

N. R.G. 224/2020



REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
TRIBUNALE ORDINARIO di NOVARA

Il Giudice dott. Annalisa Boido, in funzione di Giudice del lavoro,
all'esito della camera di consiglio, pronuncia la presente sentenza contestuale ex art.
429, co. 1 c.p.c.,

nella causa di I Grado iscritta al n. r.g. **224/2020** promossa da:

con il patrocinio dell'avv.
NYRANNE MOSHI, dell'avv. DANIELA PALMIERI e dell'avv. IVAN ASSAEL, elettivamente
domiciliata presso lo studio dell'Avv. Nyranne Moshi in Milano in Via Carducci 31,

RICORRENTE

contro

ISTITUTO NAZIONALE PREVIDENZA SOCIALE (C.F. 02121151001), in persona del
Presidente *pro tempore*, con il patrocinio dell'avv. FRANCO PASUT, elettivamente
domiciliato in Novara, Corso della Vittoria 8 nell'ufficio legale dell'INPS presso l'Avv.
Franco Pasut

RESISTENTE

Oggetto: indennità di maternità

CONCLUSIONI

Le parti hanno concluso come da verbale dell'odierna udienza

Concisa esposizione delle ragioni di fatto e di diritto della decisione

Con ricorso proposto ai sensi dell'art. 442 c.p.c., depositato in data 5.5.2020,
ha convenuto in giudizio l'INPS esponendo di essere dipendente della
compagnia aerea dal 1.12.2007, con mansioni di assistente di volo; di avere
beneficiato, tra il 17.11.2010 – sulla base di provvedimento della Direzione del Lavoro di
Varese, che ha disposto la maternità anticipata con tale decorrenza - e il 9.1.2012, di
periodo di congedo per maternità, percependo la relativa indennità per un ammontare
notevolmente inferiore rispetto a quanto previsto dalla normativa vigente; che il calcolo
effettuato per la liquidazione dell'indennità di maternità è stato effettuato sui criteri a
suo tempo specificati da IPSEMA nella circolare 10/2006, poi applicati anche dall'INPS,

pagina 1 di 14



sulla base dell'imponibile previdenziale riferito al mese precedente l'evento di maternità; che, tenendo conto invece della retribuzione mensile globale di fatto percepita dalla ricorrente nel mese antecedente a quello in cui ha avuto inizio il congedo, e tenuto conto dell'aumento della retribuzione dovuto ad uno scatto di anzianità intervenuto dal 9/4/2011, la ricorrente avrebbe dovuto percepire nel complesso, per l'intero periodo di maternità, a titolo di indennità, una maggior somma pari a € 9.034,94.

In via subordinata o alternativa la ricorrente, rilevato che la retribuzione delle assistenti di volo subisce notevoli oscillazioni sulla base dell'effettiva prestazione resa in ciascun mese, a causa dell'oscillazione degli elementi variabili della retribuzione, ha proposto il ricalcolo dell'indennità di maternità tenendo conto non solo dell'ultima busta paga precedente il periodo di congedo, ma della retribuzione globale mensile media percepita nell'anno precedente alla maternità, quantificando in tal caso la maggior somma, di cui chiede il pagamento, in € 11.263,74 lordi.

La ricorrente, infine, ha ravvisato nella erogazione dell'indennità di maternità in misura inferiore a quella di legge, in violazione degli artt. 22 e 23 T.U. 151/2001, la realizzazione ai propri danni di una condotta discriminatoria da parte dell'Inps, in base alla definizione dell'art. 25 del codice delle pari opportunità e alla luce della giurisprudenza della Corte di Giustizia secondo cui qualsiasi trattamento sfavorevole nei confronti delle donne in relazione allo stato di gravidanza o alla maternità costituisce una discriminazione diretta fondata sul sesso in relazione alle direttive europee 2002/73 e 2006/54.

Parte ricorrente ha dunque domandato che, accertata la condotta discriminatoria posta in essere dall'INPS per violazione degli artt. 22 e 23 T.U. 151/2001 sia nella fase di liquidazione sia in quella di erogazione dell'indennità di maternità, ai fini della rimozione degli effetti della condotta discriminatoria e comunque in applicazione dei principi di diritto richiamati nel ricorso, sia ordinato all'INPS il ricalcolo dell'indennità di maternità spettante alla ricorrente secondo i criteri di cui agli artt. 22 e 23 T.U. 151/2001, con conseguente condanna dell'Istituto alla corresponsione delle differenze retributive quantificate in € 9.034,94 o alla differente somma, maggiore o minore, ritenuta equa e di giustizia, ovvero, in via subordinata e/o alternativa, alla corresponsione delle differenze risultanti dal calcolo avvenuto sulla base della retribuzione globale media, quantificate in € 11.263,74 lordi, in ogni caso oltre rivalutazione e interessi dalle singole scadenze al saldo.

Si è regolarmente costituito l'INPS, che ha eccepito la propria carenza di legittimazione passiva, trattandosi di domanda di prestazione antecedente al 2014, in ragione della soppressione dell'IPSEMA dal 31 luglio 2010, avvenuta con la legge 30 luglio 2010, n. 122 di conversione del d.l. 31 maggio 2010, n. 78, e della successiva confluenza di tutte le attività della stessa nell'INAIL; ha eccepito l'intervenuta prescrizione previdenziale di un anno prevista dall'art. 6, ultimo comma, della l. n. 138/1943 per l'azione volta a conseguire l'indennità di maternità, nonché l'intervenuta decadenza dell'azione giudiziaria relativa alla prestazione sottostante prevista dall'art. 4 del D.L. 19.9.92 n. 384, convertito dalla legge 14.11.92 n.438, in combinato disposto con l'art. 47 del



D.P.R. 30 aprile 1970 n.639; ha contestato la natura discriminatoria della liquidazione dell'indennità di maternità, avvenuta sulla base di parametri normativi; nel merito, ha ribadito la correttezza dei criteri di liquidazione applicati nel calcolo dell'indennità di maternità corrisposta alla ricorrente, rilevando, in particolare, come dalla lettura combinata degli artt. 22 e 23 del d. lgs. n. 151/2001 e dell'art. 12, co. 10 della l. n. 153/1969, nonché dalle indicazioni fornite dal Ministero del lavoro nell'Interpello n. 63/2008, risulti che la retribuzione da considerarsi ai fini del computo dell'indennità di maternità coincide con la retribuzione imponibile del periodo mensile o quadrisettimanale immediatamente precedente all'ingresso in maternità, il che comporta che la retribuzione media globale giornaliera debba essere determinata assumendo a base di calcolo per il 100% la sola retribuzione base e che siano computate al 50 % l'indennità di volo e le altre indennità variabili; infine, ritenuto sussistente in materia un litisconsorzio necessario, ha chiesto l'integrazione del contraddittorio nei confronti del datore di lavoro.

La causa, istruita sulla base della documentazione prodotta dalle parti, è giunta alla discussione all'odierna udienza e viene decisa con la presente sentenza contestuale.

1.

Va preliminarmente ribadita la valutazione, già espressa in corso di causa, circa la corretta instaurazione del contraddittorio nell'ipotesi in cui la domanda, come nella specie, sia stata indirizzata nei confronti dell'INPS, soggetto unico legittimato passivo al pagamento dell'indennità di maternità.

Tale indennità è infatti dovuta dall'Inps e viene corrisposta all'avente diritto a cura del datore di lavoro in funzione di mero *adiectus solutionis causa* (Cass., n. 17132/2016; n. 639/1997), così che, mentre nell'ipotesi in cui la lavoratrice pretenda l'anticipazione dell'indennità di maternità dal datore di lavoro risulta necessaria l'integrazione del contraddittorio nei confronti dell'ente previdenziale (Cass., n. 1172/2015), altrettanto non può ritenersi nell'ipotesi in cui la stessa rivolga le proprie pretese direttamente nei confronti del soggetto legittimato, in quanto titolare passivo del rapporto previdenziale.

2.

Va altresì disattesa l'eccezione di carenza di legittimazione passiva sollevata dall'INPS.

L'art. 10, co. 3 del d.l. n. 76/2013, conv. con modif. in l. n. 99/2013, menzionato dall'INPS a sostegno dell'eccezione, ha disposto: "*A decorrere dal 1° gennaio 2014, le attività di cui all'articolo 1, ultimo comma, del decreto-legge 30 dicembre 1979, n. 663, convertito dalla legge 29 febbraio 1980, n. 33, sono gestite direttamente dall'Istituto Nazionale per la Previdenza Sociale, che subentra nei relativi rapporti attivi e passivi. Entro il 30 giugno 2014 l'INAIL provvede a fornire all'INPS il rendiconto di chiusura al 31 dicembre 2013 delle gestioni delle relative attività ai fini delle conseguenti regolazioni contabili*".



In virtù della previsione appena richiamata, a decorrere dal 1.1.2014 è transitata dall'Inail all'Inps la "diretta gestione" delle attività di cui all'art. 1, ultimo comma del d.l. n. 633/1979, conv dalla l. n. 33/1980, e in particolare delle attività di accertamento e riscossione dei contributi sociali di malattia stabiliti per i marittimi e di pagamento delle prestazioni economiche di malattia e maternità per gli iscritti alle casse marittime per gli infortuni sul lavoro, mentre titolare dell'obbligazione di corresponsione delle suddette indennità era, anche prima di tale data, l'Inps medesimo.

Questo, in particolare, il quadro della materia:

- l'art. 74 della l. n. 833/1978, istitutiva del Servizio Sanitario Nazionale, stabilì che "A decorrere dal 1° gennaio 1980 e sino all'entrata in vigore della legge di riforma del sistema previdenziale l'erogazione delle prestazioni economiche per malattia e per maternità previste dalle vigenti disposizioni in materia già erogate dagli enti, casse, servizi e gestioni autonome estinti e posti in liquidazione ai sensi della legge 17 agosto 1974, n. 386, di conversione con modificazioni del decreto- legge 8 luglio 1974, n. 264", fra le quali le Casse marittime, fosse "attribuita all'Istituto nazionale della previdenza sociale (INPS) che terrà apposita gestione. A partire dalla stessa data la quota parte dei contributi di legge relativi a tali prestazioni è devoluta all'INPS ed è stabilita con decreto del Ministro del lavoro e della previdenza sociale, di concerto col Ministro del tesoro";

- poco dopo, tuttavia, il legislatore intervenne nuovamente sulla materia e con il menzionato art. 1 del d.l. n. 663/1979, in ragione delle peculiarità normative degli istituti e della complessità della gestione delle relative attività, stabilì che quanto agli iscritti alle Casse marittime le suddette attività di riscossione dei contributi e di pagamento delle prestazioni economiche, fino alla data di entrata in vigore della legge di riordino della materia concernente le prestazioni economiche per maternità, malattia e infortunio di cui all'art. 74, ultimo comma, della legge 23 dicembre 1978, n. 833, restassero affidate alle gestioni previdenziali delle casse stesse "mediante convenzione con l'Istituto nazionale della previdenza sociale", che avrebbe rimborsato "gli oneri relativi al servizio prestato per suo conto";

- con l'istituzione dell'Ipsema (art. 2 del decreto legislativo 30 giugno 1994, n. 479) furono attribuiti a tale Ente i compiti e le funzioni già esercitate dalle Casse Marittime; in seguito con l'art. 7, d.l. n. 78/2010, conv. con l. n. 122/2010, furono disposti la soppressione dell'Ipsema e il passaggio all'Inail delle relative competenze, infine riconsolidatesi in capo all'Inps in virtù dell'art. 10, co. 3 del d.l. n. 76/2013 su menzionato.

Di ciò d'altra parte ha dato conto lo stesso INPS nella propria memoria di costituzione, chiarendo che le attività nuovamente transitate all'Istituto con l'art. 10, co. 3 in questione erano precedentemente effettuate dall'Ipsema per conto dell'Inps, a fronte di un rimborso relativo agli oneri sostenuti per il servizio prestato, e che successivamente, a seguito della soppressione dell'Ipsema, l'Inail era subentrato in tutti i rapporti attivi e passivi e conseguentemente anche nella gestione delle citate attività, sempre per conto dell'Inps.



La suddetta evoluzione normativa, dunque, non ha in alcun modo inciso sulla titolarità dal lato passivo dell'obbligo di erogazione dell'indennità di maternità, obbligo che, anche per le categorie di lavoratori già affidate alle Casse marittime, compete dall'entrata in vigore della l. n. 833/1978 unicamente all'INPS, destinatario della contribuzione relativa. Già tale considerazione induce a ritenere che dell'erronea individuazione dell'ammontare dell'indennità di maternità, qui denunciata dalla ricorrente come discriminatoria, quand'anche attribuibile all'Inail - quale gestore temporaneo delle attività di erogazione dell'indennità per conto dell'Inps - dovrebbe in ogni caso rispondere, nei confronti dell'assicurata, quest'ultimo ente, siccome titolare dal lato passivo del relativo rapporto.

A ciò si aggiunga che l'art. 10 menzionato prevede, in ogni caso, il subentro espresso dell'Inps in tutti i rapporti attivi e passivi già facenti capo all'Inail. Ove pure, dunque, autore dell'illecito discriminatorio - contro quanto appena osservato - dovesse essere ritenuto l'Inail (limitatamente alla prima maternità goduta dalla ricorrente), delle relative conseguenze dovrebbe oggi rispondere in ogni caso l'Inps, siccome subentrato *ex lege* in tutti i rapporti attivi e passivi già facenti capo all'Inail.

3.

Si ritiene altresì di dover disattendere l'eccezione di decadenza proposta dall'INPS.

L'art. 47, DPR n. 639/1970, come modificato dall'art. 4 del d.l. n. 384/1992, conv. in l. n. 438/1992, dispone, ai commi 2 e 3: *"Per le controversie in materia di trattamenti pensionistici l'azione giudiziaria può essere proposta, a pena di decadenza, entro il termine di tre anni 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. Per le controversie in materia di prestazioni della gestione di cui all'articolo 24 della legge 9 marzo 1989, n. 88, l'azione giudiziaria può essere proposta, a pena di decadenza, entro il termine di un anno dalle date di cui al precedente comma"*.

Il sesto comma dell'art. 47, aggiunto dal numero 1) della lettera d) del comma 1 dell'art. 38, d.l. n. 98/2011, prevede altresì: *"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"*.

Per l'indennità di maternità il termine di decadenza dall'azione giudiziaria 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, avendo la domanda ad oggetto l'adempimento di una prestazione riconosciuta solo in parte, detto termine decorre dal riconoscimento parziale della prestazione.



Nel caso in esame l'indennità di maternità risulta essere stata corrisposta alla ricorrente tra il 17.11.2010 e il 9.1.2012, mentre l'azione giudiziaria è stata esercitata con ricorso depositato il 5.5.2020.

Si ritiene, tuttavia, che la suddetta disciplina relativa alla previsione di un termine decadenziale per l'esercizio dell'azione non sia applicabile nel caso di specie.

Sul punto, com'è noto, si sono formati nella giurisprudenza due opposti orientamenti.

Secondo un primo orientamento, fatto proprio fra l'altro da alcune pronunce della Corte d'appello di Torino (n. 115/2021, n. 421/2021; n. 439/2021), nelle ipotesi in cui la discriminazione contestata consista esclusivamente nel riconoscimento soltanto parziale, da parte dell'Istituto previdenziale, di una prestazione, cui la ricorrente assume di avere diritto in misura superiore a quella che le è stata corrisposta, alla relativa domanda risulta applicabile la decadenza in esame. Poiché, infatti, il diritto di credito ad una prestazione previdenziale è un diritto soggettivo che, per legge, deve essere esercitato entro un termine breve, pena l'estinzione per il maturare di una decadenza che ha natura ed effetti sostanziali, una volta estinto detto diritto neppure potrebbe più esservi discriminazione, che consiste pur sempre nella lesione – in connessione con uno dei fattori discriminatori tipici (fra cui il genere) - di un diritto specialmente protetto.

La Suprema Corte ha recentemente avallato (Cass., n. 25400/2021) tale orientamento, osservando che, anche quando il fatto generatore della pretesa azionata in giudizio sia identificato dalla lavoratrice nella «discriminazione di genere», dovuta all'attribuzione, durante il periodo di gravidanza obbligatorio, di un trattamento economico deteriore in base ai criteri seguiti dall'ente previdenziale per la liquidazione dell'indennità, e però il *petitum* domandato, per rimuovere la situazione di svantaggio, sia *"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"*, deve concludersi che *"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"*.

Pur preso atto della posizione assunta dal giudice di legittimità con tale pronuncia, si ritiene maggiormente condivisibile il diverso orientamento secondo cui l'eccezione deve essere superata in ragione della natura e dell'oggetto della domanda proposta in causa, volta a ottenere la cessazione di una condotta discriminatoria posta in essere dall'INPS e a rimuoverne gli effetti, domanda avente diverso *petitum* e diversa *causa petendi* rispetto all'ordinaria azione – esperibile da una dipendente non discriminata dall'errore di calcolo - volta a ottenere il pagamento di una prestazione previdenziale in adempimento del rapporto obbligatorio esistente con l'INPS, con la conseguenza dell'inapplicabilità a detta domanda degli istituti tipici di tale rapporto.

Tale orientamento, seguito, seppur per quanto consta minoritariamente, dalla stessa Corte d'appello di Torino in altre pronunce (n. 340/2021) nonché da altri giudici d'appello (cfr. Corte d'appello di Milano, n. 1131/2021; n. 628/2021; n. 521/2021; n. 1044/2020; n. 388/2021), pare preferibile. La contestata natura discriminatoria della



condotta di parziale liquidazione lamentata dalla ricorrente, infatti, fa sì che la lavoratrice pretenda non l'adempimento di una prestazione (tuttora) dovuta, bensì la cessazione della condotta contestata nonché la rimozione degli effetti, perduranti, dalla stessa prodotti, tramite integrazione del patrimonio della lavoratrice mediante versamento della somma cui avrebbe avuto sin dall'origine diritto.

Inoltre, come rilevato dalla giurisprudenza orientatasi in tal senso, *"l'azione di accertamento della discriminazione in quanto tale è imprescrittibile, e tale imprescrittibilità fa ben comprendere come sia incompatibile con essa una decadenza – si sottolinea – sostanziale, e peraltro assai breve, che colpisce gli effetti dell'accertamento e la loro rimozione"* (così le sentenze della Corte d'Appello di Milano su citate).

Non convince, in definitiva, la tesi per cui la discriminazione, in ipotesi originariamente esistente, venga in ogni caso a cessare per il venir meno, per decadenza, della concorrente azione di adempimento nei confronti dell'ente previdenziale: al limite, dalla premessa – la non ulteriore azionabilità del rapporto previdenziale per intervenuta decadenza – dovrebbe farsi discendere l'intervenuto consolidamento di un danno, non più riparabile tramite gli strumenti ordinariamente attivabili nel rapporto previdenziale, con conseguente carattere risarcitorio delle somme richieste dalla lavoratrice.

Si rileva altresì che la fattispecie in oggetto non pare perfettamente sovrapponibile a quella, richiamata da Cass. n. 25400/2021, relativa alla domanda, anch'essa fondata sul principio di non discriminazione, di dipendenti (docenti) assunti a tempo determinato che chiedono di beneficiare della medesima progressione economica dei lavoratori comparabili ovvero di quelli assunti a tempo indeterminato, fattispecie nella quale la giurisprudenza di legittimità si è orientata in modo consolidato nel senso che la domanda partecipa della medesima natura del beneficio al quale l'azione si riferisce ed è dunque soggetta al termine di prescrizione proprio del diritto alla retribuzione.

Nel caso della discriminazione nel diritto al riconoscimento della progressione di carriera, la discriminazione medesima ricade sul mancato riconoscimento dell'anzianità effettiva del docente, ai fini della progressione di scaglione retributivo: dalla rimozione della discriminazione da parte del giudice, dunque, discende il riconoscimento di una anzianità corrispondente al servizio effettivamente prestato, anche in base a contratti a tempo determinato (questo è appunto il bene della vita richiesto); solo in via di ulteriore e mediata conseguenza dall'accertamento della discriminazione discende il diritto, la cui natura è certamente retributiva e non risarcitoria, allo stipendio corrispondente alla (equiparata) anzianità a quel punto riconoscibile al docente.

Nella specie, invece, oggetto della denunciata discriminazione è direttamente l'avvenuta liquidazione dell'indennità di maternità in misura inferiore rispetto a quella ritenuta dovuta: l'accertamento della discriminazione e la sua rimozione implicano, dunque, in via immediata, il riconoscimento del diritto al calcolo dell'indennità come rivendicato.

L'eccezione di decadenza deve dunque essere disattesa.



Per le stesse considerazioni risulta infondata l'eccezione di prescrizione, opposta dall'INPS, non essendo applicabili all'azione antidiscriminatoria i termini di prescrizione breve di cui all'art. 6 L.138/43 ed essendo l'azione volta a rimuovere la condotta discriminatoria posta in essere dall'I.N.P.S o gli effetti della stessa soggetta al termine di prescrizione decennale.

4.

Nel merito, il ricorso è fondato e merita accoglimento nei termini che seguono.

La questione oggetto del ricorso concerne la determinazione della base di calcolo dell'indennità di maternità dovuta alla lavoratrice assistente di volo, base di calcolo nella quale l'INPS ritiene corretto computare al 100 % la retribuzione base e solo al 50 % l'indennità di volo minima garantita, tutte le indennità di volo variabili nonché le trasferte (cfr. paragrafo 6 della memoria dell'INPS, in chiusura), in analogia con il criterio di determinazione dell'indennità di malattia, calcolata sulla stessa base di calcolo utilizzata ai fini dell'assolvimento dell'obbligazione contributiva e, dunque, ai fini dell'obbligazione fiscale, come chiarito dalla circolare Ipsema n. 6/2008, citata nella risposta del 23.12.2008 all'interpello al Ministero del Lavoro e delle Politiche sociali prodotto dall'INPS.

Tale impostazione viene contestata da parte ricorrente come illegittima dal momento che l'art. 22 del d. lgs. n. 151/2001 stabilisce che *"le lavoratrici hanno diritto ad un'indennità giornaliera pari all'80% della retribuzione per tutto il periodo del congedo di maternità"* e che il successivo art. 23 dispone che *"...agli effetti della determinazione della misura dell'indennità, per retribuzione si intende la retribuzione media globale giornaliera del periodo di paga quadrisettimanale o mensile scaduto ed immediatamente precedente a quello nel corso del quale ha avuto inizio il congedo di maternità. Al suddetto importo va aggiunto il rateo giornaliero relativo alla gratifica natalizia o alla tredicesima mensilità e agli altri premi o mensilità o trattamenti accessori eventualmente erogati alla lavoratrice"*.

Sul punto si è pronunciata in senso favorevole al computo integrale dell'indennità di volo la giurisprudenza di legittimità (Cass., n. 11414/2018), che ha avallato l'orientamento già seguito da una consistente parte della giurisprudenza di merito.

In particolare la Corte di Cassazione, ribadendo quanto stabilito in un precedente del 2004, ha precisato che il secondo comma dell'art. 22 disciplina l'indennità della maternità sotto il profilo normativo e che il rinvio ai *"criteri previsti per l'erogazione delle prestazioni dell'assicurazione obbligatoria contro le malattie"*, ivi contenuto, deve intendersi riferito esclusivamente agli istituti che disciplinano tale indennità, quali la domanda amministrativa o il regime prescrizioneale. *"Per il resto"* – si legge nella pronuncia – *"l'indennità di malattia gode di una propria disciplina 'autonoma in ordine alla specifica indicazione dell'evento protetto, dei soggetti beneficiari e del livello di prestazioni garantite all'avente diritto. Soprattutto, vi è differenza tra le due tutele in ragione delle modalità di finanziamento' (in motivazione, Cass. nr. 24009 del 2017)"*.



Quanto, poi, alla disciplina del calcolo del trattamento economico di maternità, essa si rinvia *“esclusivamente nel successivo art. 23 che, come correttamente interpretato dalla Corte di Appello, 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”*.

Il suddetto orientamento è stato integralmente ribadito, nel percorso argomentativo e nelle conclusioni, da due successive pronunce della Suprema Corte (Cass., n. 20673/2020; n. 27552/2020).

Secondo tale lettura, l’art. 23 in questione - inserito in un *corpus* normativo contenente una disciplina autonoma dell’istituto della maternità, differente da quello della malattia - rinvia a quest’ultima solo per l’individuazione delle “voci” da introdurre nella retribuzione globale media giornaliera, ma non per le modalità di calcolo della indennità di maternità, autonomamente previste dal relativo testo unico nell’80 % di tale retribuzione.

In applicazione di tale criterio, il computo al 50 % delle voci “indennità di volo” – quale base di calcolo dell’indennità di maternità - deve ritenersi illegittimo: una volta che esse entrino a comporre, quale voce retributiva, la retribuzione globale del mese precedente all’inizio della maternità, esse devono essere integralmente computate al fine del calcolo del rateo di retribuzione globale media giornaliera cui deve parametrarsi la quantificazione dell’indennità di maternità.

Sul punto, oltre a rilevarsi l’avvenuto consolidamento nel senso suddetto dell’orientamento della giurisprudenza di legittimità, deve prendersi atto che la Suprema Corte ha espressamente chiarito con la sentenza n. 20673/2020 che il criterio del computo integrale vale tanto per la parte fissa che per quella variabile della indennità di volo. Questo giudice ha già pertanto ritenuto di doversi uniformare a tale principio, mutando l’avviso precedentemente espresso in caso analogo, non giustificandosi alla luce della sopravvenuta evoluzione giurisprudenziale e del suo consolidamento l’accoglimento della domanda solo con riferimento alla parte fissa dell’indennità.

La ricorrente ha peraltro compreso, nel conteggio finalizzato alla quantificazione della propria pretesa, tutte le voci di cui alla busta paga di ottobre 2010, parametrando la retribuzione media giornaliera dovuta a titolo di indennità di maternità all’80 % dell’importo totale della busta paga.

Si rileva, tuttavia, che la giurisprudenza di legittimità formatasi sul punto ha censurato il mancato computo per l’intero delle voci relative alle indennità di volo, tanto fissa quanto variabile, sul presupposto che, *una volta rientranti nella base di calcolo dell’indennità di maternità*, esse debbano subire l’unica decurtazione dell’80 % dell’importo risultante nella busta paga del periodo immediatamente antecedente a quello dell’ingresso in



maternità, secondo l'autonoma disciplina dell'indennità di maternità prevista dall'art. 23 del d. lgs. 151/2001. La giurisprudenza suddetta, tuttavia, non ha disatteso il criterio – normativamente previsto dallo stesso art. 23, co. 3 – secondo cui *“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”*. Il concetto di retribuzione media globale giornaliera cui fa riferimento l'art. 23, dunque, presuppone pur sempre la verifica che l'importo di cui alla busta paga del mese precedente all'ingresso in maternità derivi da voci che sarebbero incluse nell'indennità di malattia: solo una volta selezionate dette voci, esse dovranno essere computate al 100 % (nel senso che sul totale indicato in busta paga sarà effettuata la decurtazione all'80 % su cui si calcola l'indennità di maternità), anche se ai fini del calcolo dell'ipotetica indennità di malattia la considerazione della retribuzione utili a fini contributivi imporrebbe di includerle nella base di calcolo solo al 50 %.

Poiché *“le indennità di navigazione e di volo previste dalla legge o dal contratto collettivo”*, a norma dell'art. 51, co. 6 TUIR, costituiscono voce retributiva utile a fini fiscali – e, dunque, contributivi, alla stregua dell'art. 12, l. 153/1969, come sostituito dal D.Lgs. n. 314 del 1997, art. 6 - per il 50 % e, dunque, per tale frazione devono rientrare nella base di calcolo dell'indennità di malattia, la Corte di Cassazione, alla stregua dei principi su affermati, ha stabilito che esse debbano computarsi, invece, per l'intero ai fini dell'indennità di maternità.

Rientrano, dunque, certamente nel computo le voci *“retribuzione ordinaria”*, *“indennità di volo minima garantita”*, nonché la *“indennità di volo integrativa effettiva”* e la *“maggiorazione indennità di volo r. zona”*, in quanto tutte ricomprese, anche alla luce delle specificazioni contenute nell'accordo sindacale di riferimento prodotto in atti, nel concetto di indennità di volo variabile.

Si ritiene altresì che vadano ricomprese nel calcolo l'indennità di posizionamento, essendo considerato a fini retributivi il tempo relativo come tempo di lavoro a tutti gli effetti (retribuito in base ai valori economici previsti per l'indennità di volo oraria, fascia 0-25), nonché la commissione di vendita a bordo, tenuto conto dell'art. 62 del CCNL di riferimento, costituendo anch'essa voce retributiva, prevista come corrispettivo variabile dell'attività di vendita a bordo, che pare rientrare nel disposto onnicomprensivo del primo comma dell'art. 51 TUIR e che, dunque, rientrerebbe (per l'intero) anche nella base di calcolo dell'indennità di malattia.

Quanto alle residue ulteriori voci *“trasferte Italia”* e *“trasferte estero”*, trattasi di voce, nella specie forfettariamente liquidata per giorno di servizio, legata all'effettuazione di servizio di linea o non di linea, in ogni caso presso luogo diverso dalla base di servizio (cfr. la espressa esclusione, nell'accordo sindacale prodotto, per l'ipotesi in cui l'assistente effettui servizio presso la base e possa pertanto avvalersi delle relative strutture).

Deve considerarsi che:

- a norma dell'art. 51, co. 5 TUIR *“le indennità percepite per le trasferte o le missioni fuori del territorio comunale concorrono a formare il reddito per la parte eccedente lire*



90.000 al giorno, elevate a lire 150.000 per le trasferte all'estero, al netto delle spese di viaggio e di trasporto; in caso di rimborso delle spese di alloggio, ovvero di quelle di vitto, o di alloggio o vitto fornito gratuitamente il limite è ridotto di un terzo. Il limite è ridotto di due terzi in caso di rimborso sia delle spese di alloggio che di quelle di vitto. In caso di rimborso analitico delle spese per trasferte o missioni fuori del territorio comunale non concorrono a formare il reddito i rimborsi di spese documentate relative al vitto, all'alloggio, al viaggio e al trasporto, nonché i rimborsi di altre spese, anche non documentabili, eventualmente sostenute dal dipendente, sempre in occasione di dette trasferte o missioni, fino all'importo massimo giornaliero di lire 30.000, elevate a lire 50.000 per le trasferte all'estero";

- a norma del comma 6, invece, *"le indennità e le maggiorazioni di retribuzione spettanti ai lavoratori tenuti per contratto all'espletamento delle attività lavorative in luoghi sempre variabili e diversi, anche se corrisposte con carattere di continuità,"* concorrono a formare il reddito, sia pure nella misura del 50 per cento del loro ammontare.

L'applicazione dell'art. 5 determinerebbe che le trasferte dovrebbero essere inserite nel computo – ai fini del calcolo dell'imponibile previdenziale e dunque della ricomprensione nell'indennità di maternità – solo se superiori all'ammontare indicato dalla norma; in caso contrario, la voce dovrebbe essere del tutto ignorata (ai fini dell'imponibile previdenziale, dunque dell'indennità di malattia e dunque, secondo la lettura sopra fornita, ai fini dell'indennità di maternità).

L'INPS ha tuttavia riconosciuto nella propria memoria di avere considerato le relative voci al 50 %, ritenendo applicabile l'art. 6 suddetto (d'altra parte ciò si ricava dal rateo giornaliero in effetti corrisposto, che corrisponde, sostanzialmente, al trentesimo dell'80 % di un ammontare pari all'intero della retribuzione base e al 50 % di tutte le voci variabili, oltre al rateo di tredicesima e quattordicesima considerato nell'ammontare, non contestato, indicato dal ricorrente).

In definitiva, risulta corretto l'inserimento nel computo di tutte le voci comprese nella busta paga di riferimento.

Quanto al ricalcolo, sulla base dei conteggi proposti dalla ricorrente, che appaiono corretti e in ogni caso non sono stati contestati, la retribuzione media giornaliera si determina in € 70,62, di cui – ai fini in esame – va computato l'80% pari a € 56,49, quanto al periodo anteriore all'aumento retributivo, e in € 71,51, di cui – ai fini in esame – va computato l'80% pari a € 57,20, quanto al periodo successivo all'aumento retributivo; le differenze spettanti alla ricorrente si determinano, dunque, tenuto conto della durata del periodo di maternità e di quanto dalla stessa già percepito, in complessivi € 9.034,94.

5.

La domanda proposta dalla ricorrente in via subordinata o, più propriamente, alternativa, non è accoglibile, essendo fondata su parametro (la media delle retribuzioni



di un periodo arbitrariamente individuato) estraneo al dato normativo, anche tenuto conto dell'interpretazione fornita dalla giurisprudenza richiamata a supporto.

6.

La corresponsione alla ricorrente dell'indennità di maternità in un importo inferiore a quello previsto dagli artt. 22 e 23 del d. lgs. 151/2001 integra una condotta discriminatoria nei confronti della ricorrente.

Ai sensi dell'art. 25, del d. lgs. n. 198/2006 "1. *Costituisce discriminazione diretta qualsiasi disposizione, criterio, prassi, atto, patto o comportamento, nonché l'ordine di porre in essere un atto o un comportamento, che produca un effetto pregiudizievole discriminando le lavoratrici o i lavoratori in ragione del loro sesso e, comunque, il trattamento meno favorevole rispetto a quello di un'altra lavoratrice o di un altro lavoratore in situazione analoga.* 2. *Si ha discriminazione indiretta, ai sensi del predetto titolo, quanto una disposizione, un criterio, una prassi, un atto, un patto o un comportamento apparentemente neutri mettono o possono mettere i lavoratori di un determinato sesso in una posizione di particolare svantaggio rispetto a lavoratori dell'altro sesso, salvo che riguardino requisiti essenziali allo svolgimento dell'attività lavorativa, purché l'obiettivo sia legittimo e i mezzi impiegati per il suo conseguimento siano appropriati e necessari.* 2-bis. *Costituisce discriminazione, ai sensi del presente titolo, 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."*

La giurisprudenza di legittimità ha chiarito che "*la discriminazione - diversamente dal motivo illecito - opera obiettivamente - ovvero le ragioni del mero rilievo del trattamento deteriore riservato al lavoratore quale effetto della sua appartenenza alla categoria protetta - ed a prescindere dalla volontà illecita del datore di lavoro*" (cfr. Cass., n. 6575/2016), così che essa può discendere anche da una lettura normativa sostenuta dal datore di lavoro - o, come in questo caso, dall'ente previdenziale - senza intento discriminatorio.

Come noto, le norme primarie di diritto interno volte a impedire le discriminazioni di genere trovano fondamento non solo nell'art. 3 della Costituzione, ma anche nelle fonti europee (gli artt. 1 e 2 del Trattato dell'Unione Europea, l'art. 157 del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea, la Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea; nonché le direttive emanate in materia). In particolare, la direttiva 2006/54 evidenzia come sia ravvisabile una discriminazione ogni qual volta si verifichi "*un trattamento meno favorevole in ragione dello stato di gravidanza, nonché di maternità o paternità, anche di lite ovvero in ragione della titolarità e dell'esercizio dei relativi diritti*".

Nelle pronunce della giurisprudenza della Corte di giustizia la discriminazione in base al sesso, se legata allo stato di gravidanza, è stato svincolato dall'assenza di una comparazione rispetto al trattamento riservato a gruppi consimili, essendo esso, come evidenziato altresì dalla giurisprudenza italiana, biologicamente connesso ad una condizione di genere, così che è sufficiente all'integrazione di una discriminazione un



trattamento peggiore in assoluto, rispetto a quello di cui potrebbe godere l'avente diritto, ovvero che determini la compressione o la negazione di un diritto in ragione della condizione di madre.

Proprio in attuazione della suddetta direttiva è stata introdotta nell'art. 25 del d. lgs. n. 198/2006 la previsione del comma 2 bis, sopra riportato, secondo cui costituisce discriminazione ogni trattamento meno favorevole in ragione, fra l'altro, dello stato di gravidanza, nonché di maternità.

Ebbene, l'ente previdenziale, in conseguenza della suddetta censurabile interpretazione della normativa su ripercorsa in materia di indennità di maternità, ha corrisposto alla ricorrente una somma sensibilmente inferiore a quella che le sarebbe spettata, così penalizzandola in ragione dello stato di gravidanza tramite una indebita compressione del diritto a un adeguato trattamento economico.

I dati normativi e giurisprudenziali su esaminati conducono a ritenere irrilevante che non sia individuabile in senso stretto un termine di confronto rispetto alla lavoratrice madre; e ancor di più, in realtà, che lo stesso trattamento economico sia riservato eventualmente anche ai padri che ritengano di usufruirne, sia perché anch'essi sarebbero discriminati in ragione della scelta di tutela della genitorialità effettuata, rispetto ai colleghi uomini che abbiano ritenuto di astenersene, sia soprattutto in considerazione del fatto che il periodo di assenza dal lavoro per ragioni di gravidanza interessa in ogni caso le sole donne lavoratrici, in misura peraltro particolarmente rilevante, considerato che a tali lavoratrici è stata imposta l'astensione sin dall'inizio della gravidanza e sino al compimento del settimo mese del bambino.

Per i medesimi motivi si ritiene di non condividere le argomentazioni espresse dal decreto pronunciato dal Tribunale di Torino in data 4.8.2020, menzionato dall'INPS a sostegno della propria posizione. D'altra parte non è in discussione l'adeguatezza in sé dell'indennità di maternità alla luce della Direttiva 92/85/CEE del Consiglio, del 19 ottobre 1992, concernente l'attuazione di misure volte a promuovere il miglioramento della sicurezza e della salute sul lavoro delle lavoratrici gestanti, puerpere o in periodo di allattamento, il cui art. 11, intitolato Diritti connessi con il contratto di lavoro, prevede che durante il congedo di maternità *"devono essere garantiti: 1) i diritti connessi con il contratto di lavoro delle lavoratrici di cui all'articolo 2, diversi da quelli specificati nella lettera b) del presente punto b) il mantenimento di una retribuzione e/o il versamento di un'indennità adeguata alle lavoratrici di cui all'articolo 2; 2) l'indennità di cui al punto 2), lettera b) è ritenuta adeguata se assicura redditi almeno equivalenti a quelli che la lavoratrice interessata otterrebbe in caso di interruzione delle sue attività per motivi connessi allo stato di salute, entro il limite di un eventuale massimale stabilito dalle legislazioni nazionali"*. Rileva, piuttosto, la compressione del diritto all'indennità di maternità, rispetto a quella dovuta per legge, la quale pregiudica di per sé sfavorevolmente le lavoratrici in quanto madri, ponendole in posizione peggiore rispetto alle lavoratrici non madri e agli uomini, che possono godere della paternità senza necessariamente astenersi dal lavoro (si allude alle ipotesi in cui sia la madre ad avvalersi del congedo di maternità; diversa è l'ipotesi in cui sia il padre a scegliere di



usufruire del congedo di paternità, in luogo della madre, ipotesi nella quale, comunque, non è imposto al lavoratore uomo il periodo di astensione dall'inizio della gravidanza fino alla nascita del bambino): mentre le seconde categorie, infatti, godono di un livello retributivo corretto, le prime, in quanto abbiano compiuto una scelta di maternità, devono sottostare a un livello retributivo notevolmente sottostimato per un periodo di obbligatoria astensione dal lavoro ben più lungo dell'ordinario.

Si deve pertanto concludere che l'ente previdenziale convenuto abbia posto in essere ai danni della ricorrente una discriminazione, 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'INPS al pagamento della differenza tra l'importo complessivo dovuto e quanto corrisposto, quantificata nella somma lorda complessiva di € 9.034,94, oltre rivalutazione e interessi legali dalle scadenze al saldo.

7.

Il contrasto giurisprudenziale esistente su questione idonea a risolvere la controversia in senso completamente sfavorevole per la ricorrente (in particolare sull'eccezione di decadenza, accolta in caso analogo dalla Corte d'appello territoriale) giustifica la compensazione delle spese.

PQM

- 1) dichiara la natura discriminatoria delle condotte denunciate dalla ricorrente in relazione al periodo di maternità goduto dal 17.11.2010 al 17.1.2012;

e, per l'effetto,

- 2) condanna l'INPS a rimuoverne gli effetti mediante la corresponsione alla ricorrente della somma lorda complessiva di € 9.034,94, oltre rivalutazione e interessi dalle scadenze al saldo;
- 3) compensa fra le parti le spese di lite.

Novara, 20 gennaio 2022

Il Giudice

dott. Annalisa Boido

