se è vero che la Magri non agisce in questa sede con espressa domanda di condanna al pagamento dell'indennità di maternità non integralmente versata, ma avanza una diversa domanda di condanna alla rimozione degli effetti della discriminazione asseritamente patita, è altresì vero che non muta per ciò solo la natura del diritto conseguenziale fatto valere, del bene della vita che si mira ad ottenere con la pronuncia giudiziale.



Nel concreto, le due domande sono certamente accomunate dallo stesso petitum mediato, ovvero la somma di denaro che costituisce il bene della vita richiesto.

Nel caso in esame, in sostanza, sub specie di "rimozione degli effetti" e di "riparazione pecuniaria" si mira ad ottenere una specifica prestazione previdenziale o, meglio, l'integrazione di quanto parzialmente liquidato a titolo di prestazione previdenziale dall'INPS: in ciò e non in altro si sostanzia la pretesa azionata dalla lavoratrice.

Così circoscritto l'oggetto della domanda ripristinatoria avanzata dalla ricorrente, non può non venire in rilievo la disciplina della decadenza prevista dall'art. 47 del D.P.R. 639 / 1970 con riferimento al diritto all'integrale pagamento delle prestazioni previdenziali spettanti ex lege. Detta norma prevede che, esauriti i ricorsi in via amministrativa, l'azione dinanzi all'autorità giudiziaria per le controversie in materia di prestazioni della gestione di cui all'art. 24 della legge n. 88 / 1989 possa essere proposta, a pena di decadenza, entro il termine di un anno "dalla data di comunicazione della decisione del ricorso pronunciata dai competenti organi dell'Istituto o dalla data di scadenza del termine stabilito per la pronuncia della predetta decisione, ovvero dalla data di scadenza dei termini prescritti per l'esaurimento del procedimento amministrativo, computati a decorrere dalla data di presentazione della richiesta di prestazione" e che "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".

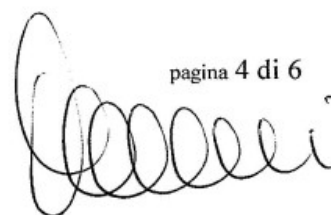
Va quindi posto l'accento sul dato letterale del co. 6 dell'art. 47, laddove si parla genericamente di azioni giudiziarie che abbiano ad oggetto l'adempimento di prestazioni previdenziali che siano state riconosciute solo in parte o il pagamento di accessori del credito.

La decadenza, peraltro, è istituto giuridico teso alla certezza dei rapporti giuridici che, in materia previdenziale, assume natura e valenza non solo processuale ma altresì sostanziale di ordine pubblico. Invero, "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 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" (v. Cass. n. 28639 / 2018).

Per l'effetto, il decorso del termine di decadenza, oltre ad impedire l'esperimento dell'azione, estingue in radice lo stesso diritto di cui si chiede l'affermazione in giudizio.

In virtù dell'art. 6 della legge n. 138 / 1943, poi, il diritto all'indennità di maternità è in ogni caso soggetto al termine annuale di prescrizione.

La considerazione dell'intero quadro normativo che viene in rilievo nella fattispecie in esame comporta che non possano avere effetto sul diritto soggettivo inciso dalla decadenza sostanziale le opzioni processuali del creditore rimasto per lungo tempo inattivo, né pare ammissibile che la scelta di una diversa prospettazione o qualificazione sul piano processuale (nello specifico, la scelta di agire in primo luogo per l'accertamento della discriminazione e, quindi, per la rimozione degli effetti) possa impedire di incorrere nella decadenza che sarebbe stata inderogabilmente e ineludibilmente accertata qualora si fosse agito altrimenti. Infatti, l'evento lesivo dedotto in giudizio discende unicamente dal rapporto previdenziale sottostante, e in assenza di esso non si sarebbe prodotto: vale a dire che il diritto di credito in capo alla lavoratrice esisteva prima e a prescindere dall'accertamento della condotta discriminatoria, trovando origine nel rapporto previdenziale esistente tra le parti a far data dal costituirsi del rapporto lavorativo, e poteva essere validamente azionato nel pieno rispetto dei termini di decadenza e prescrizione previsti.



Si controverte qui, sostanzialmente, su di un inadempimento parziale, e il dedotto permanere degli effetti di questo non è un requisito diverso da quelli stabiliti per la tutela del diritto di credito in via ordinaria. (...) Non vi è alcun nesso di causalità, dunque, tra la dedotta discriminazione, pure sussistente in astratto, ed invece la perdita del diritto lesa, che è stata determinata dall'inattività della parte. (...) Non vi è alcun nesso di causalità, dunque, tra la dedotta discriminazione, pure sussistente in astratto, ed invece la perdita del diritto lesa, che è stata determinata dall'inattività della parte".

L'avviso espresso da questa Corte territoriale ha ricevuto l'autorevole avallo della Suprema Corte di cassazione che, con sentenza n. 25400 / 2021, pronunciando in ordine al medesimo contenzioso e in presenza di domanda attorea sovrapponibile a quella in esame, ha puntualizzato che "7. Il fatto generatore della pretesa azionata in giudizio è identificato dalla lavoratrice nella "discriminazione di genere", per l'effetto, oggettivo, che la liquidazione dell'indennità di maternità, in base ai criteri seguiti dall'ente previdenziale, ha prodotto nella sua sfera giuridica, di donna lavoratrice, cui è stato attribuito, durante il periodo di gravidanza obbligatorio, un trattamento economico deteriore.

8. A fronte di tale prospettazione, però, il petitum domandato, per rimuovere la situazione di svantaggio, e riconosciuto dai giudici di merito, è stato individuato nella differenza economica, tra quanto erogato a titolo di indennità di maternità dall'ente previdenziale in base a determinate modalità di calcolo, e quanto ritenuto dovuto, in base alla disciplina di legge, secondo diversi criteri di computo.

9. Così stando le cose, deve convenirsi con l'INPS nel ritenere che, a prescindere dal rito intrapreso, il bene della vita rivendicato è esattamente coincidente con quello che la dipendente (recte: un dipendente qualsiasi) avrebbe potuto ottenere intraprendendo un'azione di adempimento dell'obbligazione previdenziale.

10. Questa Corte, sia pure in ambito diverso, ha esaminato una questione analoga 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 ovvero di quelli assunti a tempo indeterminato. Era, dunque, in discussione l'applicazione del termine, decennale o quinquennale, di prescrizione da valutare in relazione alla natura, risarcitoria o retributiva, della proposta azione.

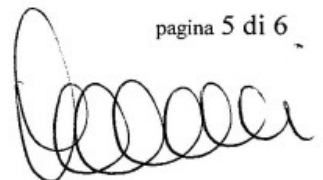
10.2. La Corte, dopo aver ricordato l'efficacia immediatamente precettiva, nell'ordinamento italiano, della clausola 4 dell'Accordo Quadro sul lavoro a tempo determinato allegato alla Direttiva 1999/70/CE del 18.3.1999 e richiamata a fondamento della domanda, ha osservato come la pretesa che il singolo aveva fatto valere, nel rivendicare le stesse condizioni di impiego previste per il lavoratore comparabile, "partecipa(va) della medesima natura della condizione (id est: del beneficio) al(la) quale l'azione si riferi(va)".

Pertanto, essendo la denunciata discriminazione relativa a pretese retributive, la domanda con la quale si rivendicava 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 (v. Cass. n. 12443 del 2020, in motiv. p.p. 5 e ss.; seguita, tra le altre, da Cass. n. 12503 del 2020, p.p. 30 e ss., e Cass. n. 15352 del 2020, in motiv., p.p. 23 e ss).

10.3. Come logico corollario ha ritenuto applicabile il termine di prescrizione proprio dell'obbligazione non adempiuta.

11. Nel caso in esame, la denunciata discriminazione è riferita ad un trattamento previdenziale che, in base alle norme di diritto interno (v. Cass. n. 11414 del 2018, Cass. n. 27552 del 2020), è dovuto nell'esatta misura richiesta dalla lavoratrice, come rimedio alla denunciata condizione di svantaggio.

12. Pertanto, mutatis mutandis, la domanda, sia pure fondata sulla discriminazione, resta comunque diretta ad ottenere l'indennità di malattia nella misura di legge, ragion per cui non può che soggiacere alle medesime regole che valgono per l'azione di adempimento di detta prestazione previdenziale.



13. Non deve suggestionare il fatto che, per lo specifico fattore di protezione rappresentato dalla condizione di gravidanza, si è 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 solo le donne sono in grado di rimanere incinte: v. CGUE, C-177/88, Dekker del 14 Novembre 1989 e CGUE, C-179/88 Hoejesteret dell'8 novembre 1990).

14. La tenuta del principio va infatti valutata comparando la posizione di chi rivendica l'adempimento di trattamenti previdenziali analoghi, seppure con contenuto e funzione parzialmente diversi, ma sottoposti ad altrettanti e precisi regimi prescrizionali e decadenziali (v., per esempio, l'indennità di malattia). Diversamente ragionando, risulterebbe alterata proprio la finalità della tutela contro la 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.

16. In definitiva, la Corte di appello, seppure nell'ambito del procedimento attivato contro le discriminazioni di genere, avrebbe dovuto esaminare l'eccezione di prescrizione annuale, della L. n. 138 del 1943, ex art. 6, applicabile all'azione di adempimento dell'indennità di malattia: non facendolo, è incorsa nel denunciato errore di diritto".

In conclusione l'appello deve essere accolto in relazione ai predetti profili con assorbimento delle altre questioni proposte.

La non univocità degli indirizzi giurisprudenziali espressi in ordine alle questioni salienti di causa e l'esito del giudizio in rapporto all'articolazione di domande ed eccezioni delle parti giustifica la compensazione delle spese ai sensi dell'art. 92, co. 2, c.p.c., come riformulato con sentenza n. 77/2018 della Corte costituzionale.

P.Q.M.

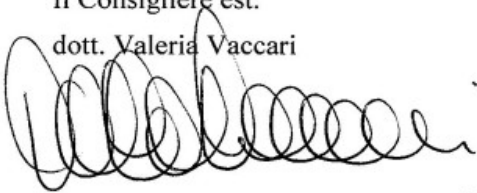
La Corte, ogni contraria istanza disattesa e respinta, definitivamente decidendo,
in riforma della sentenza del Tribunale di Forlì n. 251/2021 pubblicata il 3/11/2021;
respinge la domanda proposta in primo grado da Burgos Lorena Beatriz.

Compensa integralmente fra le parti le spese processuali.

Bologna, 29/11/2022

Il Consigliere est.

dott. Valeria Vaccari



(minuta depositata il 6/12/2022)

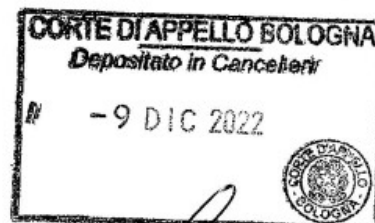
Il Presidente

dott. Carlo Coco



IL FUNZIONARIO GIUDIZIARIO

Dott. Germano Virzi



IL FUNZIONARIO GIUDIZIARIO

Dott. Germano Virzi

pagina 6 di 6