

# **IL DIVIETO DI DISCRIMINAZIONI DI GENERE NEL CONTESTO DEL RAPPORTO DI LAVORO AUTONOMO**

avv. Gionata Cavallini  
Legalilavoro Milano

Webinar, 18 marzo 2021

- Una «doppia» sottoprotezione
- Impressionanti dati sul gender pay gap
- Pacifica applicabilità del divieto di discriminazione ai rapporti di lavoro autonomo (d.lgs. 198/2006) ma...
- ... difficoltà nell'individuare efficaci tecniche rimediali (collettive e individuali)
- Sostanziale assenza di contenzioso (e di orientamenti giurisprudenziali definiti)...
- ... salvo specifici temi (in primis, la maternità)
- norme specifiche nello Statuto del lavoro autonomo



**Tab. 7 - Differenze assolute e percentuali del reddito medio tra donne e uomini nelle diverse fasce d'età; percentuale del reddito medio femminile rispetto a quello dei colleghi maschi. Anno 2016.**

| Fascia d'età    | Reddito medio donne | Reddito medio uomini | Differenza in valore assoluto tra donne e uomini | Differenza percentuale | % del reddito delle avvocate rispetto ai colleghi maschi |
|-----------------|---------------------|----------------------|--------------------------------------------------|------------------------|----------------------------------------------------------|
| 23-29           | 10.316              | 12.862               | -2.546                                           | -21,4%                 | 80,2%                                                    |
| 30-34           | 12.190              | 17.671               | -5.481                                           | -31,9%                 | 69,0%                                                    |
| 35-39           | 15.928              | 27.942               | -12.014                                          | -43,7%                 | 57,0%                                                    |
| 40-44           | 20.635              | 40.284               | -19.649                                          | -48,7%                 | 51,2%                                                    |
| 45-49           | 28.187              | 56.230               | -28.043                                          | -48,1%                 | 50,1%                                                    |
| 50-54           | 32.535              | 69.389               | -36.854                                          | -50,7%                 | 46,9%                                                    |
| 55-59           | 36.254              | 79.346               | -43.092                                          | -53,9%                 | 45,7%                                                    |
| 60-64           | 40.483              | 81.378               | -40.895                                          | -49,0%                 | 49,7%                                                    |
| 65-69           | 42.269              | 78.698               | -36.429                                          | -44,3%                 | 53,7%                                                    |
| 70-74           | 33.235              | 65.463               | -32.228                                          | -50,6%                 | 50,8%                                                    |
| 75 anni e oltre | 21.808              | 43.558               | -21.750                                          | -51,0%                 | 50,1%                                                    |
| Media TOTALE    | 23.115              | 52.729               | -29.614                                          | -56,1%                 | 43,8%                                                    |

Fonte: Elaborazione Censis su dati Cassa Forense



*The ABA reports that, in 2016, female attorneys earned \$1,619 per week on average, whereas male attorneys earned \$2,086. Crunching the numbers, that means female attorneys earned \$467 less per week—a staggering \$24,284 less per year than their male counterparts.*

*(americanbar.org)*

GIUDICE DI PACE DI

**ATTO DI CITAZIONE IN OPPOSIZIONE**

**AL DECRETO INGIUNTIVO N. 729/2020 (R. G. 823/2020)**

Nell'interesse di ASD VOLLEY



VOLLEY



Lara Lugli, la denuncia della pallavolista: «Io, incinta, citata per danni dal Pordenone: non sto zitta»

[...]

3) La sig.ra Lugli che all'epoca dell'ingaggio aveva 38 anni compiuti, ha taciuto al momento della trattativa contrattuale la sua intenzione di avere dei figli, puntando ad un ingaggio sproporzionato, quasi del doppio rispetto ai normali ingaggi per il campionato di B1 e per l'età, "vendendo" la sua esperienza sapendo che la sua presenza poteva risultare indispensabile.

Invece ha cessato l'attività sportiva a marzo, non prestando più il suo impegno per i 4 mesi successivi, i più importanti nel campionato per qualunque società sportiva.

4) Tale comportamento configura un grave inadempimento pre- contrattuale o contrattuale che ha importato un ingente danno per la società rappresentato dagli omessi versamenti da parte degli sponsor, mettendo così in grave crisi economica la società, tanto più quando la sig.ra Lugli avrebbe potuto rientrare e completare gli ultimi due mesi di campionato, anche dalla panchina.

[FONTE: PAGINA FACEBOOK LARA LUGLI]





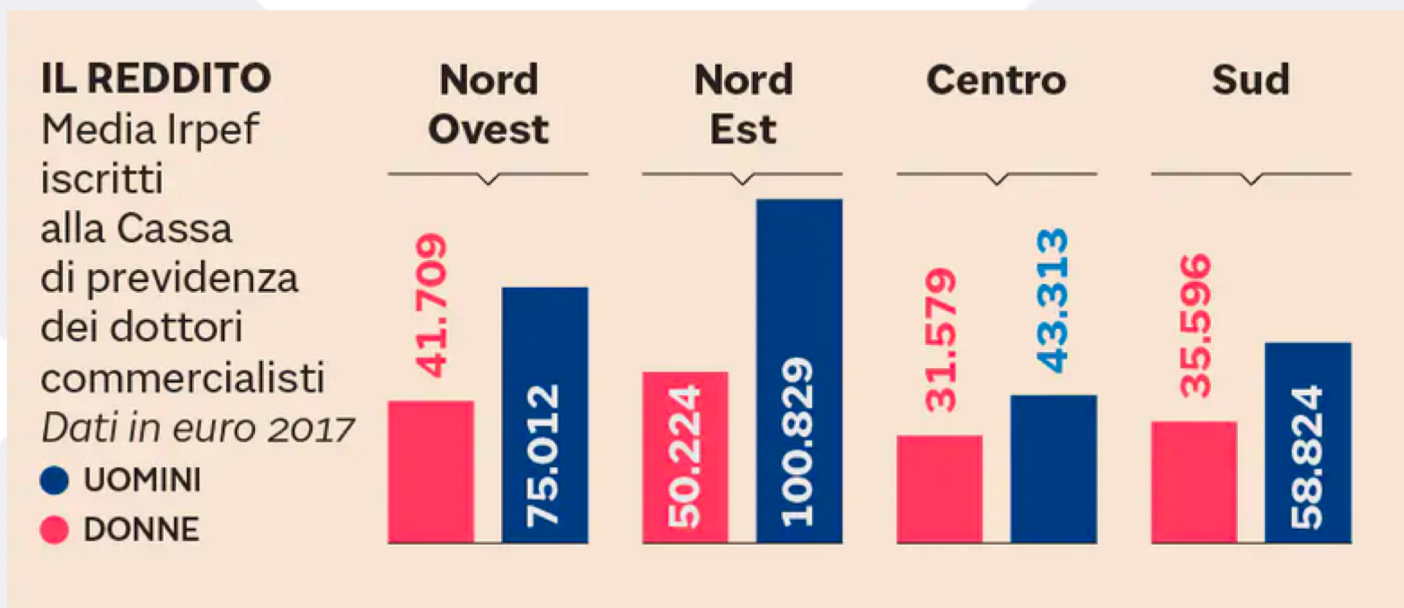
*inarc***CASSA** in Cifre

## IV. Volume d'affari e Redditi professionali degli iscritti a Inarcassa

**Reddito medio 2018 per area geografica e tipologia di iscrizione**  
distribuzione per titolo di studio e sesso (importi in euro)

| Totale Inarcassa |        |     |        | Iscritti attivi |        |            |        | Pensionati contribuenti |
|------------------|--------|-----|--------|-----------------|--------|------------|--------|-------------------------|
|                  |        |     |        | Ingegneri       |        | Architetti |        |                         |
|                  |        |     |        | M               | F      | M          | F      |                         |
| Totale           | 27.475 | 100 | 27.690 | 37.654          | 20.240 | 25.455     | 16.234 | 25.102                  |
| Nord ovest       | 33.482 | 122 | 33.807 | 50.178          | 26.770 | 31.936     | 19.307 | 29.572                  |
| Nord est         | 34.737 | 126 | 35.081 | 48.528          | 25.265 | 31.259     | 18.873 | 31.098                  |
| Centro           | 25.422 | 93  | 25.508 | 36.502          | 18.860 | 23.628     | 14.740 | 24.600                  |
| Sud              | 18.397 | 67  | 18.505 | 24.177          | 13.544 | 15.477     | 10.364 | 17.173                  |
| Isole            | 18.144 | 66  | 18.309 | 23.473          | 13.408 | 14.934     | 9.939  | 15.982                  |

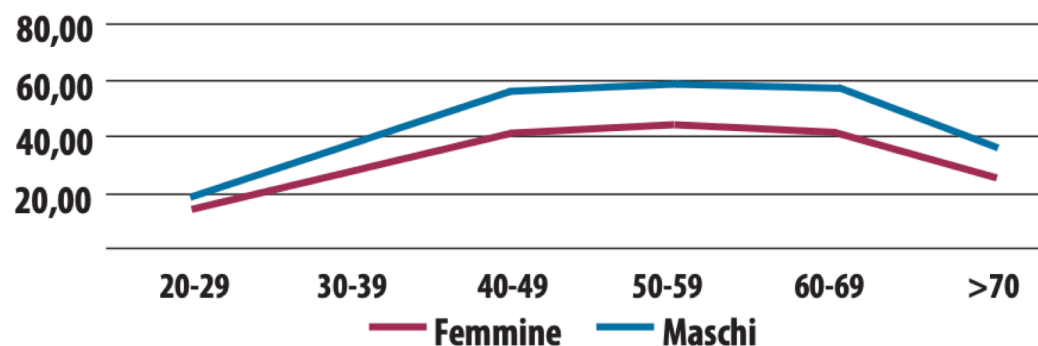
INARCASSA, *Inarcassa in cifre*, 28 aprile 2020.



**A. CHERCHI, Commercialisti, poche donne ai posti di vertice. Fra gli iscritti le presenze rosa sono a quota 32,8% ma nei 131 Ordini solo 14 arrivano alla presidenza e 26 alla vice-presidenza, Sole 24 Ore, 13 agosto 2019.**

## LE DOTTORESSE GUADAGNANO MENO DEI COLLEGHI UOMINI

| Classi di età (anni) | Femmine | Maschi |
|----------------------|---------|--------|
| 20-29                | 15,31   | 18,98  |
| 30-39                | 28,57   | 37,30  |
| 40-49                | 40,66   | 56,41  |
| 50-59                | 43,71   | 59,07  |
| 60-69                | 41,21   | 57,33  |
| >70                  | 25,91   | 35,97  |



Reddito 2011 dei liberi professionisti (migliaia di euro). Le differenze sono lampanti nel caso dei liberi professionisti, ma meno accentuate nella categoria dei medici di medicina generale e in quella degli specialisti ambulatoriali.

Elaborazione del Servizio studi previdenziali e documentazione della Fondazione Enpam sulla base delle dichiarazioni presentate per l'anno 2011



## IL DIVIETO DI DISCRIMINAZIONE

### Art. 27

E' vietata qualsiasi discriminazione per quanto riguarda l'accesso al lavoro, in forma subordinata, **autonoma** o in qualsiasi altra forma, compresi i criteri di selezione e le condizioni di assunzione, nonché la promozione, indipendentemente dalle modalità di assunzione e qualunque sia il settore o il ramo di attività, a tutti i livelli della gerarchia professionale, anche per quanto riguarda la creazione, la fornitura di attrezzature o l'ampliamento di un'impresa o l'avvio o l'ampliamento di ogni altra **forma di attività autonoma**.

v. già l'art. 1 l. 903/1977, come modificato dall'art. 3, comma 1, lettera a), d.lgs. 145/2005.

## LE AZIONI POSITIVE

### Art. 42.

1. Le azioni positive, consistenti in misure volte alla rimozione degli ostacoli che di fatto impediscono la realizzazione di pari opportunità, nell'ambito della competenza statale, sono dirette a favorire l'occupazione femminile e realizzate l'uguaglianza sostanziale tra uomini e donne nel lavoro.

2. Le azioni positive di cui al comma 1 hanno in particolare lo scopo di:

a) eliminare le disparità nella formazione scolastica e professionale, nell'accesso al lavoro, nella progressione di carriera, nella vita lavorativa e nei periodi di mobilità;

b) favorire la diversificazione delle scelte professionali delle donne in particolare attraverso l'orientamento scolastico e professionale e gli strumenti della formazione;

**c) favorire l'accesso al lavoro autonomo e alla formazione imprenditoriale e la qualificazione professionale delle lavoratrici autonome e delle imprenditrici;**

d) superare condizioni, organizzazione e distribuzione del lavoro che provocano effetti diversi, a seconda del sesso, nei confronti dei dipendenti con pregiudizio nella formazione, nell'avanzamento professionale e di carriera ovvero nel trattamento economico e retributivo;

e) promuovere l'inserimento delle donne nelle attività, nei settori professionali e nei livelli nei quali esse sono sottorappresentate e in particolare nei settori tecnologicamente avanzati ed ai livelli di responsabilità;

f) favorire, anche mediante una diversa organizzazione del lavoro, delle condizioni e del tempo di lavoro, l'equilibrio tra responsabilità familiari e professionali e una migliore ripartizione di tali responsabilità tra i due sessi.

f-bis) valorizzare il contenuto professionale delle mansioni a più forte presenza femminile.





*Sull'applicazione del principio della parità di trattamento fra gli uomini e le donne che esercitano un'attività autonoma e che abroga la direttiva 86/613/CEE del Consiglio*

**«la discriminazione fondata sul sesso e le molestie si verificano anche al di fuori del lavoro salariato» (1° considerando).**

**«Per assicurare un livello più efficace di tutela, le associazioni, le organizzazioni e altre persone giuridiche dovrebbero avere la facoltà di avviare una procedura, secondo le modalità stabilite dagli Stati membri, per conto o a sostegno delle vittime» (21° considerando)**



## Art. 9

1. Gli Stati membri provvedono affinché tutte le persone che ritengono di aver subito una perdita o un danno a seguito della mancata applicazione nei loro confronti del principio della parità di trattamento, possano accedere, anche dopo la cessazione del rapporto che si lamenta affetto da discriminazione, **a procedimenti giudiziari o amministrativi ...**
2. Gli Stati membri provvedono affinché **le associazioni, le organizzazioni o altre persone giuridiche** che hanno, conformemente ai criteri stabiliti dalla rispettiva legislazione nazionale, un interesse legittimo a garantire che la presente direttiva sia rispettata, possano, per conto o a sostegno della persona offesa e con l'approvazione di quest'ultima, avviare qualsiasi procedimento giudiziario o amministrativo ...

## Art. 10

Gli Stati membri introducono nel proprio ordinamento giuridico interno i provvedimenti necessari affinché la perdita o il danno subito dalla persona lesa a causa di una discriminazione fondata sul sesso sia realmente ed **effettivamente indennizzato o risarcito secondo modalità da essi fissate, in modo dissuasivo e proporzionato rispetto alla perdita o al danno subito**. Tali indennizzi o risarcimenti non sono limitati dalla fissazione a priori di un massimale

# LE AZIONI COLLETTIVE ANTIDISCRIMINATORIE NEL LAVORO AUTONOMO

## Caso Taormina



REPUBBLICA ITALIANA  
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

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

Con ricorso ai sensi del rito speciale (e non del lavoro) di cui al combinato disposto dell'art.28 d.lgs.150/2011 e dell'art.702 bis c.p.c., avanti al Tribunale di Bergamo, in funzione di giudice del lavoro, la Associazione Avvocatura per i diritti LGBTI Rete Lenford, dopo aver convenuto l'avvocato Carlo Taormina, ha agito per ottenere l'accertamento del carattere discriminatorio delle dichiarazioni rese dal professionista nel corso di un'intervista durante il programma radiofonico "La Zanzara", e consistenti nell'aver in più occasioni affermato di non voler assumere nel proprio studio avvocati, altri collaboratori e/o lavoratori omosessuali, nonché la correlata tutela legale (risarcitoria e in forma specifica, con rimozione degli effetti ai sensi del cit.art.28 del d.lgs.150/2011).

**App. Brescia n. 529 del 23/1/2015**  
**Trib. Bergamo 6/8/2014**  
**Cass. 28646/2020**

### 1. Discriminazioni

**1.1. C. giust. 23 aprile 2020, NH c. Associazione Avvocatura per i diritti LGBTI – Rete Lenford, causa C-507/2018** (in Boll. ADAPT, 2020, n. 22).

**Discriminazione - Orientamento sessuale - Dichiarazioni omofobe sulla assunzione di lavoratori - Violazione della direttiva 2000/78/CE circa le condizioni di accesso all'occupazione e al lavoro sussiste - Libera manifestazione del pensiero non sussiste.**

*Le dichiarazioni rese nel corso di una trasmissione audiovisiva per cui una persona mai si avvarrebbe, nella propria impresa, della collaborazione di persone di un determinato orientamento sessuale rientrano nell'ambito di applicazione della direttiva 2000/78/CE, sebbene non fosse in corso o programmata una procedura di selezione di personale, purché il collegamento tra dette dichiarazioni e le condizioni di accesso all'occupazione e al lavoro in seno a tale impresa non sia ipotetico.*

**1.2. C. giust. 23 aprile 2020, NH c. Associazione Avvocatura per i diritti LGBTI – Rete Lenford, causa C-507/2018** (in Boll. ADAPT, 2020, n. 22).

**Discriminazione - Orientamento sessuale - Violazione della direttiva 2000/78/CE circa le condizioni di accesso all'occupazione e al lavoro sussiste - Legittimazione ad agire di associazioni sussiste - Risarcimento del danno.**

*La direttiva 2000/78/CE non osta ad una normativa nazionale in virtù della quale un'associazione di avvocati, la cui finalità statutaria consista nel difendere i diritti e nel promuovere la cultura e il rispetto delle persone LGBTI, sia legittimata ad agire in caso di violazione degli obblighi risultanti dalla direttiva e ad ottenere il risarcimento del danno, nel caso in cui non sia identificabile una persona lesa, indipendentemente dall'eventuale scopo di lucro dell'associazione stessa.*

# LE AZIONI COLLETTIVE ANTIDISCRIMINATORIE NEL LAVORO AUTONOMO



TRIBUNALE ORDINARIO di BOLOGNA

Sezione Lavoro

Caso «Deliveroo»

Trib. Bologna 31 dicembre 2020

Nella causa iscritta al n. r.g. 2949/2019

FILCAMS CGIL BOLOGNA

NIDIL CGIL BOLOGNA

FILT CGIL BOLOGNA

DELIVEROO ITALIA S.R.L.

**P.Q.M.**

Il Giudice del Tribunale del Lavoro, ogni altra istanza disattesa e respinta, definitivamente decidendo, in accoglimento del ricorso:

- Accerta e dichiara la discriminatorietà della condotta di Deliveroo Italia s.r.l. in relazione alle condizioni di accesso alla prenotazione delle sessioni di lavoro tramite la piattaforma digitale, come descritta in atti;
- condanna la società convenuta a rimuovere gli effetti della condotta discriminatoria mediante la pubblicazione del presente provvedimento sul proprio sito internet e nell'area "*domande frequenti*" della propria piattaforma;
- ordina la pubblicazione di un estratto del presente provvedimento, per una sola volta, a cure e spese della società convenuta, su un quotidiano di tiratura nazionale, individuato ne "*La Repubblica*";
- condanna la società convenuta al pagamento a favore delle parti ricorrenti, a titolo di risarcimento del danno, della somma di €. 50.000,00 oltre interessi legali dalla pronuncia al saldo;
- condanna la società convenuta alla rifusione in favore delle parti ricorrenti delle spese di lite che liquida in €. 7.254,00 per compensi professionali oltre rimborso spese generali, iva e cpa come per legge.

# LE AZIONI COLLETTIVE ANTIDISCRIMINATORIE NEL LAVORO AUTONOMO



TRIBUNALE ORDINARIO di FIRENZE  
Sezione Lavoro

**Caso «Deliveroo»**

**Trib. Firenze 9 febbraio 2021**

Il Giudice del Lavoro, a scioglimento della riserva assunta in data 10.1.2021 in merito al ricorso *ex art. 28 l. n. 300/70* proposto [REDACTED] Firenze, [REDACTED] Firenze e [REDACTED] Firenze contro [REDACTED] S.r.l, osserva quanto segue.

Ai fini che ci occupano, appaiono, infine, irrilevanti i richiami di parte ricorrente alla disciplina antidiscriminatoria, avendo le summenzionate OO.SS. agito in questa sede *ex art. 28 l. n. 300/70* e non *ex art. 5, co. 2 d.lgs. n. 216/2003*.

È per l'effetto assorbita ogni ulteriore questione controversa fra le parti.

L'assoluta novità e l'estrema complessità e opinabilità delle questioni trattate giustificano l'integrale compensazione delle spese di lite *ex art. 92 c.p.c.*

**P.Q.M.**

- 1) rigetta il ricorso;
- 2) compensa integralmente fra le parti le spese di lite.

Si comunichi.



# I DIVIETI DI DISCRIMINAZIONE NELLO STATUTO DEL LAVORO AUTONOMO (L. 81/2017)

## IL PIANO INDIVIDUALE

### L'ABUSO DI DIPENDENZA ECONOMICA E LE CONDIZIONI «DISCRIMINATORIE»

Art. 3, c. 4. Ai rapporti contrattuali di cui al presente capo si applica, in quanto compatibile, l'articolo 9 della legge 18 giugno 1998, n. 192, in materia di abuso di dipendenza economica.

...

2. *L'abuso può anche consistere nel rifiuto di vendere o nel rifiuto di comprare, nella imposizione di condizioni contrattuali **ingiustificatamente gravose o discriminatorie**, nella interruzione arbitraria delle relazioni commerciali in atto.*

3. *Il patto attraverso il quale si realizzi l'abuso di dipendenza economica è **nullo**. Il giudice ordinario competente conosce delle azioni in materia di abuso di dipendenza economica, comprese quelle **inibitorie** e per il **risarcimento** dei danni*





48. Un prerequisito per raggiungere l'equilibrio tra lavoro e famiglia e la parità di genere sul lavoro è che tutte le lavoratrici godano di un'adeguata protezione della maternità. A livello globale, però, circa il 71 per cento delle madri che lavorano non ricevono alcuna prestazione speciale in denaro, a carattere contributivo o non contributivo, in quanto lavoratrici autonome, che svolgono un lavoro informale o in piccole imprese, e che sono impiegate in lavori come il lavoro interinale, oppure con contratti di lavoro brevi o part-time, spesso senza copertura previdenziale. Inoltre, la maternità per molte è spesso causa di svantaggi sul lavoro, quali il demansionamento o l'affidamento di compiti che richiedono maggiori o minori qualifiche o competenze, al fine di costringerle ad andarsene.

# MATERNITÀ E GRAVIDANZA NELLO STATUTO DEL LAVORO AUTONOMO

## Art. 14 - Tutela della gravidanza, malattia e infortunio

1. La gravidanza, la malattia e l'infortunio dei lavoratori autonomi che prestano la loro attività in via continuativa per il committente **non comportano l'estinzione del rapporto di lavoro, la cui esecuzione, su richiesta del lavoratore, rimane sospesa**, senza diritto al corrispettivo, per un periodo non superiore a centocinquanta giorni per anno solare, fatto salvo il venir meno dell'interesse del committente.

2. In caso di maternità, **previo consenso del committente, è prevista la possibilità di sostituzione delle lavoratrici autonome**, già riconosciuta dall'articolo 4, comma 5, del testo unico di cui al decreto legislativo 26 marzo 2001, n. 151, **da parte di altri lavoratori autonomi di fiducia delle lavoratrici stesse**, in possesso dei necessari requisiti professionali, nonché' dei soci, anche attraverso il riconoscimento di forme di compresenza della lavoratrice e del suo sostituto.

*Art. 4, c. 5., T.U.: Nelle aziende in cui operano lavoratrici autonome di cui al Capo XI, è possibile procedere, in caso di maternità delle suddette lavoratrici, e comunque entro il primo anno di età del bambino o nel primo anno di accoglienza del minore adottato o in affidamento, all'assunzione di personale a tempo determinato e di personale temporaneo, per un periodo massimo di dodici mesi, con le medesime agevolazioni di cui al comma 3.*

*2232 c.c.: Il prestatore d'opera deve eseguire personalmente l'incarico assunto. Può tuttavia valersi, sotto la propria direzione e responsabilità, di sostituti e ausiliari, se la collaborazione di altri è consentita dal contratto o dagli usi e non è incompatibile con l'oggetto della prestazione.*



**Cass., sez. lav., 26 maggio 2004, n. 10179**

il divieto oggettivo di discriminazione dei lavoratori per ragioni collegate all'appartenenza a un determinato sesso ... **sicuramente opera anche nei rapporti di lavoro autonomo**, sulla base della Costituzione, dei principi generali dell'ordinamento e, in particolare, delle regole poste dal diritto comunitario.

**MA**

**... è esclusa la estensione in favore delle lavoratrici autonome del divieto di risoluzione del rapporto di lavoro operante per le lavoratrici subordinate**, senza che tale esclusione possa sollevare dubbi di illegittimità costituzionale, emergendo dalla stessa giurisprudenza costituzionale (v. sent. n. 150 del 1994) il principio della non comparabilità tra le posizioni del lavoratore subordinato e del lavoratore autonomo ... Nè l'ordinamento comunitario, che pure ha imposto l'estensione del principio della parità di trattamento e della tutela antidiscriminatoria a tutti i lavoratori, compresi quelli autonomi, contiene precetti che impongano agli Stati membri di vietare il recesso dal rapporto in essere con lavoratrici madri, neanche con riferimento alle lavoratrici subordinate. (Fattispecie relativa al recesso da un rapporto di agenzia).

**CGUE 19 settembre 2019, n. 544 (Causa C-544/18)**



Una donna che smetta di lavorare a causa delle limitazioni fisiche collegate alle ultime fasi della gravidanza e al periodo successivo al parto conserva la qualità di «lavoratore» (45 TFUE), purché riprenda il suo lavoro o trovi un altro impiego entro un ragionevole periodo di tempo dopo la nascita di suo figlio

**Tale soluzione può essere applicata alle persone che hanno esercitato la loro libertà di stabilimento ai sensi dell'articolo 49 TFUE?**



**Secondo il Governo del Regno Unito > NO** (rifiutato assegno per figli a carico stante assenza di titolo per il soggiorno)

*Il lavoratore autonomo può farsi sostituire!*

**CGUE 19 settembre 2019, n. 544 (Causa C-544/18)**

***Orbene, le donne incinte si trovano in una situazione di vulnerabilità paragonabile, indipendentemente dal fatto che esercitino un'attività subordinata o un'attività autonoma.***

*Non può condurre a diversa conclusione l'argomento ... ribadito dal governo del Regno Unito ..., secondo il quale, in sostanza, una donna che non possa esercitare personalmente un'attività autonoma a causa di limitazioni connesse alle ultime fasi della gravidanza e al parto potrebbe farsi sostituire ...*

***Infatti, non può presumersi che una tale sostituzione sia sempre possibile, in particolare se l'attività in questione implica una relazione personale o un legame di fiducia con un cliente.***

*Ne discende che una donna che abbia cessato di esercitare un'attività autonoma a causa delle limitazioni fisiche collegate alle ultime fasi della gravidanza e al periodo successivo al parto non può essere oggetto di una disparità di trattamento, per quanto riguarda il mantenimento del suo diritto di soggiorno nello Stato membro ospitante, rispetto ad una lavoratrice subordinata in una situazione paragonabile.*

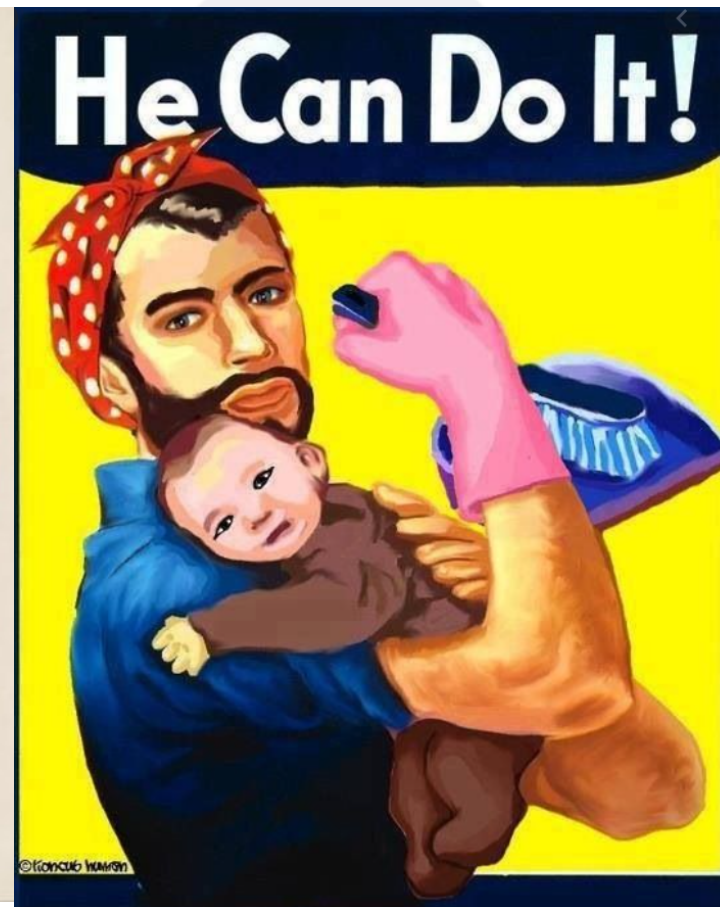


## Art. 13 - Indennità di maternità

All'articolo 64, comma 2, del testo unico delle disposizioni legislative in materia di tutela e sostegno della maternità e della paternità, di cui al [decreto legislativo 26 marzo 2001, n. 151](#), e successive modificazioni, al primo periodo, dopo le parole: «lavoro dipendente» sono aggiunte le seguenti: «, **a prescindere, per quanto concerne l'indennità di maternità spettante per i due mesi antecedenti la data del parto e per i tre mesi successivi, dalla effettiva astensione dall'attività lavorativa**».

*2. Ai sensi del comma 12 dell'[articolo 80 della legge 23 dicembre 2000, n. 388](#), la tutela della maternità prevista dalla disposizione di cui al comma 16, quarto periodo, dell'[articolo 59 della legge 27 dicembre 1997, n. 449](#), **avviene nelle forme e con le modalità previste per il lavoro dipendente, a prescindere, per quanto concerne l'indennità di maternità spettante per i due mesi antecedenti la data del parto e per i tre mesi successivi, dalla effettiva astensione dall'attività lavorativa***

## Una riflessione conclusiva...



**GRAZIE**

# LE DISCRIMINAZIONI DI GENERE TRA DIRITTO DELL'U.E. E DIRITTO INTERNO

Prof.ssa Daniela Izzi  
Dipartimento di Giurisprudenza  
dell'Università di Torino



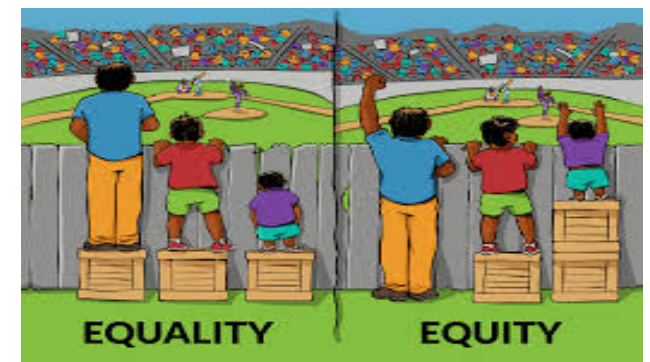
# LA DIFFERENZA DI GENERE AL CENTRO DEL DIRITTO ANTIDISCRIMINATORIO

Sulla differenza di genere è costruito il prototipo normativo

La marcata incidenza sulla disciplina interna delle fonti e della giurisprudenza dell'Unione europea

Un articolato quadro normativo nel quale è percepibile la progressiva apertura all'eguaglianza sostanziale con

- il divieto di discriminazioni indirette
- l'agevolazione dell'onere della prova
- le azioni positive





# IL QUADRO NORMATIVO

## Riferimenti essenziali nell'ordinamento nazionale

Artt. 3 e 37, comma 1, Cost.

Art. 15 l. 20 maggio 1970, n. 300, Statuto dei lavoratori

L. 9 dicembre 1977, n. 903 sulla parità tra uomini e donne

L. 10 aprile 1991, n. 125 sulle pari opportunità tra uomini e donne

**D. lgs. 11 aprile 2006, n. 198:** codice delle pari opportunità tra uomini e donne (nel quale sono confluite la l. 903/1977 e la l. 125/1991)

## Riferimenti essenziali nel diritto dell'Unione europea

Art. 157 TFUE (già art. 119 TCEE e poi art. 141 TCE)

Direttiva n. 75/117 sulla parità retributiva tra uomini e donne

Direttiva n. 76/207, come modificata dalla direttiva 2002/73, sulla parità fra uomini e donne nell'accesso al lavoro e nelle condizioni di lavoro

Direttiva n. 97/80 sull'onere della prova delle discriminazioni in base al sesso

**Direttiva n. 2006/54:** rifusione delle direttive sulla parità tra lavoratori e lavoratrici n. 75/117, n. 76/207 e n. 97/80



# LA DISCRIMINAZIONE DIRETTA IN BASE AL SESSO

**Definizione ex art. 2.1, lett. a, dir. 2006/54:** è discriminazione diretta la «situazione nella quale una persona è trattata meno favorevolmente in base al sesso di quanto un'altra persona sia, sia stata o sarebbe trattata in una situazione analoga»

**Definizione ex art. 25, comma 1, c.p.o.:** «Costituisce discriminazione diretta ... qualsiasi atto, patto o 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».

Da notare

- oggettività della discriminazione e irrilevanza dell'elemento soggettivo (Cass. n. 6575/2016)
- invocabilità del divieto anche da parte degli uomini (CG 17 maggio 1990, C-262/88, *Barber*)
- l'esigenza di una comparazione, che può essere instaurata in modo asincrono ma non in termini ipotetici (CG 27 marzo 1980, causa 129/79, *Macarthys*), a meno che sia evidente il nesso col genere del trattamento sfavorevole (CG 8 novembre 1990, C-177/88, *Dekker*). L'apertura al lavoratore ipotetico con la proposta di direttiva 4 marzo 2021 sul rafforzamento della parità retributiva COM (2021)93 final
- che costituisce discriminazione diretta qualunque trattamento sfavorevole legato alla gravidanza o al congedo di maternità (da *Dekker* all'art. 2.2, lett. c, dir. 2006/54). Dalla tutela della maternità a quella della genitorialità
- che non c'è spazio per giustificazioni ma solo per eccezioni predeterminate dal legislatore (artt. 14.2 e 28.1 dir. 2006/54, art. 27, comma 6, c.p.o.)

# LA DISCRIMINAZIONE INDIRETTA IN BASE AL SESSO

**Definizione ex art. 2.1, lett. a, dir. 2006/54:** è discriminazione indiretta la «situazione nella quale una disposizione, un criterio o una prassi apparentemente neutri possono mettere in una situazione di particolare svantaggio le persone di un determinato sesso, rispetto a persone dell'altro sesso, a meno che detta disposizione, criterio o prassi siano oggettivamente giustificati da una finalità legittima e i mezzi impiegati per il suo conseguimento siano appropriati e necessari»

**Definizione ex art. 25, comma 2, c.p.o. :** «Si ha discriminazione indiretta ... quando una disposizione, un criterio, una prassi, un atto, un patto o un comportamento apparentemente neutri mettono o possono mettere lavoratori di un determinato sesso in una condizione di particolare svantaggio rispetto a lavoratori dell'altro sesso, salvo che riguardino requisiti essenziali allo svolgimento dell'attività lavorativa, purché l'obiettivo sia legittimo ed i mezzi impiegati per il suo conseguimento siano appropriati e necessari».

Gli elementi costitutivi della discriminazione indiretta sono dunque:

- il **criterio apparentemente neutro**, come il contratto part-time (CG 31 marzo 1981, causa 96/80, *Jenkins*) o i sistemi di valutazione del lavoro (CG 17 ottobre 1989, causa 109/88, *Danfoss* e Cg 27 ottobre 1993, causa 127/92, *Enderby*) – al cui proposito rileva la proposta di direttiva 4 marzo 2021 sul rafforzamento della parità retributiva – o l'altezza (CG 18 ottobre 2017, causa C-409/16, *Esoterikon*, Cass. n. 3196/2019)
- lo **svantaggio sproporzionato o particolare**, anche solo potenziale
- l'**assenza di una causa di giustificazione** imperniata su parametro di essenzialità e principio di proporzionalità

# PER UN EFFICACE CONTRASTO GIUDIZIALE ALLE DISCRIMINAZIONI DI GENERE

La proiezione processuale della riconosciuta dimensione collettiva e sostanziale della disuguaglianza:

- ammissione di prove statistiche e parziale inversione dell'onere della prova a favore di chi denuncia discriminazioni e molestie (CG 17 ottobre 1989, causa 109/88, *Danfoss*, art. 19 dir. 2006/54, artt. 40 e 46 c.p.o.). Le ulteriori prospettive aperte dalla proposta di direttiva 4 marzo 2021 sul rafforzamento della parità retributiva
- l'azione giudiziale autonoma della Consigliera di parità contro le discriminazioni di carattere collettivo, anche in assenza di vittime identificabili (art. 37 c.p.o.)

# LA TRASVERSALITA' DELLA DIFFERENZA DI GENERE

La differenza di genere mantiene una sua specificità, essendo una differenza trasversale rispetto a tutte le altre, che può interferire con esse, provocando un effetto moltiplicatore della condizione di svantaggio (art. 29 dir. 2006/54, art. 17.2 dir. “razza” 2000/43, art. 19.2 dir. “quadro” 2000/78)

L'intreccio tra genere e altre caratteristiche soggettive a rischio:

- genere e disabilità (o genere e condizione di *caregiver* del disabile: CG 17 luglio 2008, causa C-303/06, *Coleman*)
- genere e fede religiosa (CG 14 marzo 2017, causa C-157/15, *Achbita*, e CG 14 marzo 2017, causa C-188/15, *Bougnaoui*)
- genere ed età (CG 7 febbraio 2018, C-142/17 e C-143/17, *Maturi e altre c. Fondazione Teatro dell'Opera di Roma*)

**Civile Ord. Sez. L Num. 20673 Anno 2020**

**Presidente: MANNA ANTONIO**

**Relatore: GHINOY PAOLA**

**Data pubblicazione: 29/09/2020**

**ORDINANZA**

sul ricorso 1189-2014 proposto da:

I.N.A.I.L. - ISTITUTO NAZIONALE PER  
L'ASSICURAZIONE CONTRO GLI INFORTUNI SUL  
LAVORO, in persona del legale rappresentante  
pro tempore, elettivamente domiciliato in  
ROMA, VIA IV NOVEMBRE 144, presso lo studio  
degli avvocati LUCIANA ROMEO, EMILIA FAVATA,  
che lo rappresentano e difendono;

**2020**

**- ricorrente -**

**676**

**contro**

TIRELLI PAOLA, CONSIGLIERA DI PARITA' DELLA  
PROVINCIA DI PISTOIA in persona del legale



rappresentante pro tempore, elettivamente  
domiciliate in ROMA, VIA CRESCENZIO 58,  
presso lo studio dell'avvocato BRUNO COSSU,  
che le rappresenta e difende unitamente  
all'avvocato MARINA CAPPONI;

- **controricorrenti** -

avverso la sentenza n. 958/2013 della CORTE  
D'APPELLO di FIRENZE, depositata il  
08/08/2013 R.G.N. 1088/2011.

**Fatti di causa:**

1. con ricorso proposto dinanzi al Tribunale di Pistoia secondo il rito sommario contro le discriminazioni di genere ex artt. 36 e 38 del d.lgs. n. 198 del 2006, la signora Paola Tirelli e la Consigliera di parità della provincia di Pistoia convenivano in giudizio l'IPSEMA al fine di sentire accertare l'illegittimità e la natura discriminatoria del comportamento dell'istituto previdenziale in relazione ai criteri adottati per la liquidazione dell'indennità di maternità in favore della ricorrente Tirelli e, per l'effetto, ricostituire e riliquidare il trattamento economico di maternità secondo i criteri di cui al t.u. n. 151 del 2001 e, conseguentemente, condannare l'istituto al pagamento della somma di € 11.200,00 o di quella diversa riconosciuta di giustizia, in subordine a titolo di danno patrimoniale subito.

2. In particolare la signora Tirelli, dipendente della società Meridiana s.p.a. con la qualifica e le mansioni di assistente di volo addetta a scali nazionali e internazionali, era stata assente per congedo per maternità nel periodo dal 15/5/2007 al 15/7/2008 ai sensi dell'articolo 16 del t.u. n. 151 del 2001 e lamentava che l'istituto avesse calcolato l'indennità di maternità non sulla base della retribuzione media globale giornaliera, così come stabilito dagli articoli 22 e 23 del suddetto d.lgs n. 151, ma sulla retribuzione assoggettata a prelievo contributivo e fiscale, conteggiando l'indennità di volo, sia per la parte fissa che per quella variabile, solo nella misura del 50%, così come stabilito dall'articolo 51 del TUIR n. 917 del 1986.

3. La Corte d'appello di Firenze confermava la sentenza del Tribunale di Pistoia che aveva accolto il ricorso e, accertata l'illegittimità e la discriminatorietà del comportamento dell'IPSEMA nella determinazione del trattamento di maternità, aveva

Paola Ghinoy, estensore

condannato l'INAIL, quale successore dell'IPSEMA, a corrispondere a Paola Tirelli l'indennità di maternità nell'importo richiesto.

4. La sentenza veniva confermata dalla Corte d'appello di Firenze.

5. Per la cassazione della sentenza l'INAIL, in qualità di successore dell'IPSEMA, ha proposto ricorso, affidato a due motivi, cui la Consigliera di parità della provincia di Pistoia e Paola Tirelli hanno resistito con controricorso e memoria ex art. 380 bis.1.c.p.c..

#### **RAGIONI DELLA DECISIONE:**

6. l'istituto deduce come primo motivo la falsa applicazione degli articoli 22 secondo comma e 23 terzo comma del d.lgs n. 151/2001, degli artt. 6 del d.lgs 314 del 1997 (modificativo dell'art. 27 commi 2 e 10 del DPR 797 del 1955), dell'art. 48 del TUIR n. 917 del 1986 (oggi art. 51 a seguito della rinumerazione disposta dal d.lgs n. 344 del 2003) nonché dell'art. 12 delle disposizioni preliminari al codice civile.

7. L'INAIL critica la ricostruzione delle fonti normative operata dai giudici di merito ed assume che, ai fini della determinazione della retribuzione parametro per il calcolo dell'indennità di maternità dovuta alle assistenti di volo, la voce retributiva c.d. indennità di volo debba essere considerata al 50% e non in misura intera. La soluzione muove dall'assunto che la retribuzione parametro dell'indennità di maternità è uguale alla retribuzione parametro dell'indennità di malattia, ai sensi dell'art. 23 comma 3 D.lgs. nr. 151 del 2001, e questa è uguale alla retribuzione imponibile ai fini contributivi, ai sensi dell'art. 27, comma 10, del DPR nr. 797 del 1955, che a sua volta è uguale alla retribuzione imponibile ai fini fiscali ai sensi dell'art. 27, comma 2, del DPR nr. 797 del 1955, che include il 50% delle indennità di volo ai sensi dell'art. 51 del DPR nr. 917 del 1986.

Paola Ghinoy, *estensore*

8. Come secondo motivo l'istituto ricorrente deduce la violazione e falsa applicazione dell'art. 25 comma 2-bis del d.lgs n. 198 del 2006 e lamenta che la Corte territoriale abbia ravvisato nella fattispecie un'ipotesi di discriminazione, che dovrebbe invece essere esclusa sulla base del rilievo che i criteri determinativi dell'indennità sono identici per tutto il personale navigante, stante l'uniformità della disciplina normativa, legislativa e regolamentare.

9. Il ricorso non è fondato.

La decisione della Corte territoriale costituisce l'esito di due autonome *rationes decidendi*, ritenendosi che le modalità di liquidazione adottate dall'IPSEMA derivino da un'errata applicazione della normativa di riferimento e che siano discriminatorie.

10. Al di là della possibile natura discriminatoria del criterio di calcolo dell'indennità di maternità adottato dall'istituto, la soluzione cui è pervenuta la Corte di merito è conforme a diritto, il che determina il rigetto del primo motivo di ricorso.

11. La questione agitata in causa è stata già affrontata e decisa da questa Corte nella sentenza 11/05/2018 n. 11414, a cui occorre dare continuità ed alle cui motivazioni ci si riporta.

12. Occorre quindi ribadire che l'art. 22 del D.lgs. nr. 151 del 2001 disciplina, in generale, il trattamento economico e normativo del congedo di maternità, stabilendo, quanto a quello economico (comma 1), che lo stesso sia «pari all'80% della retribuzione» e, quanto agli aspetti normativi (comma 2), che il trattamento sia corrisposto «con le modalità di cui all'art. 1 del decreto legge 30 dicembre 1979, n.633, convertito, con modificazioni, dalla legge 29 febbraio 1980, n. 33» e con gli «stessi criteri previsti per l'erogazione delle prestazioni dell'assicurazione obbligatoria contro le malattie».

Paola Ghinoy, estensore

13. Il rinvio ai criteri previsti per l'erogazione delle prestazioni dell'assicurazione obbligatoria contro le malattie, diversamente da quanto ritenuto dall'INAIL, deve intendersi riferito esclusivamente agli istituti che disciplinano l'indennità di malattia, come, per esempio, in tema di domanda amministrativa o di regime prescrizionale (cfr., in motivazione, Cass. n. 2865 del 2004).

14. Per il resto, 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 (così, in motivazione, Cass. n. 24009 del 2017).

15. La disciplina del calcolo del trattamento economico di maternità - e dunque delle modalità di determinazione del *quantum* - si rinviene, infatti, esclusivamente nel successivo art. 23 che, come correttamente interpretato dalla Corte d'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.

16. 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.

17. In questo senso appare corretto anche il richiamo, contenuto nella sentenza impugnata, alla pronuncia di questa Corte n. 8469

Paola Ghinoy. *estensore*

del 2003 che, sia pure in relazione a fattispecie diversa (disciplinata *ratione temporis* dall'art. 16 della legge nr.1204 del 1971 e relativa a lavoratrici dello spettacolo), ma assimilabile, per analoghi riferimenti letterali, al contenuto della disposizione di cui all'art. 23 del D.lgs. nr. 151 del 2001, affermava che la misura dell'indennità di maternità andasse determinata in relazione alla «retribuzione media globale giornaliera percepita» restando, invece, esclusa «la possibilità di computarla facendo applicazione del sistema di calcolo stabilito per una indennità intrinsecamente diversa quale quella di malattia».

18. A ciò è da aggiungere che, come sottolineato anche dai giudici di merito, viene in rilievo la particolare tutela della maternità, che il D.Lgs. nr. 151 del 2001, art. 23 è finalizzato a garantire, in armonia con gli artt. 30, 31 e 37 Cost., privilegiando, anche in via di interpretazione sistematica, un criterio di maggior mantenimento possibile del livello retributivo immediatamente precedente al congedo rispetto a criteri che, come quelli per il computo dell'indennità di malattia, comportano un'attribuzione parziale di alcune voci retributive.

19. Ciò risulta anche conforme agli indirizzi costituzionali secondo i quali l'indennità è diretta ad assicurare alla donna lavoratrice la possibilità di vivere l'evento senza una radicale riduzione del tenore di vita (v. Corte Cost. n. 132 del 1991 e n. 271 del 1999) e, altresì, agli indirizzi e alla legislazione europea (a partire, in particolare, dalle direttive nr. 86/613/CEE, nr. 92/85/CE e nr. 96/34/CE) ove da tempo, sia a livello dell'Unione nel suo complesso sia da parte dei singoli Stati, si riconosce che la tutela della maternità può favorire l'aumento dell'occupazione femminile che, a sua volta, può avere ricadute positive sulla sostenibilità del modello sociale, sul miglioramento del tasso di crescita del sistema economico e sulla

Paola Ghinoy, *estensore*



riduzione del rischio di povertà delle famiglie in generale (in motivazione, Cass. n. 5361 del 2012).

20. Il rigetto del primo motivo di ricorso preclude l'esame del secondo, in relazione al quale non è configurato alcun autonomo interesse alla decisione.

21. Le spese, liquidate come da dispositivo, seguono la soccombenza, con distrazione ex art. 93 c.p.c. in favore dei difensori in virtù della dichiarata anticipazione.

22. Ai sensi dell'art. 13, co. 1 quater, del d.lgs. n. 115 del 2002 si dà atto della sussistenza dei presupposti processuali per il versamento da parte del ricorrente dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello previsto per il ricorso a norma del comma 1 bis dello stesso art. 13, ove dovuto.

**P.Q.M.**

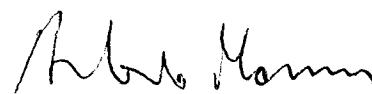
La Corte rigetta il ricorso. Condanna la parte ricorrente al pagamento delle spese del giudizio di legittimità, che liquida in complessivi € 4.000,00 per compensi professionali, oltre ad € 200,00 per esborsi, rimborso delle spese generali nella misura del 15% ed accessori di legge, con distrazione in favore degli avv.ti Marina Capponi e Bruno Cossu antistatari.

Ai sensi dell'art. 13, co. 1 quater, del d.lgs. n. 115 del 2002 dà atto della sussistenza dei presupposti processuali per il versamento da parte del ricorrente dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello previsto per il ricorso a norma del comma 1 bis dello stesso art. 13, ove dovuto.

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio del 19.2.2020

Il Presidente

Dott. Antonio Manna



IL CANCELLIERE  
Maria Pia Giacoia



# Osservatorio Sulle Discriminazioni

Monitoraggio della giurisprudenza italiana in tema di diritto antidiscriminatorio



SENTENZE

VIDEO

ARTICOLI

EVENTI

CHI SIAMO

CONTATTI



Discriminazione di genere    Sentenza

Discriminazione di genere, Mancata considerazione dei periodi di maternità per l'anzianità di servizio per il passaggio alla qualifica superiore, Corte d'Appello di Venezia, sentenza del 20.02.2018.

📅 25 giugno 2020    👤 Jennifer Michelotti    🔖 discriminazione di genere

REPUBBLICA ITALIANA  
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO  
LA CORTE D'APPELLO DI VENEZIA- Sezione Lavoro

Composta dai Magistrati:

Dr. Roberto Santoro Dr. Umberto Dosi Dr.ssa Annalisa Multari

ha pronunciato la seguente

Presidente Consigliere rei. Consigliere

**SENTENZA**

nella causa promossa in appello con ricorso depositato in data 5.1.2017

da

.....avv.ti

e

.....SPA (C.F./P.I. ), in persona del Procuratore dott. rappresentata e difesa dagli  
.....

, elettivamente domiciliata presso lo Studio di quest'ultimo

-appellante -

contro

.....(C.F.

), rappresentata e difesa dall'avv. , elettivamente domiciliata presso il suo Studio in

-appellata-

**OGGETTO:** riforma della sentenza n. 336/2016 del Giudice del lavoro del Tribunale di Venezia.

**IN PUNTO:** computabilità dei periodi di assenza per congedo maternità/parentale ai fini della progressione di carriera.

Conclusioni per l'appellante:

*"Piaccia a codesta Ecc.ma Corte di Appello accogliere il presente appello e, in riforma della sentenza impugnata, così provvedere:*

- *in via pregiudiziale e/o preliminare, dichiarare inammissibile il ricorso introduttivo del primo grado di giudizio;*
- *in via principale, rigettare tutte le domande formulate da controparte nel ricorso introduttivo del primo grado di giudizio in quanto ivi fondate sia in fatto che in diritto;*
- *condannare controparte al pagamento di spese e competenze professionali del doppio grado di*

Conclusioni per la parte appellata :

*Nel merito:*

*rigettarsi l'appello proposto da spa e per l'effetto confermarsi integralmente la statuizione di primo grado del Giudice del Lavoro del Tribunale di Venezia impugnata;*

*Con vittoria di spese, rimborso forfetario spese generali del 5% e competenze professionali come per legge, con distrazione in favore del sottoscritto procuratore che ha anticipato i primi e non riscosso i secondi.*

## SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Con ricorso di primo grado la ricorrente esponeva:

- di avere lavorato dal 2005 alle dipendenze della società resistente spa presso l'Aeroporto ....., con mansioni di agente di rampa/addetta ad assistenza passeggeri;
- di esser stata inquadrata, inizialmente, al livello 6° del CCNL di categoria, dal 10 dicembre 2007 al 5° livello e, dall'1 febbraio 2012, al 4° livello;
- di essersi assentata dal lavoro per congedo di maternità dall' 8.12.2008 al 18.05.2009 e dal 01.2011 al 5.06.2011 e per congedo parentale dal 19 .05.2009 al 18.10.2009 e per 27 giorni frazionati goduti nell'arco temporale intercorrente tra il mese di giugno e il mese di settembre del 2011;
- di esser stata discriminata dalla società resistente che non le aveva conteggiato, ai fini dell'acquisizione del 4° livello, a cui avrebbe avuto contrattualmente diritto sin dall'1.11.2010, i periodi di congedo di maternità ed altresì di congedo

Chiedeva all'adito Tribunale di accertare il diritto della ricorrente a vedersi computati i periodi di assenza per congedo di maternità e congedo parentale ai fini della progressione di carriera; conseguentemente, di accertare la natura discriminatoria e/o illegittima della mancata attribuzione in favore della ricorrente della qualifica di Impiegato di 4° livello ai sensi della contrattazione collettiva per il personale di terra del trasporto aereo e delle attività aeroportuali a decorrere dal 10 novembre 2010 ovvero dalla diversa data, antecedente o successiva, ritenuta equa e di giustizia; per l'effetto, anche al fine della rimozione degli effetti di natura discriminatoria, accertare e dichiarare il diritto della ricorrente all'inquadramento al 4° livello impiegatizio a decorrere dal 1° novembre 2010 ovvero dalla diversa data, anche antecedente, ritenuta equa e di giustizia ai sensi delle disposizioni della disciplina della contrattazione collettiva per il personale di terra del trasporto aereo e delle attività aeroportuali richiamata in atti; conseguentemente condannare la società convenuta al pagamento delle relative differenze retributive, da quantificarsi in separato giudizio, oltre alla regolarizzazione contributiva/previdenziale del rapporto di lavoro.

\*\*\*

Costituendosi, la società . spa chiedeva il rigetto del ricorso.

\*\*\*

Con sentenza n. 336/2016 del 4.5.2016 il Tribunale, in accoglimento del ricorso, accertata la natura discriminatoria della mancata attribuzione alla sig.ra del 4° livello impiegatizio CCNL personale di terra del trasporto aereo e delle attività aeroportuali a decorrere dall' 1.11.2010, ha accertato il diritto della lavoratrice a detto inquadramento con la decorrenza indicata, ed ha condannato la società al pagamento delle conseguenti differenze retributive ed alla rifusione delle spese di lite liquidate.

Il Tribunale ha fondato il proprio convincimento sulla base delle seguenti argomentazioni:

1. la contrattazione collettiva (art H2 CCNL), nell'individuare i periodi di attestazione per il passaggio da un livello di inquadramento all' altro, fa solo apparentemente riferimento a periodi di *"effettivo servizio"* nel livello precedente, trattandosi in realtà di periodi di *"mero servizio"*
2. una diversa lettura della norma contrattual-collettiva si rivelerebbe discriminatoria, in quanto finirebbe per limitare e rallentare la carriera di una donna rispetto a quella di un uomo e delle altre donne che non hanno figli, in ragione della propria maternità , senza alcuna giustificazione, in violazione della normativa comunitaria;
3. la discriminatorietà del comportamento tenuto dalla è dimostrata altresì dalla documentazione in atti, da cui risulta che vi sono stati lavoratori, assenti per malattia, per i quali tali assenze sono state computate da ai fini del servizio per la progressione di carriera, laddove la giustificazione addotta dall'azienda che si tratterebbe di pochi giorni rende ancor più evanescente ed arbitrario il comportamento datoriale.

Avverso la predetta sentenza ha proposto appello .... spa chiedendone la riforma sulla base dei seguenti motivi di gravame.

\*\*\*

Con il **primo motivo di appello** (*"Sull'erronea interpretazione della norma contrattual-collelliva*), l'appellante censura l'impugnata sentenza per avere il Tribunale erroneamente ritenuto che la norma contrattual-collettiva che prevede il decorso di determinati periodi di attestazione ai fini del passaggio di livello (dal sesto al quinto, e poi, dal quinto al quarto) va interpretata computando la mera anzianità di servizio e non l'effettivo espletamento della prestazione lavorativa, sicché secondo il Tribunale l'azienda avrebbe errato nell'escludere dal calcolo i periodi di assenza della sig.ra \_\_\_\_\_ per maternità e congedo parentale (che sono pari a 16 mesi circa).

Deduce che ai sensi del C.C.N.L. per il personale di terra del trasporto aereo e delle attività aeroportuali dell' 8.07.2010, art. H2, *"I livelli sono definiti dalle declaratorie – di seguito riportate al successivo punto 4 – intese come espressioni dei contenuti della professionalità in termini di conoscenze professionali, responsabilità e autonomia operativa. Ogni declaratoria è ulteriormente specificata dalle esemplificazioni proprie di ciascun livello. Tali esemplificazioni sono inserire nel livello massimo di attestazione previsto per la relativa posizione di lavoro, raggiungibile secondo le modalità ed i tempi specificamente indicati al successivo punto 5, il riconoscimento dell'esperienza e/o della completa autonomia di esecuzione che si conviene gli interessati abbiano progressivamente acquisito nel corso del relativo servizio effettuato nei diversi livelli in cui è collocata la specifica posizione e nei quali questa si intende convenzionalmente esemplificata (...)"* Con particolare riferimento alla figura lavorativa della lavoratrice (addetto di scalo), la contrattazione collettiva ha previsto che *"La posizione di lavoro è collocata su tre livelli: 6°-5°-4°. Il lavoratore sarà inizialmente assegnato al livello 6° e, dopo 18 mesi di servizio, al livello 5°, per poi conseguire, dopo ulteriori 24 mesi di servizio, il livello 4°"*.

Deduce che le parti collettive hanno valutato in 24 mesi di effettivo servizio nel 5° livello il periodo di tempo necessario alla progressiva acquisizione dell'esperienza e della completa autonomia esecutiva perché un lavoratore possa vedersi riconosciuto il 4° livello.

Afferma che la norma contrattual-collettiva è chiarissima nel far riferimento al "servizio effettuato" dal lavoratore nei vari livelli in cui è collocata la sua posizione lavorativa.

Deduce che la *ratio* delle declaratorie dei livelli 6, 5 e 4 (e l'inquadramento della posizione di addetto di scalo nei medesimi livelli in funzione dei mesi di effettivo servizio espletati) è quella di contemplare la crescita professionale del lavoratore in relazione all'esperienza ed alle capacità acquisite nel corso del tempo. Aggiunge che il percorso di crescita della professionalità del dipendente può avvenire esclusivamente attraverso l'effettivo espletamento del servizio e giammai con la mera



maturazione dell'anzianità lavorativa (qualora ad essa non corrisponda il materiale svolgimento della mansioni assegnate).

Afferma che non è neppure condivisibile l'assunto del Giudice di prime cure secondo cui nel contratto collettivo applicabile al caso di specie non vengono richiesti, ai fini del decorso del periodo di attestazione, i *“particolari requisiti”* previsti dal D.lgs. n. 151/2001, che all'art. 22, comma 5, con riferimento ai congedi per maternità, prevede quanto segue: *“Gli stessi periodi sono considerati, ai fini della progressione nella carriera, come attività lavorativa, quando i contratti collettivi non richiedano a tale scopo particolari requisiti”*; evidenza che se davvero la contrattazione collettiva non avesse voluto limitare il decorso del periodo di attestazione all'effettivo espletamento dell'attività lavorativa, avrebbe fatto riferimento all'anzianità di servizio, ma tale terminologia non è stata invece utilizzata nel CCNL, e ciò è perfettamente coerente con le altre disposizioni e, in particolare, con le declaratorie che fanno riferimento alla *“esperienza”* ed alla *“pratica specifica”* nella mansione volta.

\*

Con il secondo motivo di appello (*“Sulla discriminazione quale conseguenza de/l'interpretazione del/a norma contrattual-collettiva in senso favorevole all'azienda”*), la parte appellante censura la decisione del Tribunale laddove ha ritenuto che una diversa interpretazione della predetta norma contrattual collettiva determinerebbe una discriminazione in danno delle lavoratrici- madri, che vedrebbero rallentata la loro progressione di carriera in conseguenza della maternità .

Richiama sul punto l'art. 22 comma 5° del D.lgs. n. 151/2001 che, con riferimento ai periodi di congedo per maternità ed alla loro incidenza sulla progressione di carriera, precisa che *“Gli stessi periodi sono considerati, ai fini della progressione nella carriera, come attività lavorativa. quando i contratti collettivi non richiedano a tale scopo particolari requisiti”*.

Evidenza come il legislatore abbia quindi autorizzato la contrattazione collettiva a prevedere l'esistenza di determinati presupposti ai fini della progressione di carriera dei dipendenti; ne deriva che il contratto collettivo applicabile alla vicenda per cui è causa, nella sua corretta interpretazione come chiarita nel precedente motivo di gravame, assume forza di legge per effetto del richiamo contenuto nel D.lgs. n. 151/2001, ragion per cui l'applicazione delle disposizioni contrattual-collettive oggetto d'indagine non potrà in alcun caso portare al compimento di atti di gestione del rapporto di lavoro qualificabili come discriminatori.

Ribadisce che le statuizioni contenute nel contratto collettivo prevedono che tutti i periodi “non lavorati” quindi, non soltanto quelli per congedo di maternità e parentali ma anche le assenze per malattia- non possono ritenersi idonei in mancanza dell'effettivo espletamento del servizio, all'acquisizione dell'esperienza e della professionalità richieste dalla contrattazione collettiva.

Afferma che i richiami all'ordinamento comunitario contenuti nella sentenza non sono pertinenti e, comunque, sono stati valutati in maniera errata dal Giudice di prime cure (*“Com'è noto, infatti, le*

*direttive comunitarie sulla discriminazione fondata sul sesso sono state recepite nel nostro ordinamento con l'introduzione del codice delle pari opportunità . Trattandosi, quindi, di direttive non self-executing, lo Stato italiano deve ritenersi vincolato solo con riferimento all'obiettivo da raggiungere avendo facoltà di individuare il mezzo ritenuto più opportuno per il conseguimento della finalità perseguita").*



Con il terzo motivo di appello (*"Sul raffronto con le assenze per malattia di altri lavoratori"*), l'appellante censura la decisione del Tribunale laddove ha erroneamente ritenuto che la discriminatorietà del comportamento tenuto dall'azienda fosse ancor più evidente dal computo, comprovato dalla documentazione in atti, delle assenze per malattia di altri dipendenti ai fini della progressione in carriera. Deduce che i periodi di congedo maturati dall'appellata non sono in alcun modo comparabili con le singole assenze per malattia di altri dipendenti (che l'azienda invece ha calcolato nel periodo di attestazione); non può dubitarsi infatti che *"mentre un'assenza protrattasi per pochi giorni non può avere alcuna incidenza ai fini dell'acquisizione dell'esperienza e dell'autonomia previste dalla contrattazione collettiva, al contrario, le assenze che perdurano per mesi e mesi (o, come nella vicenda in esame, per un anno e mezzo circa!) non sono idonee all'acquisizione dei requisiti richiesti per il conseguimento del livello di inquadramento superiore"*. Diversamente opinando, *"si arriverebbe a determinare un'ingiusta disparità di trattamento nei confronti dei lavoratori che hanno prestato attività lavorativa per tutto il periodo di attestazione, salvo sporadiche assenze"*.

\*\*\*

Si è costituita in appello la ricorrente resistendo e chiedendo il rigetto del gravame.

\*\*\*

La causa in grado di appello è stata deciso come da separato dispositivo di sentenza allegato agli atti.

L'appello è infondato e va rigettato.

### MOTIVI DELLA DECISIONE

L'art. 22 del T.U. 151/2001, ai commi 3°, 4° e 5°, così recita:

3. *I periodi di congedo di maternità devono essere computati nell'anzianità di servizio a tutti gli effetti, compresi quelli relativi alla tredicesima mensilità o alla gratifica natalizia e alle ferie.*
4. *I medesimi periodi non si computano ai fini del raggiungimento dei limiti di permanenza nelle liste di mobilità di cui all'articolo 7 della legge 23 luglio 1991, n.223, fermi*

*restando i limiti temporali di fruizione dell'indennità di mobilità. I medesimi periodi si computano ai fini del raggiungimento del limite minimo di sei mesi di lavoro effettivamente prestato per poter beneficiare dell'indennità di mobilità.*

5. *Gli stessi periodi sono considerati, ai fini della progressione nella carriera, come attività lavorativa, quando i contratti collettivi non richiedano a tale scopo particolari*

\*

Rileva la Corte che la contrattazione collettiva non richiede l'effettiva presenza in servizio del lavoratore quale presupposto per il decorso dei periodi di attestazione, ai fini della progressione nella carriera.

In particolare, l'**art. H2 del CCNL 8.7.2010** citato, nello stabilire diversi livelli di inquadramento e le varie progressioni temporali secondo le scansioni temporali previste dai vari periodi di attestazione, non prevede la necessità della presenza effettiva del lavoratore, limitandosi a valorizzare il mero decorso del tempo quale criterio presuntivo convenzionale circa l'avvenuto raggiungimento della professionalità richiesta per il superiore livello.

Inoltre, l'**art. 23 del CCNL 8.7.2010** relativo alla "Tutela della maternità", ai commi 4° e 9°, conferma che l'assenza collegata alla gravidanza, alla maternità ed al periodo di congedo parentale debba essere computato a tutti gli effetti nell'anzianità di servizio.

Va altresì richiamata la **sentenza n.595 del 6.3.2014 della Corte di Giustizia**, che pronunciandosi sulla compatibilità con la direttiva 2006/54/CE (riguardante l'attuazione del principio di pari opportunità e di parità di trattamento tra uomini e donne in materia di occupazione e impiego) ha affermato:

*"Le disposizioni di attuazione del principio di parità di trattamento fra uomini e donne in materia di occupazione e impiego, contenute nell'art. 14, §1, lett. e), della direttiva 2006/154 e nell'art. 15 della stessa direttiva sono sufficientemente chiare, precise e incondizionate da poter produrre un effetto diretto. Esse rilevano rispettivamente l'esclusione in via generale ed in termini inequivocabili di qualsiasi discriminazione basata sul sesso e prevedono che all'fine del periodo di congedo per maternità la donna abbia diritto di riprendere il proprio lavoro o un posto equivalente secondo termini e condizioni che non le siano meno favorevoli, e a beneficiare di eventuali miglioramenti delle condizioni di lavoro che le sarebbero spettati durante la sua assenza".*

L'art.15 della direttiva prescrive appunto che *"alla fine del periodo di congedo di maternità la donna ha diritto di riprendere il proprio lavoro o un posto equivalente secondo termini e condizioni che non le siano meno favorevoli, e a beneficiare di eventuali miglioramenti delle condizioni di lavoro che le sarebbero spettate durante la sua assenza.*

La Corte di giustizia ha confermato che gli articoli della direttiva citati vietano qualsiasi tipo di trattamento meno favorevole per ragioni collegate alla gravidanza o al congedo per maternità ivi

compresi *“l'accesso a tutti i tipi e a tutti i livelli di orientamento professionale, formazione, perfezionamento e riqualificazione professionali, nonché l'esperienza professionale, le condizioni di occupazione e di lavoro”*.

Alla luce delle considerazioni tutte che precedono, è corretta la motivazione del Giudice di prime cure, che ha riconosciuto il diritto della di essere considerata a tutti gli effetti presente in servizio -ai fini della progressione in carriera- nei periodi di assenza per maternità/congedo parentale.

\*

L'illegittimità della condotta di spa trova ulteriore conferma nella circostanza (pacifica e non contestata in causa) che la società ha trattato in modo diverso i tipi di assenze, atteso che solo le assenze per maternità (e non quelle per malattia) non sono state valutate da ai fini della progressione nella carriera.

Ciò conferma che, diversamente da quanto asserito dalla società appellante, non sussiste alcuna disposizione contrattuale in base alla quale i periodi di attestazione necessari per il conseguimento del superiore inquadramento sarebbero solo quelli effettivamente lavorati.

\*\*\*

In conclusione, l'appello deve essere respinto.

\*\*\*

Le spese di lite del presente grado, in dispositivo liquidate facendo applicazione dei criteri previsti dal

D.M. 55/2014, seguono la soccombenza.

Al riguardo, si dà atto che per mero refuso è stata omessa al punto 2) del dispositivo di sentenza la pronuncia di distrazione delle spese (regolarmente formulata nella memoria difensiva di parte appellata), ed in tal senso va emendato il predetto capo di sentenza.

\*\*\*

Per il rigetto integrale dell'appello, deve darsi atto che sussistono le condizioni oggettive richieste dall'art.13, comma 1-quater del d.p.r. 115/2002 per il raddoppio del contributo unificato salva la verifica del requisito soggettivo di esenzione da parte di chi di competenza .

Infatti, l'art.1, comma 17 della legge 24 dicembre 2012, n. 228 del 2012 ha integrato l'art. 13 del D.P.R. 30 maggio 2002, n.115, aggiungendovi il comma 1 quater, nel cui testo è previsto solo che *“Il giudice dà atto nel provvedimento della sussistenza dei presupposti di cui al periodo precedente”*.

vale a dire rigetto integrale o dichiarazione d'inammissibilità o improcedibilità dell'impugnazione, anche incidentale.

Per l'inserimento della norma del 2012 nell' articolo che disciplina il contributo unificato anche il raddoppio dello stesso non può essere equiparato a una sanzione pecuniaria da comminarsi dal Giudice, ma ha la stessa natura di tributo (per tale conclusione cfr. Cass. S.U. n. 9938 dell' 8.5.2014, richiamata anche nella nota m. 19920/U del Min. Giustizia, Dip. Aff. Giustizia, Dir. Gen. Giust. Civ.).

Ne deriva, pertanto, che l'entità del contributo e eventuali condizioni reddituali e/o soggettive di esonero sono questioni che esorbitano dalla giurisdizione del giudice civile e non devono essere disaminate in questa sede.

P.Q.M

La Corte, definitivamente pronunciando nella causa in epigrafe indicata, rigettata ogni diversa istanza, eccezione e deduzione, così decide:

1 Rigetta l'appello;

2 Condanna la società appellante a rifondere alla parte appellata le spese di lite del presente grado di giudizio, liquidate in € 6.615,00 per compensi professionali oltre €20,00 per spese, oltre rimborso forfetario spese generali ex lege, IVA e CPA;

Venezia 23.11.2017

Il Consigliere estensore Umberto Dosi

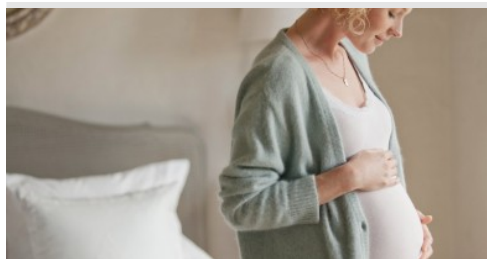
Il Presidente Dott. Roberto Santoro

Depositato in cancelleria il 20 febbraio 2018.

← Indennità corrisposta alla cessione contratto, Discriminazione lavoratori a tempo determinato, Corte di Giustizia UE, Sentenza 05 giugno 2018, n. C-57416

Discriminazione razziale, limitazione accesso buoni spesa agli stranieri senza permesso di soggiorno Tribunale di Roma, decreto del 21 aprile 2020 →

## 👍 Potrebbe anche interessarti



Finalmente il revirement della Cassazione sul licenziamento discriminatorio. Roberta Santoni Rugiu giudice della Corte di Appello di Firenze, sezione lavoro.

📅 20 luglio 2016



Discriminazione indiretta di genere, Corte d'Appello di Torino, sentenza del 10.04.2014, in riforma della sentenza del Tribunale di Torino 11 giugno 2013

📅 14 giugno 2016



Discriminazione di genere, sentenza del Tribunale Roma, 12 marzo 2008

📅 20 ottobre 2016

### Credits

Foto in header di haley Bell su flickr

Copyright © 2021 [Osservatorio Sulle Discriminazioni](#). Tutti i diritti riservati.  
Tema: ColorMag di [ThemeGrill](#). Powered by [WordPress](#).

## SENTENZA

Corte giustizia UE - 27/10/1993, n. 127

### Intestazione

Nel procedimento C-127/92,

avente ad oggetto la domanda di pronuncia pregiudiziale proposta alla Corte, a norma dell' art. 177 del Trattato CEE, dalla Court of Appeal dell' Inghilterra e del Galles, nella causa dinanzi ad essa pendente tra

Dott.ssa Pamela Mary Enderby

e

Frenchay Health Authority

Secretary of State for Health,

domanda vertente sull' interpretazione dell' art. 119 del Trattato, che sancisce il principio della parità di retribuzione fra i lavoratori di sesso maschile e quelli di sesso femminile,

LA CORTE,

composta dai signori O. Due, presidente, G.F. Mancini, J.C. Moitinho de Almeida e D.A.O. Edward, presidenti di sezione, R. Joliet, F. A. Schockweiler, F. Grévisse, M. Zuleeg e J.L. Murray, giudici,

avvocato generale: C.O. Lenz

cancelliere: signora L. Hewlett, amministratore

viste le osservazioni scritte presentate:

- per la dott.ssa Enderby, ricorrente nella causa principale, dagli avv.ti Anthony Lester, QC, e David Pannick, QC,
- per la Frenchay Health Authority (FHA), prima resistente nella causa principale, dagli avv.ti Eldred Tabachnik, QC, e Adrian Lynch, barrister, incaricati dallo studio Bevan Ashford, solicitors,
- per il governo del Regno Unito, dalla signorina Sue Cochrane, del Treasury Solicitor' s Department, in qualità di agente, assistita dal signor Patrick Elias, QC, e dalla signora Eleanor Sharpston, barrister,
- per il governo della Repubblica federale di Germania, dai signori Ernst Roeder e Claus-Dieter Quassowski, rispettivamente, Ministerialrat e Regierungsdirektor presso il ministero federale dell' Economia, in qualità di agenti,
- per la Commissione delle Comunità europee, dalla signora Karen Banks, membro del servizio giuridico, in qualità di agente,

vista la relazione d' udienza,



sentite le osservazioni orali della dott.ssa Enderby, della FHA, del governo del Regno Unito, del governo tedesco e della Commissione, nell' udienza del 15 giugno 1993,

sentite le conclusioni dell' avvocato generale, presentate all' udienza del 14 luglio 1993,

ha pronunciato la seguente

Sentenza

1 Con ordinanza 30 ottobre 1991, pervenuta in cancelleria il 17 aprile 1992, la Court of Appeal dell' Inghilterra e del Galles ha sottoposto a questa Corte, a norma dell' art. 177 del Trattato CEE, varie questioni pregiudiziali vertenti sull' interpretazione dell' art. 119 del Trattato, che sancisce il principio della parità di retribuzione tra i lavoratori di sesso maschile e quelli di sesso femminile.

2 Le suddette questioni sono state sollevate in una controversia fra la dr.ssa Pamela Enderby, da una parte, e la Frenchay Health Authority (in prosieguo "FHA") ed il Secretary of State for Health, dall' altra, in merito alla differenza di retribuzione tra due funzioni esercitate nell' ambito del National Health Service (in prosieguo "NHS").

3 La ricorrente nella causa principale, che presta servizio in qualità di **logopedista alle dipendenze della FHA**, si ritiene vittima di una discriminazione salariale fondata sul sesso, in quanto, al suo livello d' inquadramento nell' ambito del NHS (Chief III), coloro che esercitano la sua professione, alla quale si dedicano prevalentemente donne, percepiscono una retribuzione notevolmente inferiore a quella di coloro che esercitano professioni analoghe in cui, ad un livello di carriera equivalente, gli uomini sono più numerosi delle donne. Nel 1986 essa citava in giudizio il suo datore di lavoro dinanzi ad un Industrial Tribunal, facendo valere che la propria retribuzione annua era di sole 10 106 , mentre quelle relative alle **funzioni di psicologo clinico principale e di farmacista principale** di grado III, funzioni equivalenti alla sua, erano rispettivamente di 12 527 e di 14 106 .

4 La domanda della dr.ssa Enderby veniva respinta dall' Industrial Tribunal e successivamente, in sede di appello, dall' Employment Appeal Tribunal. Secondo il giudice di primo grado, le differenze di retribuzione derivavano dalla specifica organizzazione di ciascuna categoria professionale ed in particolare dal fatto che **erano stati stipulati contratti collettivi distinti, non aventi carattere discriminatorio**. Anche il giudice d' appello considerava che dette differenze non erano dovute ad un intento discriminatorio. Inoltre, esso riteneva che era stato provato come **la situazione del mercato del lavoro incidesse in parte sulla differenza** di retribuzione fra logopedisti e farmacisti e che ciò era sufficiente per giustificare globalmente l' accertata differenza fra queste due categorie.

5 Adita a sua volta, la Court of Appeal, ritenendo che la definizione della controversia dipendeva dall' interpretazione dell' art. 119 del Trattato, decideva di effettuare il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia. Nell' esporre i fatti, nella propria ordinanza, essa ha designato come "funzione A" l' attività di logopedista principale e come "funzione B" l' attività di farmacista principale, presumendo, ai fini del presente procedimento, che queste due diverse funzioni siano di uguale valore. Essa ha poi formulato le seguenti questioni:

"1) Se il principio della parità delle retribuzioni enunciato dall' art. 119 del Trattato di Roma imponga al datore di lavoro di dare un' obiettiva giustificazione alla differenza di retribuzione tra la funzione A e la funzione B.

2) In caso di soluzione affermativa della questione sub 1, se il datore di lavoro possa addurre, quale ragione sufficiente per la differenza di retribuzione, il fatto che le retribuzioni rispettive della funzione A e della funzione B sono state stabilite tramite contrattazioni collettive diverse che (considerate separatamente) non discriminano sulla base del sesso e non operano in modo da arrecare svantaggio alle donne a causa del sesso.

3) Se, qualora il datore di lavoro sia in grado di dimostrare che a volte si verifica una forte carenza di candidati atti a svolgere la funzione B, e che egli paga, come incentivo, una più elevata retribuzione ai lavoratori che esercitano la funzione B, ma d' altro lato si possa dimostrare che solo una parte della differenza di retribuzione tra la funzione B e la funzione A deriva dalla necessità di attrarre candidati adatti alla funzione B,

a) l' intera differenza di retribuzione sia obiettivamente giustificata, oppure

b) soltanto la parte della differenza che serve ad attrarre candidati adatti alla funzione B sia obiettivamente giustificata, oppure

c) il datore di lavoro debba retribuire allo stesso modo la funzione A e la funzione B perché non è riuscito a dimostrare che l' intera differenza è obiettivamente giustificata".

6 Per una più ampia esposizione dei fatti della causa principale, dello svolgimento del procedimento e delle osservazioni scritte presentate alla Corte si fa rinvio alla relazione d' udienza. Questi elementi del fascicolo sono richiamati, in prosieguo, solo nella misura necessaria al ragionamento della Corte.

Sulla prima questione

7 Con la prima questione, la Court of Appeal mira a stabilire se il principio della parità delle retribuzioni fra lavoratori di sesso maschile e lavoratori di sesso femminile obblighi il datore di lavoro a provare, fornendo una giustificazione obiettiva, che una differenza di retribuzione fra

due attività che si presuppongono equivalenti e di cui l'una viene esercitata quasi esclusivamente da donne e l'altra prevalentemente da uomini non costituisce una discriminazione fondata sul sesso.

Sulla rilevanza della questione

8 Il governo tedesco sostiene che la Corte non può statuire sulla questione sottoposta senza aver prima accertato se le funzioni di cui trattasi siano equivalenti. Poiché, a suo avviso, le funzioni di logopedista e di farmacista non sono comparabili, non può sussistere alcuna violazione dell'art. 119 del Trattato e, di conseguenza, non è necessario che le differenze di retribuzione siano giustificate obiettivamente.

9 Questa tesi non può essere accolta.

10 Va ricordato che, secondo la costante giurisprudenza della Corte, l'art. 177 del Trattato istituisce una stretta collaborazione, basata su una ripartizione dei compiti, fra i giudici nazionali e la Corte. In tale contesto, spetta esclusivamente al giudice nazionale adito, che si assume la responsabilità della decisione, valutare, alla luce delle peculiarità di ciascuna causa, tanto la necessità di una pronuncia pregiudiziale ai fini del giudizio quanto la rilevanza delle questioni sottoposte alla Corte (v., in particolare, sentenza 16 luglio 1992, Asociación Española de Banca Privada, causa C-67/91, Racc. pag. I-4785, punto 25 della motivazione). Perciò, se la domanda del giudice nazionale verte sull'interpretazione di una norma comunitaria, la Corte è tenuta a statuire in proposito, a meno che non le si chieda di pronunciarsi su un problema generale di carattere puramente ipotetico, senza disporre degli elementi di fatto o di diritto necessari per risolvere utilmente le questioni sottoposte (v. sentenza 16 luglio 1992, Meilicke, causa C-83/91, Racc. pag. I-4871).

11 Nel caso di specie, la Court of Appeal, così come i giudici ai quali la controversia è stata precedentemente sottoposta, ha deciso, com'è consentito dalla legislazione britannica e con l'accordo delle parti, di esaminare la questione della giustificazione obiettiva della differenza di retribuzione prima di quella relativa all'equivalenza delle funzioni di cui trattasi, che può richiedere più complessi accertamenti. E' questo il motivo per cui le questioni pregiudiziali sono state formulate partendo dal presupposto che tali funzioni siano di uguale valore.

12 Poiché le è stata proposta una domanda d'interpretazione del diritto comunitario che non è manifestamente priva di qualsiasi rapporto con la realtà o con l'oggetto della causa principale, la Corte deve quindi pronunciarsi in proposito, mentre non è tenuta ad accertare essa stessa la validità di un'ipotesi che, se necessario, dovrà essere successivamente verificata dal giudice nazionale.

Sulla questione posta

13 Spetta normalmente alla persona che fa valere in giudizio determinati fatti a sostegno di una sua pretesa fornire la prova di tali fatti. L' onere di provare l' esistenza di una discriminazione salariale fondata sul sesso incombe quindi, in via di principio, al lavoratore che, ritenendosi vittima di una siffatta discriminazione, agisce nei confronti del datore di lavoro per ottenere che la discriminazione venga abolita.

14 Tuttavia, dalla giurisprudenza della Corte risulta che **l' inversione dell' onere della prova è ammessa, qualora risulti necessaria per non privare i lavoratori presumibilmente vittime di una discriminazione di qualsiasi mezzo efficace per far rispettare il principio della parità delle retribuzioni**. Ad esempio, un provvedimento che distingua i dipendenti a seconda dell' **orario di lavoro**, e che di fatto colpisca sfavorevolmente un numero molto più elevato di persone dell' uno o dell' altro sesso, va considerato in contrasto con lo scopo perseguito dall' art. 119 del Trattato, a meno che il datore di lavoro non provi che il provvedimento è giustificato da fattori obiettivi ed estranei a qualsiasi discriminazione fondata sul sesso (sentenza 13 maggio 1986, Bilka, causa 170/84, Racc. pag. 1607, punto 31 della motivazione; sentenza 27 giugno 1990, Kowalska, causa C-33/89, Racc. pag. I-2591, punto 16 della motivazione; sentenza 7 febbraio 1991, Nimz, causa C-184/89, Racc. pag. I-297, punto 15 della motivazione). Così pure, qualora l' impresa applichi un **sistema di retribuzione caratterizzato da una totale mancanza di trasparenza**, **ove il lavoratore di sesso femminile dimostri, su un numero relativamente elevato di lavoratori, che la retribuzione media dei lavoratori di sesso femminile è inferiore a quella dei lavoratori di sesso maschile**, il datore di lavoro ha l' onere di provare che la sua prassi salariale non è discriminatoria (sentenza 17 ottobre 1989, H.K./Danfoss, causa 109/88, Racc. pag. 3199, punto 16 della motivazione).

15 Nella fattispecie, come osservano la FHA ed il governo britannico, la situazione non è esattamente la stessa che nei casi considerati nella summenzionata giurisprudenza. In primo luogo, non si tratta di una discriminazione di fatto derivante da particolari disposizioni, come quelle che possono applicarsi, ad esempio, ai lavoratori ad orario ridotto. In secondo luogo, non si può far carico al datore di lavoro di applicare un sistema di retribuzione caratterizzato da una totale mancanza di trasparenza, poiché i livelli retributivi dei logopedisti e dei farmacisti del NHS sono determinati tramite regolari contrattazioni collettive che, per ciascuna di queste due categorie professionali, non risultano esser state discriminatorie.

16 **Tuttavia, se la retribuzione relativa alla funzione di logopedista è notevolmente inferiore a quella relativa alla funzione di farmacista e se la prima di queste funzioni è esercitata quasi esclusivamente da donne, mentre la seconda viene esercitata in prevalenza da uomini, una siffatta situazione sembra, a prima vista, implicare una discriminazione fondata sul sesso, quanto meno nel caso che le due funzioni considerate abbiano uguale valore e che i dati statistici da cui risulta tale situazione siano attendibili.**

17 **Spetta al giudice nazionale** valutare se tali dati statistici possano essere presi in considerazione, cioè se riguardino una popolazione sufficiente, se non riflettano fenomeni puramente fortuiti o congiunturali e se, in generale, appaiano significativi.

18 Quando, a prima vista, ci si trovi di fronte ad una discriminazione, **è il datore di lavoro che deve provare l' esistenza di ragioni obiettive per l' accertata differenza di retribuzione.** I lavoratori, infatti, non avrebbero modo di far rispettare il principio della parità delle retribuzioni dinanzi al giudice nazionale, se il fornire elementi che consentono di presumere una discriminazione non avesse la conseguenza d' imporre al datore di lavoro l' onere di provare che la disparità salariale non è in realtà discriminatoria (v., per analogia, sentenza H.K./Danfoss, summenzionata, punto 13 della motivazione).

19 Stando così le cose, **la prima questione dev' essere risolta nel senso che, qualora da statistiche significative risulti una notevole differenza di retribuzione tra due funzioni di uguale valore, delle quali l' una è esercitata quasi esclusivamente da donne e l' altra prevalentemente da uomini, l' art. 119 del Trattato obbliga il datore di lavoro a giustificare questa differenza mediante fattori obiettivi ed estranei a qualsiasi discriminazione fondata sul sesso.**

Sulla seconda questione

20 Con la seconda questione, la Court of Appeal mira a stabilire se sia sufficiente che il datore di lavoro, per giustificare la differenza di retribuzione, si riferisca al fatto che i livelli retributivi per le funzioni di cui trattasi sono stati determinati mediante processi di contrattazione collettiva che, benché condotti dalle stesse parti, sono distinti e, considerati separatamente, non hanno effetti discriminatori.

21 Come risulta chiaramente dall' art. 4 della direttiva del Consiglio 75/117/CEE, del 10 febbraio 1975, per il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri relative all' applicazione del principio della parità delle retribuzioni tra i lavoratori di sesso maschile e quelli di sesso femminile (GU L 45, pag. 19), i contratti collettivi, alla stessa stregua delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative, devono rispettare il principio sancito dall' art. 119 del Trattato.

22 **La circostanza che i livelli retributivi di cui trattasi siano stati determinati tramite contrattazioni collettive che sono state condotte separatamente per ciascuno dei due gruppi professionali interessati e che non hanno avuto effetti discriminatori nell' ambito di ciascuno di questi due gruppi non osta alla constatazione del fatto che, a prima vista, ci si trova di fronte a una discriminazione, qualora tali contrattazioni abbiano portato a risultati implicanti una disparità di trattamento fra due gruppi che dipendono dallo stesso datore di lavoro e che sono rappresentati dallo stesso sindacato.** Come rilevato dal governo tedesco, **il datore di lavoro**

**potrebbe facilmente eludere attraverso separate contrattazioni il principio della parità delle retribuzioni**, se, per giustificare la disparità salariale, potesse limitarsi a far valere l'assenza di discriminazioni nell'ambito di ciascuna contrattazione considerata separatamente.

23 La seconda questione dev'essere quindi risolta nel senso che **non è sufficiente, per giustificare obiettivamente la differenza di retribuzione tra due funzioni di uguale valore, delle quali l'una è esercitata quasi esclusivamente da donne e l'altra prevalentemente da uomini, far valere che i rispettivi livelli retributivi sono stati determinati tramite processi di contrattazione collettiva che, benché condotti dalle stesse parti, sono distinti e, considerati separatamente, non implicano alcun effetto discriminatorio.**

Sulla terza questione

24 Con la terza questione, la Court of Appeal mira a stabilire in qual misura - totale, parziale o nulla - il fatto che una parte **della differenza di retribuzione si spieghi con la scarsità di candidati per una data funzione e con la necessità di offrire, come incentivo, retribuzioni più elevate possa giustificare obiettivamente tale differenza di retribuzione.**

25 Secondo la costante giurisprudenza della Corte, **spetta al giudice nazionale**, che è il solo competente a valutare i fatti, stabilire se e in qual misura i motivi addotti dal datore di lavoro per giustificare l'adozione di un sistema retributivo che si applica indipendentemente dal sesso del lavoratore, ma che pregiudica di fatto più le donne che gli uomini, possano essere considerati motivi economici obiettivamente giustificati (sentenze Bilka, summenzionata, punto 36 della motivazione, e Nimz, summenzionata, punto 14 della motivazione). Fra questi motivi possono rientrare, in relazione alle esigenze e agli scopi dell'impresa, vari criteri quali la flessibilità o l'adattabilità ad orari e luoghi di lavoro variabili, la formazione professionale o l'anzianità del lavoratore (sentenza H.K./Danfoss, summenzionata, punti 22-24 della motivazione).

26 **La situazione del mercato del lavoro, che può indurre un datore di lavoro ad offrire, come incentivo, una retribuzione più elevata per una particolare attività, può costituire uno dei motivi economici obiettivamente giustificati, ai sensi della suddetta giurisprudenza.** La determinazione dell'esatta portata di un fattore del genere nelle circostanze di ciascun caso concreto richiede una valutazione dei fatti e rientra quindi nella competenza del giudice nazionale.

27 **Se, come sembra potersi desumere dalla questione da lui posta, è riuscito determinare esattamente la parte dell'incremento salariale imputabile alla situazione del mercato, il giudice nazionale deve necessariamente ammettere che la differenza di retribuzione è obiettivamente giustificata nella misura corrispondente a tale parte.**

28 Altrimenti, il giudice nazionale dovrà valutare se il peso della situazione del mercato sia stato, nella determinazione dell' importo della retribuzione, sufficientemente importante da giustificare obiettivamente, in tutto o in parte, la differenza.

29 La terza questione dev' essere quindi risolta nel senso che spetta al giudice nazionale determinare, applicando all' occorrenza il principio di proporzionalità, se e in qual misura la **scarsità di candidati per una data funzione e la necessità di offrire, come incentivo, retribuzioni più elevate costituiscano un motivo economico obiettivamente giustificato** della differenza di retribuzione tra le funzioni considerate.

Sulle spese

30 Le spese sostenute dal governo del Regno Unito, dal governo tedesco e dalla Commissione delle Comunità europee, che hanno presentato osservazioni alla Corte, non possono dar luogo a rifusione. Nei confronti delle parti nella causa principale il presente procedimento costituisce un incidente sollevato dinanzi al giudice nazionale, cui spetta quindi statuire sulle spese.

Per questi motivi,

LA CORTE,

pronunciandosi sulle questioni sottopostele dalla Court of Appeal dell' Inghilterra e del Galles, con ordinanza 30 ottobre 1991, dichiara:

1) Qualora da **statistiche significative** risulti una notevole differenza di retribuzione tra due funzioni di uguale valore, delle quali l' una è esercitata quasi esclusivamente da donne e l' altra prevalentemente da uomini, l' art. 119 del Trattato **obbliga il datore di lavoro a giustificare questa differenza mediante fattori obiettivi ed estranei a qualsiasi discriminazione fondata sul sesso.**

2) **Non è sufficiente, per giustificare obiettivamente la differenza di retribuzione** tra due funzioni di uguale valore, delle quali l' una è esercitata quasi esclusivamente da donne e l' altra prevalentemente da uomini, **far valere che i rispettivi livelli retributivi sono stati determinati tramite processi di contrattazione collettiva** che, benché condotti dalle stesse parti, sono distinti e, considerati separatamente, non implicano alcun effetto discriminatorio.



3) Spetta al giudice nazionale determinare, applicando all' occorrenza il principio di proporzionalità, se e in qual misura la **scarsenza di candidati per una data funzione e la necessità di offrire, come incentivo, retribuzioni più elevate** costituiscano un motivo economico obiettivamente giustificato della differenza di retribuzione tra le funzioni considerate.

## SENTENZA

Corte giustizia UE - 17/10/1989, n. 109

### Intestazione

Nel procedimento 109/88,

avente ad oggetto la domanda di pronuncia pregiudiziale proposta alla Corte, a norma dell' art . 177 del trattato CEE, dal "faglige voldgiftsret" ( tribunale arbitrale di categoria, Danimarca ) nella causa dinanzi ad esso pendente tra

Handels - og Kontorfunktionærernes Forbund i Danmark

e

Dansk Arbejdsgiverforening, che agisce per conto della Danfoss,

domanda vertente sulla portata del principio della **parità di trattamento tra lavoratori di sesso maschile e lavoratori di sesso femminile in materia di retribuzione.**

LA CORTE,

composta dai signori O . Due, presidente, M . Zuleeg, presidente di sezione, T . Koopmans, R . Joliet, J.C. Moitinho de Almeida, G.C . Rodríguez Iglesias e M . Díez de Velasco, giudici,

avvocato generale : C.O . Lenz

cancelliere : H.A . Ruehl, amministratore principale

viste le osservazioni presentate :

- per la Handels - og Kontorfunktionærernes Forbund i Danmark, dall' avv . L.S . Andersen,
- per la Dansk Arbejdsgiverforening, dall' avv . H . Werner,
- per la Commissione delle Comunità europee, dai suoi agenti sig . J . Currall e sig.na I . Langermann, membri del suo servizio giuridico,
- per il governo danese, dal suo agente sig . P . Vesterdorf, consigliere giuridico,
- per il governo britannico, dai suoi agenti sig.ra S.J . Hay e sig . D . Wyatt,
- per il governo italiano, dall' avvocato dello Stato P.G . Ferri,
- per il governo portoghese, dai suoi agenti sig . Fernandez e sig.ra Leitão,

vista la relazione d' udienza ed in seguito alla trattazione orale del 10 maggio 1989,

sentite le conclusioni dell' avvocato generale presentate all' udienza del 31 maggio 1989,

ha pronunciato la seguente

Sentenza

1 Con ordinanza 12 ottobre 1987, pervenuta in cancelleria il 5 aprile 1988, il "faglige voldgiftsret" ( tribunale arbitrale di categoria ) ha sottoposto alla Corte, a norma dell' art . 177 del trattato CEE, diverse questioni pregiudiziali relative all' interpretazione della direttiva 75/117 del Consiglio del 10 febbraio 1975, per il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri relative all' applicazione del principio della parità delle retribuzioni tra i lavoratori di sesso maschile e quelli di sesso femminile ( GU L 45, pag . 19 ), in prosieguo : "la direttiva sulla parità delle retribuzioni ".

2 Tali questioni sono state sollevate nell' ambito di una controversia tra la Federazione degli impiegati di commercio, ossia la "Handels - og Kontorfunktionaerernes Forbund i Danmark" ( in prosieguo "Federazione degli impiegati "), e la Confederazione dei datori di lavoro, la "Dansk Arbejdsgiverforening" ( in prosieguo "Confederazione dei datori di lavoro "), che agisce per l' impresa Danfoss . La Federazione degli impiegati sostiene che la prassi salariale dell' impresa Danfoss comporta discriminazioni basate sul sesso e viola pertanto l' art . 1 della legge danese 5 maggio 1986, n . 237, che ha dato attuazione alla direttiva sulla parità delle retribuzioni .

3 La Danfoss corrisponde la stessa retribuzione base ai lavoratori inquadrati nello stesso livello retributivo. Facendo uso della facoltà di cui all' art . 9 del contratto collettivo concluso il 9 marzo 1983 tra la Confederazione dei datori di lavoro e la Federazione degli impiegati, essa concede tuttavia ai suoi dipendenti aumenti retributivi individuali calcolati in particolare in base alla loro flessibilità, alla loro formazione professionale e alla loro anzianità .

4 Nella causa principale, la Federazione degli impiegati aveva convenuto una prima volta la Danfoss dinanzi al tribunale arbitrale di categoria facendo valere il principio della parità di retribuzione a favore di due impiegate addette una al servizio di laboratorio e l' altra a quello di ricevimento e di spedizione in magazzino . A sostegno del suo ricorso, essa aveva fatto valere il fatto che nell' ambito di questi due livelli retributivi la retribuzione media di un lavoratore di sesso maschile era superiore a quella di un lavoratore di sesso femminile . Nel suo lodo del 16 aprile 1985, il tribunale arbitrale aveva tuttavia ritenuto, alla luce del numero limitato di lavoratori le cui retribuzioni erano state prese in considerazione, che la Federazione degli impiegati non avesse fornito la prova di una discriminazione . La Federazione degli impiegati ha quindi intentato un nuovo ricorso presentando statistiche più elaborate relative alle retribuzioni versate a 157 lavoratori tra il 1982 ed il 1986, statistiche

dalle quali risulta che la retribuzione media corrisposta ai lavoratori di sesso maschile è superiore del 6,85% a quella corrisposta ai lavoratori di sesso femminile .

5 Stando così le cose, il tribunale arbitrale di categoria ha deciso di sospendere il giudizio e di sottoporre alla Corte una serie di questioni pregiudiziali relative all' interpretazione della direttiva sulla parità di retribuzione . Esse sono così formulate :

"1 a ) Supponendo che un lavoratore di sesso maschile e uno di sesso femminile compiano lo stesso lavoro o lavori dello stesso valore, si chiede alla Corte di decidere a chi ( datore di lavoro o lavoratore ) incomba l' onere di provare che la differenza di retribuzione fra i due lavoratori sia dovuta o non sia dovuta ad un motivo determinato dal sesso .

1 b ) Se sia in contrasto con la direttiva sulla parità di retribuzione corrispondere una retribuzione maggiore ai lavoratori di sesso maschile i quali compiono lo stesso lavoro o un lavoro dello stesso valore dei lavoratori di sesso femminile, unicamente secondo criteri soggettivi, ad esempio la flessibilità di un collaboratore .

2 a ) Se la direttiva osti a che a lavoratori di sesso diverso, i quali compiono lo stesso lavoro o lavori di valore uguale, a parte la retribuzione base pattuita, vengano corrisposti aumenti per anzianità, speciale preparazione, ecc .

2 b ) In caso di soluzione affermativa della questione 2 a ), si chiede come un' impresa, senza trasgredire la direttiva, possa operare una differenziazione di retribuzione tra i singoli collaboratori .

2 c ) Se la direttiva osti a che dei lavoratori di sesso diverso, i quali compiono lo stesso lavoro o lavori dello stesso valore, siano retribuiti in misura diversa a causa di una diversa preparazione professionale .

3 a ) Se un lavoratore od un' organizzazione di categoria, qualora documenti che un' impresa con molti dipendenti ( ad esempio, più di 100 ), i quali compiono un lavoro dello stesso genere o dello stesso valore, retribuisce in media le donne meno degli uomini, possa ritenere di aver provato che la direttiva è stata trasgredita .

3 b ) In caso di soluzione affermativa della questione 3 a ), se la conseguenza ne sia che i due gruppi di lavoratori ( uomini e donne ) devono avere in media la stessa retribuzione .

4 a ) Qualora sia accertato che la differenza di retribuzione per lo stesso lavoro è dovuta al fatto che i due lavoratori rientrano in due diversi contratti di lavoro, se ciò implichi che la direttiva non va applicata .

4 b ) Se nel valutare tale questione abbia rilievo il fatto che i due contratti di lavoro riguardino per intero o soprattutto lavoratori di sesso maschile in un caso e di sesso femminile nell' altro " .

6 Per una più ampia esposizione degli antefatti della causa principale, dello svolgimento del procedimento e delle osservazioni presentate dinanzi alla Corte si rinvia alla relazione d'udienza . Questi elementi del fascicolo sono richiamati solo nella misura necessaria alla comprensione del ragionamento della Corte .

Sul carattere di organo giurisdizionale del tribunale arbitrale di categoria

7 Per quanto riguarda la questione se il tribunale arbitrale di categoria costituisca un organo giurisdizionale di uno Stato membro ai sensi dell' art . 177 del trattato, bisogna sottolineare anzitutto che, ai sensi dell' art . 22 della legge danese 13 giugno 1973, n . 317, relativa alla giurisdizione del lavoro, le controversie tra le parti di contratti collettivi, in mancanza di disposizioni specifiche contenute in tali contratti, sono assoggettate alla procedura tipo adottata dalla Confederazione dei datori di lavoro e dalla Federazione degli impiegati . E' quindi un tribunale arbitrale che risolve la controversia in ultima istanza . Tale tribunale può essere adito da una delle parti : poco importa che l' altra vi si opponga . Ne deriva che la competenza del tribunale non dipende dall' accordo delle parti .

8 Bisogna rilevare poi che la stessa norma della legge sopramenzionata disciplina il modo in cui il tribunale deve essere composto, e specificamente il numero dei membri che devono essere nominati dalle parti ed il modo in cui deve essere designato l' arbitro principale in mancanza di accordo tra di esse. La composizione del tribunale arbitrale non è quindi lasciata alla libera decisione delle parti .

9 Stando così le cose, il tribunale arbitrale di categoria dev' essere considerato come un organo giurisdizionale di uno Stato membro ai sensi dell' art . 177 del trattato .

Sull' onere della prova (( questioni 1 a ) e 3 a ) )

10 Dal fascicolo risulta che la controversia tra le parti nella causa principale trova origine nel fatto che **il meccanismo degli aumenti individuali applicati alle retribuzioni base è applicato in modo tale che un lavoratore di sesso femminile si trova nell' impossibilità di identificare le cause di una disparità tra la sua retribuzione e quella di un lavoratore di sesso maschile che svolge lo stesso lavoro . Infatti, i lavoratori ignorano quali siano i criteri di aumento che sono applicati nei loro confronti e le relative modalità di applicazione . Essi hanno conoscenza solo dell' importo della loro retribuzione maggiorata, senza poter determinare l' incidenza che ha avuto ciascuno dei criteri di maggiorazione . Quanti rientrano in un determinato livello retributivo sono quindi nell' impossibilità di comparare le varie componenti della loro**

**retribuzione con quelle della retribuzione dei loro colleghi che fanno parte dello stesso livello retributivo .**

11 Stando così le cose, le questioni poste dal giudice nazionale devono essere intese nel senso che mirano ad accertare se la direttiva sulla parità delle retribuzioni vada interpretata nel senso che, qualora un' impresa applichi un sistema di retribuzione caratterizzato da una mancanza totale di trasparenza, **il datore di lavoro ha l' onere di provare che la sua prassi salariale non è discriminatoria, ove il lavoratore di sesso femminile dimostri, rispetto a un numero relativamente elevato di lavoratori, che la retribuzione media dei lavoratori di sesso femminile è inferiore a quella dei lavoratori di sesso maschile .**

12 A tal riguardo, bisogna innanzitutto ricordare che nella sentenza 30 giugno 1988 ( causa 318/86, Commissione / Francia, Racc . 1988, pag . 3559, punto 27 della motivazione ) la Corte ha censurato un **sistema di assunzione caratterizzato da una mancanza di trasparenza in quanto incompatibile col principio della parità di accesso all' impiego**, poiché tale mancanza di trasparenza impediva qualsiasi forma di controllo da parte dei giudici nazionali .

13 Bisogna sottolineare poi che, **quando si ha a che fare con un meccanismo di aumenti di retribuzione individuali caratterizzato da una mancanza totale di trasparenza, i lavoratori di sesso femminile possono dimostrare una disparità solo tra retribuzioni medie . Essi sarebbero privati di qualsiasi mezzo efficace per far rispettare il principio della parità delle retribuzioni dinanzi al giudice nazionale se il fatto di fornire tale prova non avesse la conseguenza di imporre al datore di lavoro l' onere di dimostrare che la sua prassi salariale non è in realtà discriminatoria .**

14 Va rilevato infine che, in base all' art . 6 della direttiva sulla parità delle retribuzioni, gli Stati membri devono adottare, in conformità alle loro situazioni nazionali e ai loro sistemi giuridici, i provvedimenti necessari per garantire l' applicazione del principio della parità delle retribuzioni ed assicurarsi dell' esistenza di mezzi efficaci che consentano di provvedere all' osservanza di tale principio . L' intento di efficacia che in tal modo sottostà alla direttiva deve portare ad interpretare quest' ultima nel senso che comporta adeguamenti alle regole nazionali relative all' onere della prova nelle situazioni specifiche in cui tali adeguamenti sono indispensabili all' attuazione effettiva del principio di parità .

15 Per provare che la sua prassi salariale non sfavorisce sistematicamente i lavoratori di sesso femminile, il datore di lavoro dovrà indicare in che modo ha applicato i criteri di maggiorazione e sarà così indotto a rendere il suo sistema di retribuzione trasparente .

16 Stando così le cose, si debbono risolvere le questioni 1 a ) e 3 a ) dichiarando che **la direttiva sulla parità delle retribuzioni va interpretata nel senso che, qualora un' impresa applichi un sistema di retribuzione caratterizzato da una totale mancanza di trasparenza, il**

datore di lavoro ha l' onere di provare che la sua prassi salariale non è discriminatoria, ove il lavoratore di sesso femminile dimostri, su un numero relativamente elevato di lavoratori, che la retribuzione media dei lavoratori di sesso femminile è inferiore a quella dei lavoratori di sesso maschile .

Sulla legittimità dei criteri di aumento di cui trattasi (( questioni 1 b ) e 2 a ) e c ) )

17 Con tali questioni si domanda essenzialmente se la direttiva vada interpretata nel senso che, qualora risulti che l' applicazione di criteri di aumento quali la flessibilità, la formazione professionale o l' anzianità del lavoratore sfavorisce sistematicamente i lavoratori di sesso femminile, il datore di lavoro può nondimeno giustificare la loro utilizzazione e si intende accertare a quali condizioni può farlo . Per risolvere tale questione bisogna esaminare ciascuno dei criteri separatamente .

18 Per quanto riguarda, in primo luogo, **il criterio della flessibilità**, dal fascicolo non risulta chiaramente la portata che gli deve essere attribuita . All' udienza, la Confederazione dei datori di lavoro ha fatto presente che il fatto di essere disposti a lavorare ad orari differenti non giustificava, di per sé, un aumento di retribuzione . Essa ha indicato che per applicare il criterio della flessibilità, il datore di lavoro valuta globalmente la qualità del lavoro effettuato dai suoi dipendenti e tiene conto, a tal fine, in particolare del loro impegno sul lavoro, del loro senso d' iniziativa e del volume di lavoro svolto .

19 Stando così le cose, **bisogna operare una distinzione a seconda che il criterio della flessibilità sia utilizzato per retribuire la qualità del lavoro svolto dal dipendente oppure per retribuire l' adattabilità del dipendente ad orari e luoghi di lavoro variabili** .

20 Nel primo caso, il criterio della flessibilità è incontestabilmente del tutto neutro dal punto di vista del sesso . Quando esso porta a sfavorire sistematicamente i lavoratori di sesso femminile, ciò può avvenire solo perché il datore di lavoro l' ha applicato in modo abusivo . Non è concepibile, infatti, che la qualità del lavoro svolto da questi ultimi sia generalmente inferiore . Il datore di lavoro non può pertanto giustificare l' utilizzo del criterio della flessibilità, così inteso, qualora la sua applicazione si riveli sistematicamente sfavorevole alle donne .

21 Diversamente è nel secondo caso . Se inteso nel senso che comprende l' adattabilità del lavoratore ad orari e luoghi di lavoro variabili, **il criterio della flessibilità può anche operare a danno dei lavoratori di sesso femminile**, i quali, a causa di impegni casalinghi e familiari di cui hanno sovente la responsabilità, possono meno facilmente dei lavoratori di sesso maschile organizzare il loro orario di lavoro in modo flessibile .

22 Nella sentenza 13 maggio 1986 ( causa 170/84, **Bilka**, Racc . pag . 1607 ), la Corte ha considerato che la politica di un' impresa intesa a retribuire globalmente in misura maggiore i lavoratori a tempo pieno rispetto a quelli ad orario ridotto, esclusi da un regime pensionistico

aziendale, poteva colpire un numero molto più elevato di donne che di uomini, in considerazione delle difficoltà che incontrano i lavoratori di sesso femminile a lavorare a tempo pieno . Essa ha tuttavia dichiarato che l' impresa poteva provare che la sua prassi salariale era determinata da fattori obiettivamente giustificati ed estranei a qualsiasi discriminazione fondata sul sesso e che, se vi riusciva, non sussisteva infrazione all' art . 119 del trattato . Tali considerazioni valgono anche nel caso di una prassi salariale che retribuisce specificamente l' adattabilità dei lavoratori ad orari e luoghi di lavoro variabili . Il datore di lavoro può quindi giustificare la remunerazione di una **tale adattabilità** dimostrando che quest' ultima **riveste importanza per l' esecuzione di compiti specifici** che sono affidati al lavoratore .

23 Per quanto riguarda, in secondo luogo, **il criterio della formazione professionale**, non è escluso che esso possa svolgere un ruolo a danno dei lavoratori di sesso femminile laddove questi ultimi abbiano avuto **minori possibilità** di acquisire una formazione professionale altrettanto avanzata rispetto a quella dei lavoratori di sesso maschile o abbiano utilizzato tali possibilità in misura minore . Tuttavia, alla luce delle considerazioni espresse nella sentenza 13 maggio 1986, sopramenzionata, il datore di lavoro può giustificare la remunerazione di una formazione professionale particolare dimostrando che **tale formazione riveste importanza per l' esecuzione di compiti specifici** che sono affidati al lavoratore .

24 Per quanto riguarda, in terzo luogo, **il criterio dell' anzianità**, non è neppure escluso che esso possa, come quello della formazione professionale, comportare un trattamento meno favorevole dei lavoratori di sesso femminile rispetto ai lavoratori di sesso maschile in quanto le donne sono entrate più recentemente sul mercato del lavoro rispetto agli uomini o subiscono più frequentemente un' interruzione di carriera . Tuttavia, poiché l' anzianità va di pari passo con l' esperienza e quest' ultima pone generalmente il lavoratore in grado di meglio svolgere le sue prestazioni, **il datore di lavoro è libero di remunerarla senza dover dimostrare l' importanza che essa riveste per l' esecuzione dei compiti specifici** che sono affidati al lavoratore .

25 Stando così le cose, le questioni 1 b ) e 2 a ) e c ) vanno risolte dichiarando che la direttiva sulla parità delle retribuzioni dev' essere interpretata nel senso che, quando risulta che l' applicazione di criteri di aumento quali la flessibilità, la formazione professionale o l' anzianità del lavoratore sfavorisce sistematicamente i lavoratori di sesso femminile :

- il datore di lavoro può giustificare il ricorso al **criterio della flessibilità** se esso viene inteso come attinente all' adattabilità ad orari e luoghi di lavoro variabili, dimostrando che tale adattabilità riveste importanza per l' esecuzione di compiti specifici che sono affidati al lavoratore, ma non se tale criterio viene inteso nel senso che si riferisce alla qualità del lavoro svolto dal lavoratore;



- il datore di lavoro può giustificare il ricorso al criterio della **formazione professionale** dimostrando che tale formazione riveste importanza per l' esecuzione dei compiti specifici che sono affidati al lavoratore;

- il datore di lavoro non deve particolarmente giustificare il ricorso al criterio dell' **anzianità** .

Sul modo in cui il datore di lavoro può legittimamente differenziare le retribuzioni dei suoi dipendenti ( questione 2 b ) )

26 Dato che dalle soluzioni date alle questioni sulla legittimità dei criteri di aumento di cui trattasi (questioni 1 b ) e 2 a ) e c ) ) è apparso chiaro come la legittimità di questi criteri di aumento dovesse essere valutata in diritto comunitario, la questione sul modo in cui il datore di lavoro può legittimamente differenziare la retribuzione dei suoi dipendenti (( questione 2 b ) )) diventa superflua .

Sull' incidenza dell' esistenza di due contratti collettivi distinti ( questione 4 )

27 Con tale questione, il giudice nazionale tende ad accertare se l' esistenza di due contratti collettivi distinti che si applicano, in sostanza, rispettivamente a lavoratori di sesso maschile e a lavoratori di sesso femminile abbia l' effetto di escludere l' applicazione della direttiva sulla parità delle retribuzioni .

28 A tal riguardo, bisogna notare che dalla stessa ordinanza di rinvio risulta che il contratto collettivo 9 marzo 1983, sopramenzionato, è il solo che viene in considerazione nel caso di specie . Le parti nella causa principale l' hanno del resto confermato dinanzi alla Corte all' udienza . Stando così le cose, non occorre risolvere la questione 4 sollevata dal giudice nazionale .

Sulle spese

29 Le spese sostenute dai governi danese, britannico, portoghese e italiano e dalla Commissione delle Comunità europee, che hanno presentato osservazioni alla Corte, non possono dar luogo a rifusione . Nei confronti delle parti nella causa principale, il presente procedimento ha il carattere di un incidente sollevato dinanzi al giudice nazionale, cui spetta quindi statuire sulle spese .

Per questi motivi,

LA CORTE,

pronunciandosi sulle questioni ad essa sottoposte dal tribunale arbitrale di categoria, con ordinanza 12 ottobre 1987, dichiara :

La direttiva 75/117 del Consiglio del 10 febbraio 1975, per il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri relative all' applicazione del principio della parità delle retribuzioni tra i lavoratori di sesso maschile e quelli di sesso femminile, va interpretata nel senso che :

1 ) qualora un' impresa applichi un sistema di retribuzione caratterizzato da una mancanza totale di trasparenza, il datore di lavoro ha l' onere di provare che la sua prassi salariale non è discriminatoria, ove il lavoratore di sesso femminile dimostri, su un numero relativamente elevato di lavoratori, che la retribuzione media dei lavoratori di sesso femminile è inferiore a quella dei lavoratori di sesso maschile;

2 ) quando risulta che l' applicazione dei criteri di aumento quale la flessibilità, la formazione professionale o l' anzianità del lavoratore sfavorisce sistematicamente il lavoratore di sesso femminile :

- il datore di lavoro può giustificare il ricorso al criterio della flessibilità se esso viene inteso come attinente all' adattabilità ad orari e luoghi di lavoro variabili, dimostrando che tale adattabilità riveste importanza per l' esecuzione dei compiti specifici che sono affidati al lavoratore, ma non se tale criterio viene inteso nel senso che si riferisce alla qualità del lavoro svolto dal lavoratore;

- il datore di lavoro può giustificare il ricorso al criterio della formazione professionale dimostrando che tale formazione riveste importanza per l' esecuzione dei compiti specifici che sono affidati al lavoratore;

- il datore di lavoro non deve particolarmente giustificare il ricorso al criterio dell' anzianità .

TRIBUNALE ORDINARIO di FIRENZE  
Sezione Lavoro

Il Giudice del Lavoro, a scioglimento della riserva assunta all'udienza del 24/09/2019, in ordine al ricorso ex art. 37, co. 4 d.lgs. n. 198/2006 ("Codice delle pari opportunità tra uomo e donna, a norma dell'articolo 6 della legge 28 novembre 2005, n. 246") con il quale la Consigliera di Parità della Regione Toscana ha convenuto in giudizio l'Ispettorato Territoriale del Lavoro di Firenze e l'Ispettorato Nazionale del Lavoro per l'accertamento della natura discriminatoria dell'Ordine di Servizio n. 3 del 17 luglio 2018 (doc. n. 1), e delle successive modifiche ed integrazioni introdotte con l'Ordine di Servizio n. 2 dell'01 aprile 2019 (doc. n. 2), adottato dall'Ispettorato Territoriale del lavoro di Firenze per la disciplina dell'orario di lavoro del personale in violazione alla normativa in materia di parità, pari opportunità e garanzia contro le discriminazioni, con conseguente condanna ex art. 37, co. 3 del d.lgs. n. 198/2006, osserva quanto segue.

Preliminarmente, quanto alla legittimazione ad agire della Consigliera di Parità della Regione Toscana, deve darsi atto che, come è noto, con riguardo alle discriminazioni indirette di carattere collettivo, "la consigliera o il consigliere regionale e nazionale di parità possono proporre ricorso in via d'urgenza davanti al tribunale in funzione di giudice del lavoro o al tribunale amministrativo regionale territorialmente competenti. Il giudice adito, nei due giorni successivi, convoca le parti e assume sommarie informazioni, ove ritenga sussistente la violazione di cui al ricorso, con decreto motivato e immediatamente esecutivo oltre a provvedere, se richiesto, al risarcimento del danno anche non patrimoniale, nei limiti della prova fornita, ordina all'autore della discriminazione la cessazione del comportamento pregiudizievole e adotta ogni altro provvedimento idoneo a rimuovere gli effetti delle discriminazioni accertate, ivi compreso l'ordine di definizione ed attuazione da parte del responsabile di un piano di rimozione delle medesime. Si applicano in tal caso le disposizioni del comma 3. Contro il decreto e' ammessa, entro quindici giorni dalla comunicazione alle parti, opposizione avanti alla medesima autorità giudiziaria territorialmente competente, che decide con sentenza immediatamente esecutiva." (art. 37, co. 4 succitato).

E, nel caso di specie, a parere del Giudicante, la domanda proposta, alla luce del complessivo e univoco tenore dell'atto introduttivo, è da qualificarsi come volta all'accertamento di una discriminazione indiretta di carattere collettivo (si vedano, ad esempio, le allegazioni di cui alle pagg. 17-19).

Sempre in via preliminare, si ritiene irrilevante ai fini del decidere sindacare se la Consigliera ricorrente abbia o meno previamente sottoposto all'attenzione dell'I.T.L. in sede stragiudiziale le censure poi dedotte nel presente giudizio, atteso che, per espresso dettato normativo, la Consigliera ha la facoltà e non l'obbligo di avvalersi della procedura di conciliazione di cui al comma 1 dell'art. 37 (v. co. 2 dello stesso articolo).

Ciò posto, come è noto, si è in presenza di una discriminazione indiretta quando una disposizione, un criterio, una prassi, un atto, un patto o un comportamento apparentemente neutri mettono o possono mettere le persone appartenenti alle categorie tipizzate (i.e. portatrici dei fattori di rischio tipici) in una situazione di particolare svantaggio, a meno che non sussistano una finalità legittima e il carattere di appropriatezza e necessità dei mezzi impiegati per conseguirla (v. art. 25 d.lgs. n. 198/2006).

In ordine, quindi, alla nozione di discriminazione indiretta, deve evidenziarsi come la discriminazione indiretta sia tale in quanto essa alberga, non nel trattamento – che è uguale –, ma negli effetti; e ciò che rileva è solo l'effetto del trattamento discriminatorio, la sua conseguenza sul piano oggettivo, essendo, viceversa, del tutto irrilevante l'intento soggettivo dell'agente, sia, per l'individuazione della condotta vietata, sia, correlativamente, per l'individuazione delle cause di esclusione della fattispecie illecita. La discriminazione è, dunque, una condotta oggettiva che si valuta per gli effetti lesivi nei confronti del lavoratore che appartiene a categorie tipizzate sulla base del fattore di protezione senza passare attraverso la mediazione dell'articolo 1345 c.c.

Anche alla stregua dell'attuale diritto dell'U.E., dunque, sussiste discriminazione indiretta quando una disposizione contiene anche solo il rischio di mettere in posizione di svantaggio persone appartenenti a

un gruppo caratterizzato da un fattore di discriminazione che forma oggetto di protezione. In ordine al concetto di particolare svantaggio, poi, deve evidenziarsi come, alla stregua dell'elaborazione della giurisprudenza comunitaria in materia, esso non designa casi rilevanti, evidenti o gravi di disuguaglianza, ma significa che sono in particolare le persone portatrici di un determinato fattore di protezione a trovarsi svantaggiate a causa della disposizione, del criterio o della prassi di cui si tratta (v. causa G.G.U.E. *Chez* C-83/14).

Quanto al regime probatorio applicabile nel presente giudizio, nell'ordinamento nazionale, l'art. 40 d.lgs. n. 198/2006 dispone che "Quando il ricorrente fornisce elementi di fatto, desunti anche da dati di carattere statistico relativi alle assunzioni, ai regimi retributivi, all'assegnazione di mansioni e qualifiche, ai trasferimenti, alla progressione in carriera ed ai licenziamenti, idonei a fondare, in termini precisi e concordanti, la presunzione dell'esistenza di atti, patti o comportamenti discriminatori in ragione del sesso, spetta al convenuto l'onere della prova sull'insussistenza della discriminazione.". Pertanto, si è in presenza di una «attenuazione del regime probatorio ordinario» mediante un regime presuntivo «alleggerito» (v. Cass. n. 14206/2013; n. 23286/2016). Il ricorrente può avvalersi di dati statistici, oppure, allegare fatti "precisi e concordanti" (ma non "gravi", requisito che attiene alla pregnanza di significato, alla capacità dimostrativa).

Diversamente da quanto ritenuto da parte resistente, non pare proprio al Tribunale che la norma escluda l'applicabilità del regime probatorio attenuato laddove la discriminazione denunciata riguardi l'organizzazione dell'orario di lavoro, esemplificando, infatti, il legislatore solo gli istituti giuridici cui possono riferirsi i dati statistici presuntivi.

Alla luce della giurisprudenza comunitaria in argomento, fermo restando che basta che una persona risulti lesa nella pratica per dimostrare la sussistenza di una discriminazione (cfr. Causa C.G.U.E. *O'Flynn* C-237/94), poiché, come si è detto, è sufficiente un impatto potenziale (potrebbe mettere), ossia è sufficiente che la disposizione (il criterio etc.) sia tale da poter causare una posizione di particolare svantaggio, il nesso casuale deve essere adeguato, ossia tale da provocare il particolare effetto, in base a un criterio di normale prevedibilità. A tale riguardo, deve evidenziarsi come in varie cause della C.G.U.E. riguardanti presunti casi di discriminazione indiretta conseguente alle condizioni di soggiorno, il senso comune e la comune esperienza (ossia ciò che avviene nella pratica) sono stati ritenuti sufficienti per stabilire una potenziale discriminazione indiretta (cfr. causa C.G.U.E. *O'Flynn* succitata).

Tutto ciò premesso, ritiene il Tribunale, sia pure nei limiti della sommarietà della cognizione propria della presente fase urgente, che nel caso di specie la Consigliera ricorrente abbia provato che l'ordine di servizio n. 3 del 17 luglio 2018, e le successive modifiche e integrazioni introdotte con l'ordine di servizio n. 2 del 1 aprile 2019, determinano nel loro complesso una potenziale discriminazione indiretta in danno dei genitori lavoratori (soggetti portatori del fattore di rischio costituito dalla maternità o paternità, v. art. 25, co. 2-bis d.lgs. n. 198/2006), e, in particolare, delle lavoratrici madri (soggetti che cumulano il fattore di rischio costituito dal sesso femminile con il fattore di rischio costituito dalla maternità), senza che, dal canto suo, il datore di lavoro pubblico convenuto abbia comprovato la sussistenza di una finalità legittima perseguita con mezzi appropriati e necessari. In particolare, a parere del Tribunale, poiché è notorio che i genitori (e, a maggior ragione, le lavoratrici-madri), specialmente se con figli in età da scuola dell'infanzia, materna o primaria, si trovino frequentemente a dover far fronte a impellenti e imprevedibili esigenze connesse all'accudimento della prole, le quali possono anche comportare l'improvvisa necessità di ritardare l'ingresso al lavoro o anticiparne l'uscita, è prevedibile, sulla base del senso comune e della comune esperienza, che il complesso delle disposizioni di cui ai due ordini di servizio in materia di organizzazione dell'orario di

lavoro, possa svantaggiare i suddetti gruppi tipizzati rispetto ai dipendenti non genitori, in quanto risulta ostacolare, o, comunque, rendere difficoltosa la conciliazione dei tempi di vita e di lavoro e la fruizione degli istituti giuridici a ciò preposti, esponendo, altresì, per l'effetto, i dipendenti genitori anche a un maggior rischio di incorrere in violazioni disciplinari connesse a ritardi.

Risulta, infatti, per tabulas dai documenti in atti che gli ordini di servizio de quibus:

\* impongono, diversamente dall'orario di lavoro nazionale I.N.L., l'obbligo di giustificazione scritta entro le 24,00 ore per ritardi dalle ore 9.16 alle ore 9,30, con la previsione che "in assenza di giustificazione scritta ovvero in caso di giustificazione non ritenuta congruente, l'ingresso in ufficio oltre le ore 9,15 costituisce violazione del dovere di rispetto dell'orario di lavoro e, in considerazione anche della eventuale reiterazione, dà luogo a responsabilità disciplinare" (viceversa, l'orario di lavoro nazionale I.N.L. prevede solo che "Il ritardo – tra le ore 9.16 e le ore 9.30, n.d.r. – sull'orario di ingresso al lavoro comporta l'obbligo del recupero entro l'ultimo giorno del mese successivo a quello in cui si è verificato il ritardo, come stabilito dall'art. 24 del citato CCNL", a norma del quale "In caso di mancato recupero, si opera la proporzionale decurtazione della retribuzione e del trattamento economico accessorio, come determinato dall' art. 69. Resta fermo quanto previsto in sede di codice disciplinare dall'art. 62 e seguenti."); a parere del Giudicante, quindi, a livello nazionale, la rilevanza disciplinare della condotta è subordinata all'inosservanza dell'obbligo di recupero;

\* prevedono che le entrate successive alle ore 9,30 debbano essere considerate "permessi brevi non retribuiti", ma, diversamente da quanto prevede l'art. 34 C.C.N.L. (... 2. Per consentire al responsabile dell'ufficio di adottare le misure ritenute necessarie per garantire la continuità del servizio, la richiesta del permesso deve essere effettuata in tempo utile e, comunque, non oltre un'ora dopo l'inizio della giornata lavorativa, salvo casi di particolare urgenza o necessità, valutati dal responsabile. 3. Il dipendente è tenuto a recuperare le ore non lavorate entro il mese successivo, secondo le modalità individuate dal responsabile; in caso di mancato recupero, si determina la proporzionale decurtazione della retribuzione."), e diversamente anche da quanto disposto dall'orario nazionale di lavoro I.N.L. (l'ingresso in servizio in orario successivo alle ore 9,30 deve essere considerato "permesso breve" e l'orario da recuperare debba essere computato dalle ore 8,00, "salvo quanto previsto dal comma 4 dell'art. 26 CCNL da definirsi in sede locale", cioè fatta salva la disciplina della c.d. "flessibilità ulteriore"), stabiliscono che "i permessi brevi non retribuiti di cui all'art. 34 CCNL 2016-2018 possono essere concessi dal Responsabile dell'Area (dal Dirigente per i responsabili di Area), salvo ragioni di ufficio, previa istanza inviata con congruo anticipo, onde consentire alla struttura di adottare le misure organizzative necessarie, salvo situazioni particolari, da indicare nella richiesta e rimesse alla valutazione del Responsabile dell'Area ovvero del Dirigente. In nessun caso la richiesta di permesso breve che deve essere avanzata con congruo anticipo può essere utilizzata allo scopo di eludere l'obbligo del rispetto dell'orario di ingresso o comunque di sanare ritardi in atto...";

\* prevedono che la fruizione del riposo compensativo da Banca delle ore (v. art. 27 C.C.N.L. Funzioni Centrali) debba conciliarsi con l'esigenza di spesa delle somme accreditate per il lavoro straordinario, laddove, invece, la contrattazione collettiva nazionale prevede solo che la contrattazione integrativa nazionale o di sede unica stabilisca il limite individuale annuo delle ore che possono confluire nella banca delle ore, ai sensi dell'art. 27, comma 2; e che l'utilizzo come riposi compensativi, a domanda del dipendente, avvenga compatibilmente con le esigenze di servizio, anche con riferimento ai tempi, alla durata ed al numero dei lavoratori, contemporaneamente ammessi alla fruizione (v. causa C.G.U.E. Kutz-Bauer C-187/00 in cui, per esempio, si è affermato che considerazioni di bilancio non possono giustificare di per sé differenze di trattamento fra i due sessi);

\* nulla prevedono in ordine alla flessibilità c.d. "ulteriore" in favore dei dipendenti che si trovino in particolari situazioni personali, sociali e familiari (fra i quali sono espressamente previsti coloro che si

trovino in situazione di necessità connesse alla frequenza dei propri figli di asili nido, scuole materne e scuole primarie) di cui all'art. 26, comma 4 C.C.N.L. Funzioni centrali, limitandosi, infatti, a stabilire che "L'ingresso in servizio in orario successivo alle ore 9,30 oltre a costituire ritardo, viene considerato permesso breve e l'orario da recuperare viene computato dalle ore 8,00, salvo quanto previsto dal comma 4 dell'art. 26 C.C.N.L. da definirsi in sede locale", laddove, però, la "sede locale" richiamata dovrebbe essere proprio l'I.T.L. di Firenze stesso, atteso che, diversamente da quanto opinato da parte resistente, la lettera della disciplina collettiva nazionale summenzionata su tale specifico argomento non demanda alcunché alla contrattazione collettiva nazionale integrativa e, quindi, alla contrattazione integrativa territoriale (v. art. 7 C.C.N.L. Funzioni centrali).

A fronte di ciò, parte convenuta, come risulta dal complesso dell'atto di costituzione in giudizio e, in particolare, dal capitolato di prova orale articolato, non ha specificamente dedotto, né provato o chiesto di provare, quale sarebbe la concreta e precipua finalità legittima della sede territoriale fiorentina alla cui realizzazione le suddette disposizioni sarebbero volte; né, in ogni caso, ha provato che tali disposizioni costituiscano mezzi appropriati e necessari al perseguimento della predetta e non meglio precisata finalità: l'Ispettorato resistente, in altri termini, avrebbe, cioè, avuto l'onere di allegare e dimostrare che quella finalità, ove puntualmente allegata e provata, non sarebbe stata perseguibile se non mediante le disposizioni per cui è causa, così da giustificare l'adozione a livello territoriale di una organizzazione dell'orario di lavoro peggiorativa, in particolare per i genitori e al loro interno per le lavoratrici madri, rispetto a quella prevista dal medesimo ente pubblico a livello nazionale.

Ritiene, invece, il Giudicante di non dover sindacare in questa sede l'accordo della I.T.L. di Firenze sulla Banca delle ore e il doc. 10 di parte ricorrente in tema di riposi compensativi non da Banca delle ore, in quanto estranei alle conclusioni rassegnate dalla Consigliera ricorrente.

Ai sensi e per gli effetti dell'art. 37, co. 4 d.lgs. n. 198/2006, deve, quindi, ordinarsi all'Ispettorato Territoriale del Lavoro di Firenze la cessazione del comportamento pregiudizievole tramite la rimozione dell'efficacia giuridica, o, comunque, la non applicazione delle disposizioni accertate come discriminatorie, e ordina allo stesso Ispettorato di rimuovere gli effetti delle discriminazioni accertate, provvedendo, tra l'altro, a definire e attuare un piano di rimozione delle medesime, entro il termine di mesi sei, sentite le rappresentanze sindacali aziendali ovvero, in loro mancanza, gli organismi locali aderenti alle organizzazioni sindacali di categoria maggiormente rappresentative sul piano nazionale, nonché la consigliera di parità regionale competente per territorio o la consigliera o il consigliere nazionale.

Per quanto concerne, invece, la domanda risarcitoria proposta dalla Consigliera in relazione al lamentato danno non patrimoniale, dato atto che la lettera della norma prevede il diritto "al risarcimento del danno anche non patrimoniale, nei limiti della prova fornita" attribuendogli, quindi, una funzione esclusivamente riparatoria del danno-conseguenza eventualmente prodottosi, deve tenersi conto, da un lato, che in sede penale (v. Cass., sez. VI, 16 aprile 2009, n. 16031) il giudice di legittimità ha da tempo ritenuto ammissibile la costituzione di parte civile nel processo penale ex art. 74 c.p.p. della Consigliera regionale di parità jure proprio come soggetto danneggiato dal reato (in un caso di maltrattamenti perpetrati da un preposto del datore ai danni di una collettività individuata) di lavoratrici, con ciò riconoscendo che il danno risarcibile attraverso l'azione collettiva possa identificarsi con il pregiudizio agli scopi istituzionali dell'ente e all'azione di contrasto delle discriminazioni che esso si propone; dall'altro, del fatto che, come è noto, le fonti sovranazionali attribuiscono (anche) allo strumento rimediale del risarcimento del danno connotati necessari di effettività, da rapportarsi, non solo alla gravità del danno, ma anche alla funzione dissuasiva e sanzionatoria del rimedio. Ciò detto, deve, altresì, considerarsi come recentemente il giudice di legittimità, a fronte del consolidato orientamento

per cui nell'ordinamento nazionale non sarebbero configurabili danni punitivi, proprio seguendo il modello del diritto antidiscriminatorio che la Corte di Cassazione ha riconosciuto in materia di precariato pubblico l'esistenza di un danno "comunitario", risarcibile ex se in conseguenza della violazione con effetto quindi non solo riparativo, ma anche dissuasivo di future violazioni.

Di conseguenza, alla luce di tutto sin qui osservato, dovendo il giudice nazionale effettuare una interpretazione comunitariamente orientata della norma dell'ordinamento interno, e considerato che a fronte dell'interesse iure proprio, pubblico e funzionale alla tutela del bene collettivo – assunto dall'ordinamento come valore – della parità di genere, appare difficile prospettare una funzione del risarcimento diversa da quella dissuasiva e latamente sanzionatoria, si ritiene di dover liquidare, in via equitativa, alla Consigliera ricorrente, a titolo di risarcimento del danno non patrimoniale, la somma di € 2.000,00, oltre accessori come per legge;

L'assoluta novità e la oggettiva complessità della res controversa giustificano la compensazione delle spese di lite nella misura della metà, dovendosi, quindi, condannare la parte convenuta soccombente a rifondere alla ricorrente la restante metà, liquidata come in dispositivo e da distrarsi in favore dei difensori antistatari.

P.Q.M.

- ordina all'Ispettorato Territoriale del Lavoro di Firenze la cessazione del comportamento pregiudizievole tramite la rimozione dell'efficacia giuridica, o, comunque, la non applicazione delle disposizioni di cui all'Ordine di Servizio n. 3 del 17 luglio 2018 e all'Ordine di Servizio n. 2 dell'01 aprile 2019 accertate come discriminatorie, e ordina allo stesso Ispettorato di rimuovere gli effetti delle discriminazioni accertate, provvedendo, tra l'altro, a definire e attuare un piano di rimozione delle medesime, entro il termine di mesi sei, sentite le rappresentanze sindacali aziendali ovvero, in loro mancanza, gli organismi locali aderenti alle organizzazioni sindacali di categoria maggiormente rappresentative sul piano nazionale, nonché la consigliera o il consigliere di parità regionale competente per territorio o la consigliera o il consigliere nazionale;
- condanna l'Ispettorato Territoriale del Lavoro di Firenze a corrispondere alla Consigliera ricorrente, a titolo di risarcimento del danno non patrimoniale, la somma di € 2.000,00, oltre accessori come per legge;
- compensa nella misura della metà le spese di lite, e condanna parte convenuta a rifondere a parte ricorrente la restante metà delle spese di lite che, ex D.M. n. 55/14 e 37/18, liquida in complessivi € 1.250,00 per compensi professionali, oltre 15%, per spese generali I.V.A. e C.P.A. come per legge, da distrarsi in favore dei procuratori dichiaratisi antistatari ex art. 93 c.p.c.

Si comunichi.

Firenze, 22 ottobre 2019

Il Giudice del Lavoro

dott.ssa Carlotta Consani

# Osservatorio Sulle Discriminazioni

Monitoraggio della giurisprudenza italiana in tema di diritto antidiscriminatorio



SENTENZE

VIDEO

ARTICOLI

EVENTI

CHI SIAMO

CONTATTI



Discriminazione di genere    Sentenza

## imposizione turno pomeridiano ad una lavoratrice al rientro maternità, discriminazione



# di genere, Tribunale di Pesaro, decreto del 07.01.2020

📅 6 marzo 2020 👤 Jennifer Michelotti 🗑️ discriminazione di genere

## REPUBBLICA ITALIANA

Il Tribunale di Pesaro

In persona del giudice del lavoro dott. Maurizio Paganelli, ha emesso il seguente

### DECRETO

A scioglimento della riserva formulata all'udienza del 17.12.2019 , nella causa iscritta al n. 508 /2019 ,  
in corso tra

, rappresentata e difesa dall'avv. Virgilio Quagliato,

**RICORRENTE**

contro

, rappresentata e difesa dagli avv. Giovanni Nardelli e Lorenzo Ruggeri,

**RESISTENTE**

**Avente ad oggetto: ricorso a norma dell'art. 38, D.LGS. N. 198/2006..**

### OSSERVATO IN FATTO E DIRITTO

Con ricorso depositato in data 10.06.2019 la ricorrente esponeva di lavorare in qualità di operatrice socio sanitaria, per l'Istituto resistente che gestiva una casa di riposo sita in xxxxx.

La struttura era diretta da due religiose con alle proprie dipendenze circa 26 addetti.

Gli operatori socio sanitari lavoravano su tre turni: mattutino (6.20-14.00); pomeridiano (14.00-21.30), e notturno (21.30-7.00), con le seguenti rotazioni: due mattine, un pomeriggio, una notte, smonto e riposo. Assunta nel 2008, dall'anno successivo aveva sempre lavorato ruotando nelle tre turnazioni.

L'istante, nel luglio 2014 comunicava alla datrice di lavoro la propria quarta gravidanza. Per ragioni di salute anticipò il congedo per maternità, infastidendo la superiora che, oltre a riferire che l'istante "sforasse figli come conigli" raccomandò ai colleghi di non nominarla.

Tornata dalla maternità nell'ottobre 2015, le venne comunicato un diverso orario di lavoro: dalle 16.00 alle 21.00. Neppure le venne consegnata la divisa ciò che avvenne solo nel 2017.

La ricorrente aveva chiesto più volte di poter modificare il proprio orario di lavoro, lavorando anche di mattina, al fine di poter avere più tempo per stare con i propri figli, tre dei quali andavano a scuola mentre il marito aveva un proprio lavoro. I figli più grandi erano così costretti a passare gran parte del loro pomeriggio (dalle 16.00 alle 18.00) in casa a controllare i due fratelli più piccoli, di 8 e 4 anni. La presenza contemporanea della madre con i figli nel pomeriggio era limitata al giorno di domenica.

La resistente non adibiva l'istante al turno mattutino neppure quando si trattava di sostituire personale che lavorava in tale turno, preferendo assumere personale esterno. Neppure la risoluzione di due rapporti di lavoro con altrettante OOSS e l'assunzione di nuovo personale aveva consentito alla ricorrente di accedere al turno mattutino.

Il rifiuto della datrice di lavoro di consentire alla ricorrente di lavorare anche sul turno mattutino era discriminatorio perché motivato dalla condizione di madre della ricorrente.

Sintomatiche della discriminazione di cui era vittima erano anche la sanzione disciplinare di 3 giorni di sospensione dal lavoro e dalla retribuzione – ritenuta palesemente sproporzionata – comminata per aver consegnato in orario di lavoro ad una collega di prodotti Yves Rocher venduti dalla figlia della ricorrente e l'omessa convocazione ad un corso di formazione a cui erano state invitate anche le colleghe in malattia.

La ricorrente chiedeva che, accertata la natura discriminatoria dei comportamenti denunciati, la resistente fosse condannata ad assegnare all'istante turni lavorativi analoghi a quelli assegnati agli altri OOSS (due mattine, un pomeriggio, una notte uno smonto e un riposo), oltre al risarcimento del danno morale e patrimoniale.

La resistente chiedeva il rigetto del ricorso per le ragioni che saranno esposte.

\*\*\*

La convenuta nega che lo speciale procedimento previsto dall'art. 38, del d.lgs. n. 198/2006, sia applicabile alla fattispecie in esame, perché le doglianze della ricorrente non sarebbero ascrivibili in alcun modo al contesto delle discriminazioni di genere disciplinate dalla norma e perché difetterebbe il presupposto dell'urgenza e tempestività (la condotta assunta come discriminatoria datava al mese di ottobre 2015).

Entrambe le eccezioni vanno disattese.

La ricorrente deduce di essere trattata in modo sfavorevole rispetto ad altri dipendenti della struttura in ragione della propria condizione di madre. Il trattamento sfavorevole consisterebbe nell'adibizione in via continuativa e senza eccezioni al turno di lavoro pomeridiano, a differenza degli altri OOSS impiegati nella struttura, che osservano turni che li impegnano a giorni alterni il mattino, il pomeriggio o la notte. La discriminazione sarebbe stata attuata a partire dall'ottobre 2015, al rientro della lavoratrice dalla quarta maternità e troverebbe motivo proprio nella sua condizione di madre, non essendo emerse altre possibili giustificazioni del comportamento datoriale.

Pare al decidente che in tal modo l'istante abbia allegato una discriminazione diretta, attuata mediante l'assegnazione di un orario di lavoro diverso da quello della generalità degli altri dipendenti.

Tale è infatti la definizione di discriminazione diretta evincibile dall'art. 25 del d.lg. 198/2006 (*"Costituisce discriminazione diretta, ai sensi del presente titolo, 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"*).

Rientra adesso esplicitamente nella tutela del fattore-genere, ai sensi del comma 2-bis della norma, anche il trattamento deteriore basato sullo stato di gravidanza, di maternità o paternità, anche adottive, o in ragione di titolarità/esercizio dei diritti connessi a tali status, e ciò in conseguenza della novella di cui all'art. 1, c. 1, lett. p), n. 2, d.lgs. 25.1.2010, n. 5, apportata in attuazione della direttiva 2006/54/CE.

La speciale tutela prevista dall'art. 38, del d.lgs. 198/2006 si applica *"Qualora vengano poste in essere discriminazioni in violazione dei divieti di cui al capo II del presente titolo... o comunque discriminazioni nell'accesso al lavoro, nella promozione e nella formazione professionale, nelle condizioni di lavoro compresa la retribuzione,..."*.

Come rilevato dalla più recente dottrina, i divieti di cui agli artt. 27-35 del codice possono coinvolgere tutti gli atti e i comportamenti (unilaterali o bilaterali) rilevanti ai fini della costituzione, dello svolgimento e della cessazione del rapporto. Sono coperte dai divieti tutte le fasi, quella precedente l'instaurazione del vincolo (in cui il soggetto si trova in una posizione di mera aspirazione al posto di lavoro) e dell'accesso, quella relativa alla formazione (nonché all'orientamento, al perfezionamento, all'aggiornamento, alla riqualificazione professionale, ai tirocini formativi e di orientamento), o allo svolgimento del rapporto (assegnazione di mansioni, trattamenti retributivi, trasferimenti, progressione in carriera ecc.), quella relativa all'estinzione, quella dell'accesso a forme di previdenza, di base e complementare, ed infine quella dell'affiliazione ad associazioni sindacali o professionali.

Il riferimento alle *"condizioni di lavoro, compresa la retribuzione"*, in ogni caso, implica l'astratta riconducibilità della fattispecie in esame nell'ambito delle discriminazioni considerate dal codice delle pari opportunità.

La tutela predisposta dall'art. 38 non ha natura cautelare poiché non presuppone una situazione di pericolo imminente che nella fattispecie sarebbe effettivamente arduo rinvenire (la condotta discriminatoria è molto risalente nel tempo). L'ordinamento assicura egualmente una tutela sommaria ossia particolarmente rapida, in ragione del rango degli interessi coinvolti, analogamente a quanto previsto in materia di tutela contro i comportamenti antisindacali (art. 28, L. 300/1970) o, più di recente e fino alle ultime riforme, di licenziamento ingiustificato.

Nel merito il ricorso va accolto.

L'accertamento della discriminazione diretta presuppone un giudizio di relazione in forza del quale possa affermarsi che il trattamento differenziato riservato alla ricorrente si ricolleggi causalmente ad uno dei fattori di discriminazione considerati dalla legge e quindi nel caso specifico alla maternità.

Sul piano probatorio, in base all'art. 40, *Quando il ricorrente fornisce elementi di fatto, desunti anche da dati di carattere statistico relativi alle assunzioni, ai regimi retributivi, all'assegnazione di mansioni e qualifiche, ai trasferimenti, alla progressione in carriera ed ai licenziamenti, idonei a fondare, in termini precisi e concordanti, la presunzione dell'esistenza di atti, patti o*

*comportamenti discriminatori in ragione del sesso, spetta al convenuto l'onere della prova sull'insussistenza della discriminazione.*

Si tratta di un regime probatorio agevolato che favorisce i lavoratori e le lavoratrici nella dimostrazione del nesso di causalità tra trattamento differenziato e fattore di discriminazione, una volta che essi abbiano provato l'esistenza in fatto di un trattamento differenziato rispetto al *tertium comparationis* prescelto. Il ricorrente dovrà perciò: a) allegare ed eventualmente dimostrare il fattore di discriminazione cui si assume riferibile il trattamento differenziale; b) affermare e dimostrare l'esistenza di un trattamento deteriore rispetto al termine di comparazione (e quindi a un soggetto, anche non più esistente o anche solo ipotetico, ma comunque non portatore del fattore protetto), prova che potrà darsi anche con l'ausilio del dato statistico. Per la verifica del rapporto causale deve compiersi un giudizio di tipo alternativo- ipotetico ovvero interrogarsi sul se il soggetto avrebbe ricevuto quel trattamento se non fosse stato portatore del fattore protetto; se la risposta è negativa quel trattamento ha natura discriminatoria.

Una volta assolto il predetto onere da parte dell'attore, sarà il datore di lavoro a dover dimostrare fatti, necessariamente specifici ed obiettivamente verificabili, idonei a far ritenere, nel caso di discriminazione diretta, l'inesistenza della discriminazione e quindi l'esistenza di una ragione non discriminatoria del trattamento differenziato, alternativa a quella normativamente presunta, e avente **esclusiva** rilevanza causale, oppure l'esistenza di una deroga, cioè l'esclusione della fattispecie dall'area del divieto (ad es. quando il trattamento differenziale dipenda da una caratteristica essenziale della prestazione, oggettivamente apprezzata).

Sulla base dell'istruttoria svolta l'istante ha assolto il proprio onere probatorio.

E' infatti dimostrato, perché pacifico, che la ricorrente, madre di 4 figli, svolge le proprie mansioni esclusivamente in orario pomeridiano, a differenza delle altre 12 OOSS, impegnate in turni alternati mattino/pomeriggio/notte.

Fanno eccezione oltre la xxx, impegnata dalle 15.00 alle 21.00, xxx (dalle 6.30 alle 13.00); alternandosi, xxx e xxx (10.00 – 12.30 e dalle 14.00 – 17.30; 13.00 – 19.00 o 13.30 – 19.30).

La ricorrente è perciò effettivamente l'unica OOSS a lavorare senza eccezione alcuna nel turno pomeridiano.

E' altresì provato che la ricorrente non è mai stata utilizzata in turni pomeridiani per sostituire il personale temporaneamente assente a differenza di altri dipendenti (incontestato ma v. a conferma la teste xxx).

Che la decisione di utilizzare la ricorrente in un turno esclusivamente pomeridiano abbia alla base ragioni attinenti le sue plurime maternità emerge sia da quanto riferito dai testi che dalla resistente.

La teste xxxx ha dichiarato di aver sentito la direttrice dell'istituto in occasione di un cambio turno lamentarsi del fatto che la ricorrente *"sforasse figli come conigli"*.

La stessa direttrice, sentita dal giudice, ha affermato che *"non ho rilievi da fare alla ricorrente sullo svolgimento del suo turno ma ho necessità di impiegare la signora xxx in un turno che richiede una professionalità e soprattutto una continuità che la ricorrente non mi assicura"*.

Dal prospetto depositato dalla resistente all'udienza del 01.08.2019, concernente le ore lavorate e quelle godute in regime di aspettativa, congedo ecc., emerge che i motivi di assenza dal lavoro della ricorrente a partire dall'anno 2008 attengono in misura di gran lunga prevalente alla maternità o al congedo parentale, ad essa connesso. Complessivamente 900 giorni a fronte di 307 di malattia e 93 di infortunio (questi ultimi concentrati nel solo anno 2019).

Si desume perciò che la continuità lavorativa che la ricorrente, secondo la direttrice, non è in grado di assicurare e che motiva la scelta di non impiegarla nel turno mattutino o in turni alternati, consegue alle frequenti assenze dovute alla fruizione degli istituti a protezione della maternità.

Ciò è esattamente quanto la legge intende vietare con le norme antidiscriminatorie e segnatamente con l'art. 25, comma 2bis, in base al quale *"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 nozione di discriminazione ha un carattere puramente oggettivo e prescinde da qualunque intento malevolo del datore di lavoro, che può discriminare un lavoratore per uno dei fattori di rischio considerati, anche indipendentemente da un *animus* malevolo.

Il caso in esame ne rappresenta un caso emblematico. La sostituzione di una dipendente che ha frequenti gravidanze è probabilmente più complicata se lavora in turni spezzati piuttosto che su turno unico. Non assicurando la ricorrente la (ritenuta) necessaria continuità di servizio la si è adibita al turno meno disagiata per l'organizzazione aziendale. Ciò non toglie che la convenuta, imponendo alla ricorrente il solo turno pomeridiano l'abbia trattata diversamente per una ragione che l'ordinamento disapprova poiché la condizione di madre non può costituire motivo per trattamenti differenziati dei lavoratori (per il rilievo oggettivo delle fattispecie discriminatorie di derivazione comunitaria e per l'irrelevanza di concorrenti ragioni anche di natura economica, v. Cass. 6575/2016).

Non avendo la convenuta allegato altre ragioni a sostegno della condotta denunciata dalla lavoratrice, è superfluo indagare gli ulteriori profili di discriminazione proposti.

Relativamente alle conseguenze dell'accoglimento del ricorso deve rilevarsi come, in corso di causa, la convenuta abbia proposto alla lavoratrice di subentrare nel turno mattutino assegnato alla dipendente Marini che si pensionerà a febbraio 2020. Questa misura, sicuramente adeguata rispetto alle esigenze aziendali e sostanzialmente in linea con le aspettative della ricorrente, dovrà essere anticipata dall'inserimento immediato della Liberti nelle sostituzioni del personale temporaneamente assente, analogamente agli altri dipendenti.

Circa il risarcimento del danno non patrimoniale reclamato dall'attrice, deve precisarsi che il danno risarcibile non è *"in re ipsa"* e va pertanto individuato, non nella lesione del diritto inviolabile, ma nelle conseguenze di tale lesione, sicché la sussistenza di tale danno non patrimoniale deve essere oggetto di allegazione e prova, e la sua liquidazione deve essere compiuta dal giudice sulla base, non di valutazioni astratte ma del concreto pregiudizio presumibilmente patito dalla vittima, per come da questa dedotto e provato" (Cass. civ.ord. 31537/18 in tema di danno all'onore e reputazione, v. anche Cass.civ.sent. 2788/19, sulla personalizzazione del danno forfettariamente individuato dalle tabelle).

La prova di un apprezzabile pregiudizio di natura non patrimoniale direttamente connesso al turno di lavoro svolto non è stata data. Appare sintomatico di tale assenza che la ricorrente abbia sollecitato per iscritto un mutamento del proprio orario di lavoro solo a dicembre 2018, a circa quattro anni dal cambio di turno. E' invece riscontrabile un pregiudizio indiretto. L'urgenza di tutela della ricorrente si collega, verosimilmente e comprensibilmente, alla mutata condizione familiare riferita all'udienza del 01.10.2019 (*"Mia madre ha ormai 70 anni e non se la sente di svolgere questo ruolo"*) che ha reso intollerabile la situazione. La condotta datoriale, limitando grandemente la presenza della madre in famiglia e in particolare con i figli, ha finito per incidere negativamente sulla vita familiare. E' questo il pregiudizio-conseguenza che va ristorato.

In difetto di parametri legali più precisi e dovendo la sanzione non essere simbolica né sproporzionata, appare adeguato un indennizzo di € 5.884,00, pari ad 1/3 della retribuzione annua dell'istante.

Non si reputa possibile risarcire il danno patrimoniale richiesto poiché l'adibizione al turno notturno non può ritenersi conseguenza obbligata per il datore di lavoro.

Le spese di lite restano a carico della resistente e sono liquidate in complessivi € 3.000,00 per compenso al difensore e spese forfettarie, oltre iva e cpa come per legge.

**P.Q.M.**

Definitivamente pronunciando, ogni diversa istanza ed eccezione disattese, dichiara discriminatoria l'adibizione in via esclusiva della ricorrente al turno di lavoro pomeridiano disposto dal mese di ottobre 2015; dispone che la convenuta in via immediata adibisca la ricorrente anche alla sostituzione dei dipendenti addetti ad altri turni e, dopo il pensionamento della dipendente xxx, al turno mattutino o comunque a mansioni che non siano espressive di un trattamento differenziato dell'istante in ragione della maternità.

Condanna parte convenuta al risarcimento del danno non patrimoniale in favore della ricorrente che liquida in complessivi € 5884,00.

Pone a carico di parte resistente le spese di lite che liquida come in parte motiva.

Pesaro li 07.01.2020

IL GIUDICE

Dott. Maurizio Paganelli

← Discriminazione sindacale, Sentenza Corte di Cassazione numero 1 del 2 gennaio 2020

mancata proroga contratto a termine solo alla lavoratrice madre, Discriminazione indiretta di genere, Tribunale di Pesaro, decreto del 7 gennaio 2020 →

👍 Potrebbe anche interessarti



Discriminazione indiretta di genere, Corte d'Appello di Torino, sentenza del 10.04.2014, in riforma della sentenza del Tribunale di Torino 11 giugno 2013

📅 14 giugno 2016



Discriminazione e motivo illecito determinante, la condotta discriminatoria è idonea di per sè sola a determinare la nullità del licenziamento. Corte suprema di Cassazione, sezione lavoro, sentenza del 18 dicembre 2015

📅 7 aprile 2016



Molestie, Tribunale di Firenze, sentenza 20 novembre 2012

📅 9 novembre 2015

## Credits

Foto in header di haley Bell su flickr

Copyright © 2021 [Osservatorio Sulle Discriminazioni](#). Tutti i diritti riservati.  
Tema: ColorMag di [ThemeGrill](#). Powered by [WordPress](#).



26 FEB. 2021

.5476/21

ESENTE REGISTRAZIONE ESENTE DALL'ESENTE DIRITTO



REPUBBLICA ITALIANA

Oggetto

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE

SEZIONE LAVORO

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

Dott. LUCIA TRIA

- Presidente -

Dott. AMELIA TORRICE

- Consigliere -

Dott. CATERINA MAROTTA

- Rel. Consigliere -

Dott. FRANCESCA SPENA

- Consigliere -

Dott. ROBERTO BELLE'

- Consigliere -

ha pronunciato la seguente

**SENTENZA**

sul ricorso 2636-2015 proposto da:

CS / elettivamente domiciliata in  
 ROMA, VIA NIZZA 59, presso lo studio degli avvocati  
 AMOS ANDREONI, ANDREA SERRETI, che la rappresentano  
 e difendono;

- ricorrente -

contro

2020

2455

IS

- (

), in persona del legale

rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa

Mancata proroga  
 contratto a  
 termine -  
 Discriminazione  
 in ragione  
 dello stato di  
 gravidanza -  
 art. 40 d.lgs.  
 n. 198/2006 -  
 distribuzione  
 oneri  
 probatori

R.G.N. 2636/2015

Cron. 5476

Rep.

Ud. 11/11/2020

PU

dall'AVVOCATURA GENERALE DELLO STATO presso i cui  
Uffici domicilia in ROMA, alla VIA DEI PORTOGHESI  
12;

- controricorrente -

avverso la sentenza n. 5992/2014 della CORTE  
D'APPELLO di ROMA, depositata il 28/07/2014 R.G.N.  
11254/2010;

udita la relazione della causa svolta nella  
pubblica udienza del 11/11/2020 dal Consigliere  
Dott. CATERINA MAROTTA;

udito il P.M. in persona del Sostituto Procuratore  
Generale Dott. STEFANO VISONA' che ha concluso per  
il rigetto del ricorso;

udito l'Avvocato ANDREA SERRETI.

9

**FATTI DI CAUSA**

1. La Corte d'appello di Roma, in parziale riforma della sentenza del locale Tribunale, respingeva le domande proposte da SC relative alla mancata proroga del contratto di lavoro a tempo determinato, avente scadenza in data 1/4/2004 ed al diritto dell'appellata all'accesso alla procedura di stabilizzazione e confermava la statuizione di *prime cure* nella parte in cui aveva respinto la domanda di accertamento dell'esistenza di un rapporto di lavoro subordinato dal 15/10/1998 al 31/12/2002.

2. SC aveva lavorato presso l' A dal 15/10/1998 dapprima quale vincitrice di borsa di studio e poi in virtù di conferimenti di incarichi individuali fino al 31/12/2002. Era stata successivamente assunta dall' A con contratti a termine del 2/1/2003 prorogato fino all'1/8/2003 e del 2/9/2003 fino all'1/4/2004, senza ottenere, a differenza di altri colleghi, la proroga dell'ultimo contratto a termine. Aveva, poi, partecipato come esterna ad un concorso per l'assunzione a tempo determinato presso A per la durata di un anno, era stata dichiarata vincitrice di tale concorso con disposizione commissariale n. 142 del 3/3/2007 ed era inquadrata al terzo livello del c.c.n.l. enti pubblici ricerca, aveva inviato all'amministrazione la documentazione dalla medesima richiesta ma non era stata convocata per la sottoscrizione del contratto.

3. Aveva, quindi, agito innanzi al Tribunale di Roma chiedendo che fosse dichiarata la natura discriminatoria della mancata concessione della proroga del termine del contratto a tempo determinato invece concessa, in forza delle leggi finanziarie del 2004 e 2005, a tutti i suoi colleghi che si trovavano nella stessa situazione contrattuale e fosse accertato il suo diritto al rinnovo di tale contratto e conseguentemente il suo diritto all'accesso alla procedura di stabilizzazione indetta dall' IS ed altresì chiedendo che fosse accertato il suo diritto all'assunzione con contratto a tempo determinato per la durata di un anno con decorrenza dal 15/7/2007 nonché l'esistenza di un rapporto di lavoro subordinato dal 15/10/1998 al 31/12/2002;

4. Il Tribunale respingeva l'ultima domanda ed accoglieva le altre.

5. La Corte d'appello, invece, riteneva infondate anche le pretese relative alla dedotta illegittimità della mancata proroga del contratto e quelle relative alla stabilizzazione, mentre confermava la pronuncia di *prime cure* nella parte in cui aveva accertato il diritto della C all'assunzione con contratto a tempo determinato per la durata di un anno con decorrenza dal 15/7/2007.



Per quanto ancora di interesse nel presente giudizio riteneva la Corte territoriale che la predetta non avesse fornito alcuno specifico elemento di fatto idoneo a provare la lamentata discriminazione e che in particolare non avesse fornito elementi circa le proroghe ovvero le stipule di nuovi contratti da parte degli altri colleghi, fondati sulla medesima causale di quello dell'appellata, che solo avrebbero consentito di ritenere integrata una discriminazione.

Quanto alla domanda di accertamento della sussistenza di un rapporto di lavoro subordinato dal 15/10/1998 al 31/12/2002 evidenziava che, essendo preclusa la possibilità di costituzione di un rapporto a tempo indeterminato e non essendo stata avanzata alcuna richiesta risarcitoria, fosse inammissibile una richiesta di accertamento della effettiva natura del rapporto ai soli fini giuridici.

Riteneva, conseguentemente, che non sussistessero i presupposti per l'accesso della C alla procedura di stabilizzazione.

5. Per la cassazione della sentenza SC ha proposto ricorso sulla base di quattro motivi, successivamente illustrato da memoria, cui l'IS ha resistito con tempestivo controricorso.

#### **RAGIONI DELLA DECISIONE**

1. Con il primo motivo la ricorrente denuncia, in relazione all'art. 360, n. 3, cod. proc. civ., violazione dell'art. 40 del d.lgs. 11 aprile 2006 n. 198 per omessa applicazione dell'art. 1, comma 119, l. 30 dicembre 2004, n. 311.

Censura la sentenza impugnata per non aver considerato che, essendo pacifica la circostanza che tutti gli altri contratti stipulati dai colleghi trovatisi nella sua medesima situazione contrattuale erano stati prorogati, ricadesse sull'Ente l'onere di provare l'insussistenza della discriminazione nella mancata proroga di quello della C.

Lamenta, poi, che i giudici di appello non avrebbero tenuto conto della legge finanziaria del 2004 ed anche della disposizione di cui all'art. 1, comma 119, l. n. 311 del 2004 (finanziaria del 2005) secondo cui l'A avrebbe potuto continuare ad avvalersi (vuoi con la proroga vuoi con il rinnovo), sino al 31 dicembre 2004 e poi fino al 31 dicembre 2005, del personale in servizio nell'anno in corso con contratto a tempo determinato o con convenzione o con altra forma di flessibilità e di collaborazione nel limite massimo di spesa complessivamente stanziata per lo stesso personale nell'anno 2004 dalla predetta Agenzia.

Sostiene che nel 2004 era in servizio (con scadenza del contratto fissata al 1° aprile 2004), essendo stata assente per maternità dal 22/12/2003 al 24/9/2004 (con conseguente sospensione del rapporto nel medesimo periodo).

Richiama le pronunce della CGUE (C-438/99 e C-109/00) rese proprio con riferimento alla discriminazione in danno di donne in stato di gravidanza.

2. Con il secondo motivo la ricorrente denuncia, in relazione all'art. 360, n. 3, cod. proc. civ., violazione dell'art. 40 del d.lgs. 11 aprile 2006 n. 198 in combinato disposto con art. 10, comma 8, d.lgs. n. 368/2001.

Lamenta una poco attenta valutazione della documentazione allegata al ricorso introduttivo che avrebbe dovuto indurre a ritenere il contratto stipulato dalla C prorogabile.

3. Con il terzo motivo la ricorrente denuncia, in relazione all'art. 360, n. 3, cod. proc. civ., violazione e falsa applicazione degli artt. 416 e 437 cod. proc. civ.

Si duole del fatto che la Corte territoriale abbia ritenuto che nulla fosse stato allegato in ricorso circa la proroga concessa agli altri lavoratori e circa la situazione dei contratti degli altri colleghi.

Sostiene che le doglianze non riguardavano la mancata proroga bensì il mancato rinnovo e che tale questione era stata ritualmente prospettata in appello afferendo alle mere difese, ammissibili.

4. Con il quarto motivo la ricorrente denuncia violazione dell'art. 3, comma 90, l. 24.12.2007, n. 244, in relazione all'art. 360, n. 3, cod. proc. civ., e omessa disamina di un fatto decisivo in relazione all'art. 360, n. 5, cod. proc. civ..

Censura la sentenza impugnata per aver ritenuto preclusa la stabilizzazione e sostiene che con il computo del periodo aprile 2004-dicembre 2005, escluso in appello per il rigetto del carattere discriminatorio del mancato rinnovo, il raggiungimento del triennio vi sarebbe stato.

5. Il ricorso è fondato nei termini di seguito illustrati.

6. Occorre premettere che, come si evince dalla puntuale ricostruzione delle vicende di causa operata dalla ricorrente, la questione sottoposta dalla C ai giudici di merito non è mai stata la sussistenza di un diritto soggettivo al rinnovo di un contratto a termine in essere tra le parti ma la sussistenza di una discriminazione per avere l'Istituto convenuto concesso il rinnovo dei contratti a tutti i colleghi nelle medesime condizioni contrattuali della C e per non averlo riconosciuto a quest'ultima a causa del suo stato di gravidanza.



Non vale, allora, invocare l'esercizio di un potere discrezionale circa l'opportunità di disporre il rinnovo di un contratto in scadenza e dedurre, come fa il controricorrente, che, nella specie, poteva solo sussistere una mera aspettativa di per sé non giuridicamente tutelata.

Pur nell'ambito dell'esercizio di un potere discrezionale è, infatti, possibile verificare se sia stato riservato un trattamento meno favorevole, a parità di situazioni, ad una lavoratrice in ragione del suo stato di gravidanza.

7. Occorre, perciò, innanzitutto, esaminare la questione della discriminazione posta dalla ricorrente alla luce del quadro normativo e giurisprudenziale di riferimento.

7.1. La discriminazione collegata alla gravidanza e alla maternità costituisce una forma particolare di discriminazione di genere.

Per proteggere la gravidanza, la maternità e la genitorialità, l'UE ha gradualmente sviluppato un complesso *corpus* di legislazione primaria e derivata.

7.2. L'art. 157 del TFUE sancisce l'obbligo della parità di retribuzione tra lavoratori di sesso maschile e quelli di sesso femminile e stabilisce un fondamento giuridico generale per l'adozione di misure riguardanti l'uguaglianza di genere, incluse la parità e la lotta alla discriminazione sulla base della gravidanza o della maternità sul luogo di lavoro.

7.3. L'art. 33, paragrafo 2, della Carta dell'UE afferma che: *«Al fine di poter conciliare vita familiare e vita professionale, ogni individuo ha il diritto di essere tutelato contro il licenziamento per un motivo legato alla maternità e il diritto a un congedo di maternità retribuito e a un congedo parentale dopo la nascita o l'adozione di un figlio»*.

7.4. Le direttive europee contro la discriminazione vietano la differenza di trattamento fondata su taluni motivi oggetto di protezione - secondo un elenco circoscritto, che corrisponde alla elencazione contenuta nell'articolo 10 TFUE - e, tra essi, *il genere*. Trattasi della direttiva sulla parità di trattamento tra uomini e donne in materia di accesso ai beni e ai servizi (direttiva 2004/113/CE) e, per quanto più specificamente rileva in causa, la direttiva sulla parità di trattamento fra uomini e donne in materia di occupazione e di impiego 2006/54/CE (cd. di *rifusione*, che ha riunito e modificato le direttive riguardanti l'attuazione del principio delle pari opportunità e della parità di trattamento fra uomini e donne in materia di occupazione e impiego: la direttiva 76/207/CEE relativa all'attuazione del principio della parità di trattamento fra gli uomini e le donne

per quanto riguarda l'accesso al lavoro, alla formazione e alla promozione professionali e le condizioni di lavoro; la direttiva 86/378/CEE relativa all'attuazione del principio della parità di trattamento tra gli uomini e le donne nel settore dei regimi professionali di sicurezza sociale; la direttiva 75/117/CEE per il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri relative all'applicazione del principio della parità delle retribuzioni tra i lavoratori di sesso maschile e quelli di sesso femminile; la direttiva 97/80/CE riguardante l'onere della prova nei casi di discriminazione basata sul sesso).

Il quadro delle tutele in relazione alla genitorialità è stato completato dalla direttiva 92/85/CE 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 e dalla direttiva 2010/18/UE che attua l'accordo quadro riveduto in materia di congedo parentale.

7.5. Anche la CGUE ha contribuito notevolmente allo sviluppo di questo settore del diritto, offrendo ulteriori chiarimenti, applicando i principi espressi nella legislazione e fornendo ampie interpretazioni dei relativi diritti. Secondo la CGUE, la tutela dei diritti alla maternità e alla gravidanza non si traduce solo nella promozione di una sostanziale parità di genere, bensì anche della salute della madre dopo il parto e del legame tra madre e neonato. Nelle decisioni CGUE, C-177/88, *Dekker* del 14 novembre 1989 e CGUE, C-179/88, *Hoejesteret* dell'8 novembre 1990; la Corte di Giustizia ha stabilito che, poiché soltanto le donne possono rimanere incinte, il rifiuto di assumere o il licenziamento di una donna incinta per il suo stato di gravidanza o maternità costituiscono una discriminazione diretta fondata sul sesso che non può essere giustificata da alcun interesse, compreso quello economico del datore di lavoro. Nella decisione CGUE, C-438/99, *Jiménez Melgar* del 4 ottobre 2001 la Corte ha dichiarato che «qualora il mancato rinnovo di un contratto di lavoro a tempo determinato sia motivato dallo stato di gravidanza della lavoratrice, esso costituisce una discriminazione diretta basata sul sesso» incompatibile con il diritto dell'UE. Inoltre, una donna non è tenuta a comunicare la sua gravidanza al datore di lavoro nel processo di assunzione o in qualsiasi altra fase del rapporto di lavoro (CGUE, C-32/93, *Webb*, 14 luglio 1994; CGUE, C-320/01, *Busch*, 27 febbraio 2003.). La CGUE ha inoltre decretato che qualsiasi trattamento sfavorevole direttamente o indirettamente connesso alla gravidanza o alla maternità costituisce una discriminazione diretta fondata sul sesso (CGUE, C-32/93, *Webb* cit.; CGUE, C-421/92, *Habermann-*



*Beltermann*, 5 maggio 1994; si veda anche CGUE C- 531/2015 *Otero Ramos*, 19 ottobre 2017 secondo cui, punto 55: «in base all'articolo 2, paragrafo 2, lettera c), della direttiva 2006/54, la discriminazione comprende, in particolare, qualsiasi trattamento meno favorevole riservato ad una donna per ragioni collegate alla gravidanza o al congedo per maternità ai sensi della direttiva» e, punto 61: «per quanto riguarda la protezione della gravidanza e della maternità, la Corte ha ripetutamente affermato che, riservando agli Stati membri il diritto di mantenere in vigore o di istituire norme destinate ad assicurare tale protezione, l'articolo 2, paragrafo 2, della direttiva 2006/54 riconosce la legittimità, in relazione al principio della parità di trattamento tra i sessi, in primo luogo, della protezione della condizione biologica della donna durante e dopo la gravidanza, e, in secondo luogo, della protezione delle particolari relazioni tra la donna e il bambino, durante il periodo successivo al parto (sentenza del 30 settembre 2010, *Roca Álvarez*, C-104/09, EU:C:2010:561, punto 27 e giurisprudenza ivi citata)».

7.6. Anche nell'ambito della Cedu, la protezione contro la discriminazione fondata sul sesso è ben sviluppata. La Cedu ha dichiarato che l'uguaglianza di genere è uno dei principali obiettivi perseguiti dagli Stati del Consiglio d'Europa (Cedu, *Konstantin Markin c. Russia* [GC], n. 30078/06, 22 marzo 2012, punto 127). Il principio di uguaglianza tra uomini e donne ha portato, ad esempio, la Cedu a riscontrare una violazione nel contesto dell'occupazione e del congedo parentale (v. Cedu, *Emel Boyraz c. Turchia*, n. 61960/08, 2 dicembre 2014).

7.7. Nel nostro ordinamento il d.lgs. 11 aprile 2006, n. 198 (Codice delle pari opportunità tra uomo e donna) si è specificamente occupato del comportamento discriminatorio fondato sul sesso ed ha promosso, sul piano sostanziale, le pari opportunità di carriera e di lavoro tra i sessi, lasciando all'attore la scelta tra il rito "ordinario" del lavoro e un rito speciale appositamente delineato.

Il d.lgs. 25 gennaio 2010, n. 5 ha, poi, dato attuazione alla direttiva 2006/54/CE relativa al principio delle pari opportunità e della parità di trattamento fra uomini e donne in materia di occupazione e impiego (rifusione).

Il d.lgs. 1° settembre 2011, n. 150 ha, quindi, ricondotto il procedimento contro le discriminazioni al modello del rito sommario di cognizione ex art. 702 *bis* e ss. cod. proc. civ..

L'art. 25, comma 1, del d.lgs. n. 198 del 2006, come modificato dall'art. 8-*quater*, comma 1, lettera a), del già citato d.l. n. 59 del 2008 convertito con



modificazioni dalla l. n. 101 del 2008 e successivamente dall'art. 1, comma 1, lettera p), numero 1), del d.lgs. 25 gennaio 2010, n. 5, prevede che: «Costituisce discriminazione diretta, ai sensi del presente titolo, 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». Il comma 2 della medesima disposizione stabilisce, poi, che: «Si ha discriminazione indiretta, ai sensi del presente titolo, quando 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». Il successivo comma 2-bis, aggiunto dall'art. 1, comma 1, lettera p), numero 2), del d.lgs. n. 5 del 2010, stabilisce che: «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».

8. Quel che rileva, dunque, è che, in presenza di situazioni analoghe, sia stato posto in essere un atto o un comportamento pregiudizievole e comunque sia stato attribuito un trattamento meno favorevole ad una lavoratrice in ragione del suo stato di gravidanza.

Così il mancato rinnovo di un contratto a termine ad una lavoratrice che si trovava in stato di gravidanza ben può integrare una discriminazione basata sul sesso, atteso che a parità della situazione lavorativa della medesima rispetto ad altri lavoratori e delle esigenze di rinnovo da parte della p.a. anche con riguardo alla prestazione del contratto in scadenza della suddetta lavoratrice, esigenze manifestate attraverso il mantenimento in servizio degli altri lavoratori con contratti analoghi, ben può essere significativo del fatto che le sia stato riservato un trattamento meno favorevole in ragione del suo stato di gravidanza.

Nella sopra citata sentenza della Corte di Giustizia CE del 4 ottobre 2001 - C-438/99 è stato precisato, punti 45 e 46: «E' altrettanto evidente che il mancato rinnovo di un contratto di lavoro a tempo determinato, quando questo è arrivato

alla sua normale scadenza, non può essere equiparato ad un licenziamento e, di per sé, non è in contrasto con l'art. 10 della direttiva 92/85. Tuttavia [...], in determinate circostanze il mancato rinnovo di un contratto a tempo determinato può essere considerato alla stregua di un rifiuto di assunzione. Ora, secondo una giurisprudenza costante, un rifiuto d'assunzione per motivo di gravidanza di una lavoratrice pur giudicata idonea a svolgere l'attività di cui trattasi rappresenta una discriminazione diretta basata sul sesso in contrasto con gli artt. 2, n. 1, e 3, n. 1, della direttiva 76/207» (si vedano anche la già citata sentenza 8 novembre 1990, causa C-177/88, *Dekker*, punto 12 nonché la sentenza 3 febbraio 2000, causa C-207/98, *Mahlburg*, punti 27-30).

9. Quanto alla concreta dimostrazione di una situazione di tal genere, si osserva che l'art. 40 del d.lgs. 5 aprile 2006 n. 198 (il cui contenuto corrisponde a quanto già previsto dall'art. 4, comma 5, della l. 10 aprile 1991, n. 125 "Azioni positive per la realizzazione della parità uomo-donna nel lavoro" ed è stato, poi, riprodotto dal d.lgs. 150/2011, art. 28, comma 4) prevede che: *«Quando il ricorrente fornisce elementi di fatto, desunti anche da dati di carattere statistico relativi alle assunzioni, ai regimi retributivi, all'assegnazione di mansioni e qualifiche, ai trasferimenti, alla progressione in carriera ed ai licenziamenti, idonei a fondare, in termini precisi e concordanti, la presunzione dell'esistenza di atti, patti o comportamenti discriminatori in ragione del sesso, spetta al convenuto l'onere della prova sull'insussistenza della discriminazione»*.

La disposizione, fonda la propria *ratio* nell'art. 4 della direttiva 97/80/CE riguardante l'onere della prova nei casi di discriminazione basata sul sesso (*«1. Gli Stati membri, secondo i loro sistemi giudiziari, adottano i provvedimenti necessari affinché spetti alla parte convenuta provare l'insussistenza della violazione del principio della parità di trattamento ove chi si ritiene leso dalla mancata osservanza nei propri confronti di tale principio abbia prodotto dinanzi ad un organo giurisdizionale, ovvero dinanzi ad un altro organo competente, elementi di fatto in base ai quali si possa presumere che ci sia stata discriminazione diretta o indiretta. 2. La presente direttiva non osta a che gli Stati membri impongano un regime probatorio più favorevole alla parte attrice»*).

Tale direttiva è stata oggetto di interpretazione da parte della Corte di Giustizia UE, C-104/10 sentenza del 21 luglio 2011, *Kelly*, punto 29 *«La direttiva 97/80 enuncia, all'art. 4, n. 1, che gli Stati membri adottano i provvedimenti necessari affinché spetti alla parte convenuta provare*



l'insussistenza della violazione del suddetto principio ove chi si ritiene leso dalla mancata osservanza nei propri confronti di tale principio abbia prodotto dinanzi ad un organo giurisdizionale, ovvero dinanzi ad un altro organo competente, elementi di fatto in base ai quali si possa presumere che ci sia stata discriminazione diretta o indiretta»: v. anche sentenza Corte di Giustizia UE 10 marzo 2005, causa C-196/02, *Nikoloudi*, punto 68, e più di recente Corte di Giustizia 19 ottobre 2017 in causa C-531/15 *Otero Ramos* cit..

10. Circa l'operatività dell'art. 40 del d.lgs. n. 198 del 2006, questa Corte ha già da tempo affermato che, nei giudizi antidiscriminatori (sia proposti con le forme del procedimento speciale sia con quelle dell'azione ordinaria - v. Cass. 5 giugno 2013, n. 14206 -), i criteri di riparto dell'onere probatorio non seguono i canoni ordinari di cui all'art. 2729 cod. civ. (finendosi altrimenti per porre a carico di chi agisce l'onere di una prova piena del fatto discriminatorio, ancorché raggiunta per via presuntiva), bensì quelli speciali, che non stabiliscono un'inversione dell'onere probatorio, ma solo un'agevolazione del regime probatorio in favore del ricorrente; ne consegue che il lavoratore deve provare il fattore di rischio, e cioè il trattamento che assume come meno favorevole rispetto a quello riservato a soggetti in condizioni analoghe e non portatori del fattore di rischio, ed il datore di lavoro, in linea con quanto disposto dall'art. 19 della direttiva n. 2006/54/CE - che ha riprodotto il testo dell'art. 4 della direttiva 97/80/CE citata -, le circostanze inequivoche, idonee a escludere, per precisione, gravità e concordanza di significato, la natura discriminatoria della condotta, in quanto dimostrative di una scelta che sarebbe stata operata con i medesimi parametri nei confronti di qualsiasi lavoratore privo del fattore di rischio, che si fosse trovato nella stessa posizione (v. in tal senso, tra le più recenti, Cass. 2 gennaio 2020, n. 1; Cass. 12 ottobre 2018, n. 25543).

11. Nella specie, per quanto si evince dal ricorso per cassazione - che trascrive puntualmente i passaggi della pronuncia del Tribunale - e dalla stessa sentenza qui impugnata, le circostanze addotte dalla C con riguardo alla domanda di accertamento della natura discriminatoria della mancata proroga del contratto di lavoro a tempo determinato (e cioè lo stato di gravidanza, la sospensione del rapporto dal 22/12/2003 al 24/9/2004 - che evidentemente le aveva dato diritto alla conservazione del posto ai sensi dell'art. 56 del d.lgs. 26 marzo 2001, n. 151 -, l'avvenuta concessione del rinnovo del contratto a 'tutti' i suoi colleghi che si erano trovati nella medesima situazione contrattuale e ciò

sulla base delle possibilità riconosciute dalle finanziarie del 2004 e 2005) non erano state contestate dall'IS.

Quest'ultimo, del resto, in sede di appello si era limitato a prospettare la questione della sussistenza di una diversità tra proroga e rinnovo del contratto della C ed a sostenere che non vi era stata alcuna proroga successiva al 1° aprile 2004.

12. Ed allora se, da un lato, questa Corte condivide l'impostazione dei giudici d'appello secondo cui non ha carattere decisivo parlare di proroga o di rinnovo, visto che il *petitum* sostanziale è chiaro e consiste nella denuncia di un trattamento discriminatorio per la negata permanenza nel lavoro della C derivante dal congedo per maternità, a fronte del mantenimento in servizio di 'tutti' i suoi colleghi nelle medesime condizioni contrattuali, dall'altro, deve evidenziare che detti giudici hanno errato laddove hanno ritenuto che, nel caso in esame, la lavoratrice avesse omesso ogni allegazione di specifiche circostanze di fatto essenziali per ottenere l'attenuazione del regime probatorio ordinario rimarcando che la medesima avrebbe dovuto fornire elementi circa i contratti prorogati e/o rinnovati agli altri suoi colleghi per poterne dedurre che le causali apposte agli stessi erano completamente sovrapponibili al contratto stipulato dalla prima.

Con tale ragionamento, in sostanza, la Corte territoriale ha finito per porre a carico della ricorrente una prova piena di tutti gli elementi significativi di una discriminazione laddove, come detto, il legislatore ha posto a carico della stessa solo la dimostrazione di una ingiustificata differenza di trattamento o anche solo una posizione di particolare svantaggio, dovute al fattore di rischio tipizzato dalla legge in termini tali da integrare una presunzione di discriminazione, restando, per il resto, a carico del datore di lavoro l'onere di dimostrare che non vi sia stata violazione del principio di non discriminazione.

13. Si aggiunga che l'onere della prova attenuato riferito al fattore di rischio nei termini di cui si è detto va anche coordinato con il principio di 'vicinanza della prova' che porta a ritenere che, nella specie, i contratti rinnovati ovvero prorogati fossero nella materiale disponibilità dell'IS (che, si ribadisce, non ha mai contestato che, con le proroghe ovvero con i rinnovi, di fatto, i colleghi della C, come quest'ultima legati all'Istituto da contratti a termine, avessero proseguito nei rapporti di lavoro).



Tale principio (v. Cass., Sez. Un., Cass. 30 ottobre 2001, n. 13533), come è noto, muove dalla considerazione che spesso una parte può incontrare difficoltà, spesso insuperabili, per soddisfare l'onere della prova che perciò, in concreto, viene ripartito tenendo conto della possibilità per l'uno o per l'altro soggetto di provare fatti e circostanze che ricadono nelle rispettive sfere di azione e risponde ad una finalità di agevolare e rendere efficace ed effettivo il processo, supplendo alla carenza probatoria mediante criteri indiziari e presuntivi, di cui può avvalersi il soggetto debole del rapporto nei confronti della parte prossima alla fonte prova e in posizione strategicamente privilegiata, nell'intento di recuperare l'equilibrio di posizioni tra le parti in causa, al fine di assicurare un giusto processo in condizioni di parità tra i contendenti, secondo il dettato dell'art. 111 Cost. e dell'art. 47 della Carta di Nizza.

14. Nel caso in esame, dunque, considerata l'agevolazione probatoria di cui all'art. 40 del d.lgs. n. 198 del 2006, a fronte dell'avvenuta deduzione delle circostanze minime essenziali da cui presuntivamente inferire la lamentata discriminazione, l'onere di provare, all'interno di esse, i fatti negativi gravava sul datore di lavoro, fermo restando il potere d'ufficio del giudice di integrare un quadro probatorio tempestivamente delineato dalle parti, in ragione dei rispetti oneri, per colmare eventuali lacune delle risultanze di causa.

15. In conclusione, il ricorso va accolto per le ragioni sopra evidenziate e la sentenza impugnata va cassata con rinvio alla Corte d'appello di Roma che, in diversa composizione, procederà ad un nuovo esame attenendosi agli indicati principi e provvederà anche sulle spese del presente giudizio di legittimità.

**P.Q.M.**

La Corte accoglie il ricorso per quanto di ragione, cassa la sentenza impugnata e rinvia anche per le spese alla Corte d'appello di Roma in diversa composizione.

Roma, così deciso nella camera di consiglio dell'11 novembre 2020.

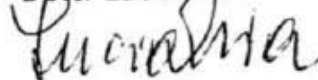
Il Cons. Est.

Dott. Caterina Marotta



Il Presidente

Dott. Lucia Tria



IL FUNZIONARIO GIUDIZIARIO

Maria Pia Giacoia

Il Funzionario Giudiziario

Deposito in Cancelleria

oggi, 26 FEB. 2021

Il Funzionario Giudiziario

IL FUNZIONARIO GIUDIZIARIO

Maria Pia Giacoia



## SENTENZA DELLA CORTE (Ottava Sezione)

25 febbraio 2021 (\*)

«Rinvio pregiudiziale – Politica sociale – Direttiva 2010/18/UE – Accordo quadro riveduto in materia di congedo parentale – Normativa nazionale che subordina il riconoscimento del diritto al congedo parentale alla condizione di occupazione di un impiego e all'iscrizione obbligatoria a tale titolo del lavoratore al regime previdenziale pertinente alla data della nascita del figlio»

Nella causa C-129/20,

avente ad oggetto la domanda di pronuncia pregiudiziale proposta alla Corte, ai sensi dell'articolo 267 TFUE, dalla Cour de cassation du Grand-Duché de Luxembourg (Corte di cassazione del Granducato di Lussemburgo, Lussemburgo), con decisione del 27 febbraio 2020, pervenuta in cancelleria il 9 marzo 2020, nel procedimento

**XI**

contro

**Caisse pour l'avenir des enfants,**

LA CORTE (Ottava Sezione),

composta da N. Wahl, presidente di sezione, A. Prechal (relatrice), presidente della Terza Sezione, e F. Biltgen, giudice,

avvocato generale: G. Pitruzzella

cancelliere: A. Calot Escobar

vista la fase scritta del procedimento,

considerate le osservazioni presentate:

- per XI, da Y. Kasel, avocat;
- per la Caisse pour l'avenir des enfants, da A. Rodesch e R. Jazbinsek, avocats;
- per la Commissione europea, da A. Szmytkowska e C. Valero, in qualità di agenti,

vista la decisione, adottata dopo aver sentito l'avvocato generale, di giudicare la causa senza conclusioni,

ha pronunciato la seguente

### Sentenza

- 1 La domanda di pronuncia pregiudiziale verte sull'interpretazione delle clausole 1.1, 1.2 e 2.1, nonché della clausola 2.3, lettera b), dell'accordo quadro sul congedo parentale, concluso il 14 dicembre 1995, che figura in allegato alla direttiva 96/34/CE del Consiglio, del 3 giugno 1996, concernente l'accordo quadro sul congedo parentale concluso dall'UNICE, dal CEEP e dalla CES (GU 1996, L 145, pag. 4), come modificata dalla direttiva 97/75/CE del Consiglio, del 15 dicembre 1997 (GU 1998, L 10, pag. 24) (in prosieguo: la «direttiva 96/34»).
- 2 Tale domanda è stata presentata nell'ambito di una controversia tra XI e la Caisse pour l'avenir des enfants (Cassa per il futuro dei minori, Lussemburgo) in merito al rifiuto di quest'ultima di riconoscere a XI il diritto al congedo parentale per prendersi cura dei suoi gemelli a motivo del fatto che la stessa non occupava un impiego retribuito alla data della loro nascita.



## **Contesto normativo**

### ***Diritto dell'Unione***

#### *La direttiva 96/34*

- 3 La direttiva 96/34 era intesa ad attuare l'accordo quadro sul congedo parentale concluso dall'Unione delle confederazioni europee dell'industria e dei datori di lavoro (UNICE), dal Centro europeo delle imprese a partecipazione pubblica (CEEP) e dalla Confederazione europea dei sindacati (CES).
- 4 La clausola 1 di tale accordo quadro, intitolata «Oggetto e campo d'applicazione», prevedeva quanto segue:
- «1. Il presente accordo stabilisce prescrizioni minime volte ad agevolare la conciliazione delle responsabilità professionali e familiari dei genitori che lavorano.
2. Il presente accordo si applica a tutti i lavoratori, di ambo i sessi, aventi un contratto o un rapporto di lavoro definito dalla legge, da contratti collettivi o dalle prassi vigenti in ciascuno Stato membro».
- 5 La clausola 2 di detto accordo quadro, intitolata «Congedo parentale», era così formulato:
- «1. Fatta salva la clausola 2.2, il presente accordo attribuisce ai lavoratori, di ambo i sessi, il diritto individuale al congedo parentale per la nascita o l'adozione di un bambino, affinché possano averne cura per un periodo minimo di tre mesi fino a un'età non superiore a 8 anni determinato dagli Stati membri e/o dalle parti sociali.
- (...)
3. Le condizioni di accesso e le modalità di applicazione del congedo parentale sono definite dalla legge e/o dai contratti collettivi negli Stati membri, nel rispetto delle prescrizioni minime del presente accordo. Gli Stati membri e/o le parti sociali possono in particolare:
- (...)
- b) subordinare il diritto al congedo parentale ad una determinata anzianità lavorativa e/o aziendale che non può superare un anno;
- (...)».

#### *Direttiva 2010/18/UE*

- 6 Il considerando 1 della direttiva 2010/18/UE del Consiglio, dell'8 marzo 2010, che attua l'accordo quadro riveduto in materia di congedo parentale concluso da BUSINESSEUROPE, UEAPME, CEEP e CES e abroga la direttiva 96/34 (GU 2010, L 68, pag. 13), prevede quanto segue:
- «L'articolo 153 del trattato [FUE] consente all'Unione [europea] di sostenere e completare l'azione degli Stati membri, tra l'altro nel settore della parità tra uomini e donne per quanto riguarda le opportunità sul mercato del lavoro ed il trattamento sul lavoro».
- 7 L'articolo 3, paragrafo 1, di tale direttiva prevede quanto segue:
- «Gli Stati membri mettono in vigore le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative necessarie per conformarsi alla presente direttiva entro l'8 marzo 2012 o si accertano che entro tale data le parti sociali attuino le disposizioni necessarie mediante accordo. (...)».
- 8 L'articolo 4 di detta direttiva così dispone:
- «La direttiva 96/34/CE è abrogata a decorrere dall'8 marzo 2012. (...)».
- 9 L'accordo quadro sul congedo parentale (riveduto) del 18 giugno 2009 che figura in allegato alla direttiva 2010/18 (in prosieguo: l'«accordo quadro riveduto») al punto I.8 prevede quanto segue:
- «considerando che le politiche familiari dovrebbero contribuire al conseguimento della parità di genere e che andrebbero considerate alla luce dell'evoluzione demografica, delle conseguenze dell'invecchiamento della popolazione, del superamento del divario generazionale, della promozione della partecipazione delle donne al mondo del lavoro e della ripartizione delle responsabilità familiari tra donne e uomini».



- 10 La clausola 1 dell'accordo quadro riveduto, intitolata «Oggetto e ambito d'applicazione», prevede quanto segue:
- «1. Il presente accordo stabilisce prescrizioni minime volte ad agevolare la conciliazione delle responsabilità familiari e professionali dei genitori che lavorano, tenendo conto della crescente diversità delle strutture familiari nel rispetto delle leggi, dei contratti collettivi e/o delle prassi nazionali.
2. Il presente accordo si applica a tutti i lavoratori, di ambo i sessi, aventi un contratto o un rapporto di lavoro definito dalle leggi, dai contratti collettivi e/o dalle prassi vigenti in ciascuno Stato membro».
- 11 La clausola 2 dell'accordo quadro riveduto, intitolata «Congedo parentale», così dispone:
- «1. Il presente accordo attribuisce ai lavoratori di ambo i sessi il diritto individuale al congedo parentale per la nascita o l'adozione di un figlio, affinché possano averne cura fino a una determinata età, non superiore a otto anni, che deve essere definita dagli Stati membri e/o dalle parti sociali.
2. Il congedo è accordato per un periodo minimo di quattro mesi e, per promuovere la parità di opportunità e di trattamento tra gli uomini e le donne, andrebbe previsto, in linea di principio, in forma non trasferibile. Per incoraggiare una più equa ripartizione del congedo parentale tra i due genitori, almeno uno dei quattro mesi è attribuito in forma non trasferibile. (...)».
- 12 La clausola 3 di detto accordo quadro riveduto, intitolata «Modalità di applicazione», è così formulata:
- «1. Le condizioni di accesso e le modalità di applicazione del congedo parentale sono definite per legge e/o mediante contratti collettivi negli Stati membri, nel rispetto delle prescrizioni minime del presente accordo. Gli Stati membri e/o le parti sociali possono in particolare:
- (...)
- b) subordinare il diritto al congedo parentale a una determinata anzianità lavorativa e/o aziendale che non può superare un anno; quando ricorrono a tale disposizione gli Stati membri e/o le parti sociali assicurano che in caso di più contratti a tempo determinato, quale definito nella direttiva 1999/70/CE del Consiglio[ del 28 giugno 1999, relativa all'accordo quadro CES, UNICE e CEEP] sul tempo determinato, presso lo stesso datore di lavoro occorre tener conto della durata complessiva di tali contratti per il calcolo dell'anzianità [GU 1999, L 175, pag. 43];
- (...)».
- 13 La clausola 8.4 del medesimo accordo quadro riveduto prevede quanto segue:
- «Gli Stati membri mettono in vigore le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative necessarie per conformarsi alla decisione del Consiglio [che rende vincolanti le prescrizioni dell'accordo quadro riveduto] entro due anni dall'adozione della decisione ovvero si accertano che le parti sociali adottino le disposizioni necessarie mediante accordi prima della fine di tale periodo. (...)».

#### ***Diritto lussemburghese***

- 14 Il recepimento della direttiva 96/34 nel diritto lussemburghese è avvenuto con la Loi du 12 février 1999 concernant la mise en œuvre du plan d'action national en faveur de l'emploi (legge del 12 febbraio 1999 sull'attuazione del piano d'azione nazionale per l'occupazione) (*Mémorial A* 1999, pag. 190). In particolare, detta legge ha inserito nella Loi modifiée du 16 avril 1979 fixant le statut général des fonctionnaires de l'État (legge del 16 aprile 1979 recante lo statuto generale dei funzionari dello Stato, come modificata) (*Mémorial A* 1979, pag. 622; in prosieguo: la «legge del 16 aprile 1979, come modificata»), l'articolo 29 bis relativo al congedo parentale. Detto articolo, nella versione applicabile alla controversia oggetto del procedimento principale, prevede quanto segue:
- «È istituito un congedo speciale, denominato "congedo parentale", concesso per la nascita o l'adozione di uno o più figli per i quali siano versati assegni familiari e per i quali sussistano, in relazione al soggetto richiedente il congedo parentale, i requisiti di cui all'articolo 2, secondo e terzo comma, della Loi modifiée du 19 juin 1985 concernant les allocations familiales et portant création de la caisse nationale des prestations familiales (legge del 19 giugno 1985 in materia di assegni familiari e che istituisce la Cassa nazionale delle prestazioni familiari, come modificata) [(*Mémorial A* 1985, pag. 680)], fino al compimento del quinto anno di età da parte di tali figli.

Il congedo parentale spetta a qualsiasi soggetto, di seguito denominato "il genitore", a condizione che

(...)



- al momento della nascita o dell'accoglienza del figlio o dei figli adottandi, occupi legalmente un posto di lavoro nel territorio del Granducato di Lussemburgo, occupazione esercitata senza soluzione di continuità per almeno dodici mesi consecutivi direttamente precedenti l'inizio del congedo parentale, presso la stessa amministrazione pubblica o lo stesso ente pubblico per una durata mensile dell'orario di lavoro pari almeno alla metà della durata normale dell'orario di lavoro applicabile per legge, e che sia titolare di tale titolo durante tutto il periodo del congedo parentale;
  - sia iscritto obbligatoriamente e continuativamente al sistema previdenziale in virtù di uno dei suddetti titoli, in applicazione dell'articolo 1, punti 1, 2 e 10, del Code de la sécurité sociale (Codice di previdenza sociale);
- (...).

15 L'articolo 29 ter della legge del 16 aprile 1979, come modificata, prevede quanto segue:

«Ogni genitore che soddisfi le condizioni di cui all'articolo 29 bis ha diritto, su sua richiesta, a un congedo parentale di sei mesi per ciascun figlio. (...)».

#### **Procedimento principale e questione pregiudiziale**

- 16 Il 15 settembre 2011, XI ha stipulato un contratto di prestazione di servizi a tempo determinato con il Granducato di Lussemburgo per l'esecuzione dell'incarico di docente della scuola secondaria con scadenza il 26 gennaio 2012.
- 17 Il 26 gennaio 2012, a seguito della scadenza di detto contratto di lavoro a tempo determinato, è stata cancellata l'iscrizione di XI presso gli enti previdenziali e la stessa è stata iscritta dal suo compagno, in qualità di funzionario statale, al regime di coassicurazione.
- 18 Il 4 marzo 2012, in un periodo in cui era disoccupata, XI ha dato alla luce due gemelli.
- 19 Il 14 giugno 2012, XI ha ottenuto l'ammissione al beneficio dell'indennità di disoccupazione ed è stata quindi nuovamente iscritta presso gli enti previdenziali.
- 20 Dopo aver stipulato con il Granducato di Lussemburgo, in data 15 settembre 2012 e 1° agosto 2013, due contratti di prestazione di servizi a tempo determinato per l'esecuzione dell'incarico di docente della scuola secondaria, il 15 settembre 2014 XI ha sottoscritto un contratto a tempo indeterminato con detto Stato membro avente ad oggetto le medesime attività.
- 21 L'11 marzo 2015, XI ha presentato domanda di congedo parentale con indicazione della data di inizio fissata al 15 settembre 2015.
- 22 Con decisione del 20 marzo 2015, detta domanda è stata respinta dal presidente della Caisse nationale des prestations familiales (Cassa nazionale delle prestazioni familiari), ora denominata Caisse pour l'avenir des enfants (Cassa per il futuro dei minori), in applicazione dell'articolo 29 bis della legge del 16 aprile 1979, come modificata, il quale subordina la concessione del congedo parentale alla condizione che il lavoratore occupi legalmente un posto di lavoro e sia iscritto a tale titolo al regime previdenziale pertinente al momento della nascita del figlio, condizione questa che XI non soddisfaceva.
- 23 XI ha contestato tale decisione dinanzi al comitato direttivo della Caisse nationale des prestations familiales (Cassa nazionale delle prestazioni familiari) adducendo che l'articolo 29 bis della legge del 16 aprile 1979, come modificata, non era conforme all'accordo quadro sul congedo parentale che figura in allegato alla direttiva 96/34.
- 24 Con decisione del 19 maggio 2015, il comitato direttivo della Caisse nationale des prestations familiales (Cassa nazionale delle prestazioni familiari) ha confermato la decisione del 20 marzo 2015, considerando, in sostanza, che, poiché XI non occupava legalmente un posto di lavoro e non era iscritta a tale titolo al regime previdenziale pertinente al momento della nascita dei suoi figli, la stessa non aveva diritto al congedo parentale.
- 25 XI ha proposto ricorso avverso la decisione del 19 maggio 2015 dinanzi al Conseil arbitral de la sécurité sociale (Consiglio arbitrale per la previdenza sociale, Lussemburgo), il quale, con decisione del 27 ottobre 2017, ha accolto tale ricorso. In particolare, esso ha rilevato che l'accordo quadro che figura in allegato alla direttiva 96/34 subordinava il diritto al congedo parentale allo status di lavoratore e alla nascita di un figlio, senza tuttavia prevedere la condizione di occupazione e di iscrizione obbligatoria a tale titolo al regime previdenziale pertinente al momento della nascita di tale figlio e, in particolare, che il requisito supplementare di iscrizione a tale regime previdenziale al momento della nascita del figlio era incompatibile con il requisito previsto da tale accordo quadro in base al quale l'anzianità lavorativa e/o aziendale non può essere superiore a un anno e con lo scopo di agevolare la conciliazione



della vita professionale e familiare. La Caisse pour l'avenir des enfants (Cassa per il futuro dei minori) ha proposto appello avverso la decisione del 27 ottobre 2017 dinanzi al conseil supérieur de la sécurité sociale (Consiglio superiore per la previdenza sociale, Lussemburgo).

- 26 Con sentenza del 17 dicembre 2018, il conseil supérieur de la sécurité sociale (Consiglio superiore per la previdenza sociale) ha riformato la decisione del 27 ottobre 2017 rilevando, in particolare, che, poiché la clausola 2.1 dell'accordo quadro che figura in allegato alla direttiva 96/34 introduce un diritto individuale al congedo parentale per la nascita o l'adozione di un figlio, la fruizione di tale congedo era riservata ai lavoratori che potevano dimostrare lo status di lavoratore al momento della nascita o dell'adozione del figlio per il quale era stata richiesta la fruizione di tale congedo.
- 27 XI ha impugnato la sentenza del 17 dicembre 2018 dinanzi al giudice del rinvio, il quale ha ritenuto che, alla luce dei motivi dedotti dalle parti nel procedimento principale, la soluzione della controversia dinanzi ad esso pendente dipendesse dalla questione se le clausole dell'accordo quadro che figura in allegato alla direttiva 96/34 ostassero all'applicazione dell'articolo 29 bis della legge del 16 aprile 1979, come modificata.
- 28 Alla luce di tali circostanze, la Cour de cassation du Grand-Duché de Luxembourg (Corte di cassazione del Granducato di Lussemburgo, Lussemburgo) ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte la seguente questione pregiudiziale:

«Se le clausole 1.1, 1.2, e 2.1, [nonché la clausola] 2.3[ lettera] b), dell'accordo quadro sul congedo parentale concluso il 14 dicembre 1995 dalle organizzazioni interprofessionali a carattere generale UNICE, CEEP e CES, attuato dalla direttiva [96/34] debbano essere interpretate nel senso che esse ostano all'applicazione di una disposizione di diritto nazionale, quale l'articolo 29 bis della legge del 16 aprile 1979 recante lo statuto generale dei funzionari dello Stato, come modificata, nella versione risultante dalla legge del 22 dicembre 2006 (*Mémorial A* 2006, pag. 4838), che subordina la concessione del congedo parentale alla duplice condizione che il lavoratore occupi legalmente un posto di lavoro e sia iscritto a tale titolo alla previdenza sociale, da un lato, senza interruzione per almeno dodici mesi consecutivi immediatamente precedenti l'inizio del congedo parentale e, dall'altro, al momento della nascita o dell'accoglienza del figlio o dei figli adottivi, essendo richiesto il rispetto di tale seconda condizione anche qualora la nascita o l'adozione sia avvenuta più di dodici mesi prima dell'inizio del congedo parentale».

#### **Sulla questione pregiudiziale**

- 29 Con la sua questione pregiudiziale il giudice del rinvio chiede, in sostanza, se le clausole 1.1, 1.2 e 2.1, nonché la clausola 2.3, lettera b), dell'accordo quadro sul congedo parentale che figura in allegato alla direttiva 96/34 debbano essere interpretate nel senso che esse ostano a che la concessione di un congedo parentale sia subordinata alla duplice condizione che il lavoratore occupi legalmente un posto di lavoro e sia iscritto a tale titolo al regime previdenziale pertinente, in primo luogo, senza interruzione per un periodo di almeno dodici mesi immediatamente prima dell'inizio di tale congedo parentale e, in secondo luogo, al momento della nascita o dell'accoglienza del figlio o dei figli adottivi.
- 30 Secondo costante giurisprudenza, nell'ambito della procedura di cooperazione tra i giudici nazionali e la Corte istituita all'articolo 267 TFUE, quest'ultima è tenuta a fornire al giudice nazionale una risposta utile che gli consenta di dirimere la controversia di cui è investito (sentenza del 21 ottobre 2020, *Eco TLC*, C-556/19, EU:C:2020:844, punto 20 e giurisprudenza ivi citata). Nel caso di specie, spetta alla Corte stabilire in via preliminare se la controversia oggetto del procedimento principale sia disciplinata dalla direttiva 96/34 o dalla direttiva 2010/18, che abroga e sostituisce quest'ultima, nonché, se del caso, riformulare la questione sollevata.
- 31 A tale riguardo occorre ricordare che una nuova norma giuridica si applica a partire dall'entrata in vigore dell'atto recante la medesima e che, sebbene non si applichi alle situazioni giuridiche sorte e definitivamente acquisite in vigenza della vecchia legge, si applica agli effetti futuri delle medesime, nonché alle situazioni giuridiche nuove, a meno che, fatto salvo il principio di irretroattività degli atti giuridici, la nuova norma sia accompagnata da disposizioni particolari che determinano specificamente le sue condizioni di applicazione nel tempo. In particolare, le norme procedurali si considerano generalmente applicabili al momento in cui esse entrano in vigore, a differenza delle norme sostanziali, che, secondo la comune interpretazione, concernono rapporti giuridici definiti anteriormente alla loro entrata in vigore solo se dal loro testo, dalla loro ratio o dal loro impianto sistematico risulti chiaramente che va loro attribuita tale efficacia (sentenza del 26 marzo 2015, *Commissione/Moravia Gas Storage*, C-596/13 P, EU:C:2015:203, punti 32 e 33 e giurisprudenza ivi citata).
- 32 Nel caso di specie, è pacifico che le condizioni per la concessione del diritto al congedo parentale costituiscono norme sostanziali che si applicano a partire dall'entrata in vigore dell'atto che le introduce. In forza dell'articolo 4 della direttiva 2010/18, la direttiva 96/34 è stata abrogata a decorrere dall'8 marzo 2012. Peraltro, tale data costituiva, ai sensi dell'articolo 3, paragrafo 1, della direttiva 2010/18 e della clausola 8.4 dell'accordo quadro riveduto, la data entro la quale gli Stati membri avrebbero dovuto conformarsi alle disposizioni della direttiva



2010/18 e di detto accordo quadro o, se del caso, avrebbero dovuto accertarsi che le parti sociali avessero attuato le disposizioni necessarie a tal fine. Di conseguenza, e poiché la domanda di congedo parentale di XI è stata presentata l'11 marzo 2015, con indicazione della data di inizio fissata al 15 settembre 2015, tale domanda è disciplinata dalle disposizioni della direttiva 2010/18. A tale riguardo è irrilevante la circostanza che i gemelli di XI fossero nati il 4 marzo 2012. Infatti, a tale data, XI non aveva presentato una domanda di congedo parentale conformemente alla clausola 2.3, lettera b), dell'accordo quadro che figura in allegato alla direttiva 96/34, quale recepita nel diritto lussemburghese con la legge del 16 aprile 1979, come modificata.

- 33 Poiché la direttiva 2010/18 è applicabile alla controversia oggetto del procedimento principale e poiché le clausole 1.1, 1.2 e 2.1, nonché la clausola 2.3, lettera b), dell'accordo quadro che figura in allegato alla direttiva 96/34 corrispondono in sostanza alle clausole 1.1, 1.2 e 2.1, nonché alla clausola 3.1, lettera b), dell'accordo quadro riveduto, occorre riformulare la questione sollevata come diretta, segnatamente, a ottenere l'interpretazione di tali clausole dell'accordo quadro riveduto.
- 34 A tale proposito, si deve ricordare che, secondo costante giurisprudenza della Corte, ai fini dell'interpretazione di una disposizione del diritto dell'Unione si deve tener conto non soltanto del suo tenore letterale, ma anche del suo contesto e degli scopi perseguiti dalla normativa in cui essa si colloca (sentenze del 16 luglio 2015, *Maistrellis*, C-222/14, EU:C:2015:473, punto 30, e del 3 ottobre 2019, *Wasserleitungsverband Nördliches Burgenland e a.*, C-197/18, EU:C:2019:824, punto 48 e giurisprudenza ivi citata).
- 35 Per quanto riguarda, in primo luogo, la questione se dette clausole dell'accordo quadro riveduto ostino a una normativa nazionale che subordina il riconoscimento del diritto a un congedo parentale all'occupazione ininterrotta da parte del genitore di un impiego per un periodo di almeno dodici mesi immediatamente precedente l'inizio di tale congedo parentale, si deve osservare che dai termini della clausola 3.1, lettera b), dell'accordo quadro riveduto risulta che gli Stati membri possono subordinare la concessione del congedo parentale a una previa anzianità lavorativa che non può superare un anno. Tenuto conto dell'utilizzo dell'espressione «anzianità lavorativa» nella prima frase di tale disposizione e del fatto che la seconda frase di quest'ultima prevede che il calcolo di tale anzianità avvenga tenendo conto della durata complessiva di più contratti a tempo determinato presso lo stesso datore di lavoro, gli Stati membri possono esigere che tale anzianità sia continuativa. Inoltre, dal momento che con una domanda di congedo parentale il richiedente intende ottenere una sospensione del suo rapporto di lavoro (v., in tal senso, sentenza del 19 settembre 2013, *Hliddal e Bornand*, C-216/12 e C-217/12, EU:C:2013:568, punto 53), gli Stati membri possono esigere che la previa anzianità lavorativa sia riferibile a un periodo immediatamente precedente l'inizio del congedo parentale. Pertanto, le clausole 1.1, 1.2 e 2.1, nonché la clausola 3.1, lettera b), dell'accordo quadro riveduto non ostano a una normativa nazionale che subordina il riconoscimento del diritto al congedo parentale alla condizione che il genitore interessato abbia occupato un impiego senza interruzione per un periodo di almeno dodici mesi immediatamente precedente l'inizio di tale congedo parentale.
- 36 Per quanto riguarda, in secondo luogo, la questione se dette clausole dell'accordo quadro riveduto ostino a una normativa nazionale che subordina il riconoscimento del diritto al congedo parentale alla condizione che il genitore occupi un impiego al momento della nascita del figlio o dei figli oppure dell'accoglienza del figlio o dei figli adottandi, occorre osservare che, ai sensi della clausola 2.1 di detto accordo quadro, il diritto al congedo parentale è un diritto individuale riconosciuto ai lavoratori di ambo i sessi per la nascita o l'adozione di un figlio, affinché il genitore possa averne cura fino a una determinata età, che deve essere definita dagli Stati membri, ma che non può essere superiore a otto anni.
- 37 Inoltre, ai sensi delle clausole 1.1 e 1.2 dell'accordo quadro riveduto, quest'ultimo stabilisce prescrizioni minime volte ad agevolare la conciliazione delle responsabilità professionali e familiari dei genitori che lavorano e si applica a tutti i lavoratori, di ambo i sessi, aventi un contratto o un rapporto di lavoro definito dalle leggi, dai contratti collettivi e/o dalle prassi vigenti in ciascuno Stato membro.
- 38 Inoltre, come illustrato al punto 35 della presente sentenza, la clausola 3.1, lettera b), dell'accordo quadro riveduto consente agli Stati membri di subordinare il diritto al congedo parentale a una determinata anzianità lavorativa e/o aziendale che non può superare un anno.
- 39 Ne consegue che la nascita o l'adozione di un bambino e lo status di lavoratore dei suoi genitori sono condizioni costitutive del diritto al congedo parentale in forza dell'accordo quadro riveduto.
- 40 Tuttavia, contrariamente a quanto osserva la *Caisse pour l'avenir des enfants* (Cassa per il futuro dei minori), da dette condizioni costitutive del riconoscimento del diritto al congedo parentale non si può dedurre che i genitori del bambino per il quale tale congedo è richiesto debbano essere lavoratori al momento della nascita o dell'adozione di quest'ultimo.
- 41 Il contesto e gli obiettivi dell'accordo quadro riveduto ostano infatti a una siffatta interpretazione.



- 42 Come enunciato al considerando 1 della direttiva 2010/18, quest'ultima si inserisce nel contesto dell'articolo 153 TFUE, che consente all'Unione di sostenere e completare l'azione degli Stati membri, tra l'altro, nel settore del miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro e in quello dell'istituzione di un'adeguata protezione sociale dei lavoratori.
- 43 Peraltro, come risulta dal considerando 8 della direttiva 2010/18, dal primo comma del preambolo dell'accordo quadro riveduto e dal punto 3 delle osservazioni generali di tale accordo quadro, che rinvia agli articoli 23 e 33 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, detto accordo quadro persegue l'obiettivo sia di promuovere la parità tra uomini e donne per quanto riguarda le opportunità sul mercato del lavoro e il trattamento sul lavoro in tutta l'Unione, sia di migliorare la conciliazione tra vita professionale, vita privata e vita familiare dei genitori che lavorano. Detti obiettivi sono ribaditi nelle clausole 1.1 e 2.2 dell'accordo quadro riveduto.
- 44 In considerazione di tale contesto e di detti obiettivi, il diritto individuale di ciascun genitore lavoratore al congedo parentale per la nascita o l'adozione di un figlio, sancito dalla clausola 2.1 dell'accordo quadro riveduto, deve essere inteso nel senso che esso riflette un diritto sociale dell'Unione particolarmente importante, il quale è stato peraltro sancito dall'articolo 33, paragrafo 2, della Carta dei diritti fondamentali. Ne consegue che tale diritto non può essere interpretato in modo restrittivo (v., in tal senso, sentenza del 27 febbraio 2014, *Lyreco Belgium*, C-588/12, EU:C:2014:99, punto 36 e giurisprudenza ivi citata).
- 45 In tal senso, è stato dichiarato che, nonostante il fatto che la nascita sia una condizione costitutiva del diritto al congedo parentale, tale diritto non si ricollega alla data della nascita del bambino, cosicché non è richiesto che tale nascita sia avvenuta dopo la data di entrata in vigore della direttiva 96/34 in uno Stato membro affinché i genitori di tale bambino possano beneficiare del diritto al congedo parentale in applicazione di tale direttiva (v., in tal senso, sentenze del 14 aprile 2005, *Commissione/Lussemburgo*, C-519/03, EU:C:2005:234, punto 47, e del 16 settembre 2010, *Chatzi*, C-149/10, EU:C:2010:534, punto 50).
- 46 Escludere i genitori che non lavoravano al momento della nascita o dell'adozione del proprio figlio equivarrebbe a limitare il diritto di detti genitori alla possibilità di fruire di un congedo parentale in un momento successivo della loro vita in cui svolgono nuovamente un'attività lavorativa e del quale avrebbero bisogno per conciliare le loro responsabilità familiari e professionali. Una siffatta esclusione sarebbe pertanto contraria al diritto individuale di ciascun lavoratore di disporre di un congedo parentale.
- 47 Peraltro, occorre constatare che la duplice condizione imposta dalla normativa lussemburghese, la quale impone che il lavoratore occupi un impiego e, a tale titolo, sia iscritto al regime previdenziale non soltanto per almeno dodici mesi consecutivi immediatamente precedenti l'inizio del congedo parentale, ma anche al momento della nascita o dell'adozione del figlio o dei figli, porta, in realtà, allorché la nascita o l'adozione risalgano a più di dodici mesi prima dell'inizio del congedo parentale, a prolungare la condizione relativa all'anzianità lavorativa e/o aziendale che non può, tuttavia, superare un anno, in forza della clausola 3.1., lettera b), dell'accordo quadro sul congedo parentale.
- 48 Pertanto, alla luce del contesto e degli obiettivi dell'accordo quadro riveduto, richiamati al punto 43 della presente sentenza, le clausole 1.1, 1.2 e 2.1, nonché la clausola 3.1, lettera b), di tale accordo quadro non possono essere interpretate nel senso che uno Stato membro può subordinare il diritto di un genitore al congedo parentale alla condizione che il genitore lavori al momento della nascita o dell'adozione del figlio.
- 49 Una siffatta interpretazione, contrariamente a quanto osserva la *Caisse pour l'avenir des enfants* (Cassa per il futuro dei minori), non costituisce una discriminazione tra genitori disoccupati e genitori che lavorano al momento della nascita del proprio figlio, in quanto i primi potrebbero organizzarsi per prendersi cura del proprio figlio, mentre i secondi non potrebbero prendersene cura al momento della nascita senza beneficiare del congedo parentale.
- 50 Infatti, oltre al fatto che una siffatta argomentazione non prende in considerazione la circostanza che le madri beneficiano di un congedo di maternità al momento della nascita del proprio figlio, lo scopo della concessione del congedo parentale non è quello di consentire a un genitore di prendersi cura del proprio figlio solo al momento della nascita di quest'ultimo e poco tempo dopo la nascita, ma anche, più tardi, durante la sua infanzia, che, in forza della clausola 2.1 dell'accordo quadro riveduto, non può eccedere l'età di otto anni. Ne consegue che la possibilità, di cui dispone un genitore al momento della nascita del bambino, di organizzarsi per prendersi cura del proprio figlio non è rilevante ai fini della valutazione dell'esistenza di un diritto al congedo parentale e che su tale base non può essere legittimamente invocata alcuna discriminazione.
- 51 Alla luce dell'insieme delle considerazioni sin qui svolte, occorre rispondere alla questione sollevata dichiarando che le clausole 1.1, 1.2 e 2.1, nonché la clausola 3.1, lettera b), dell'accordo quadro riveduto devono essere interpretate nel senso che esse non ostano a una normativa nazionale che subordina il riconoscimento del diritto al congedo parentale alla condizione che il genitore interessato abbia occupato un impiego senza interruzione per un periodo di almeno dodici mesi immediatamente precedente l'inizio del congedo parentale. Per contro, dette

clausole ostano a una normativa nazionale che subordina il riconoscimento del diritto al congedo parentale allo status di lavoratore del genitore al momento della nascita o dell'adozione del figlio.

#### **Sulle spese**

- 52 Nei confronti delle parti nel procedimento principale la presente causa costituisce un incidente sollevato dinanzi al giudice nazionale, cui spetta quindi statuire sulle spese. Le spese sostenute da altri soggetti per presentare osservazioni alla Corte non possono dar luogo a rifusione.

Per questi motivi, la Corte (Ottava Sezione) dichiara:

**Le clausole 1.1, 1.2 e 2.1, nonché la clausola 3.1, lettera b), dell'accordo quadro sul congedo parentale (riveduto), del 18 giugno 2009, che figura in allegato alla direttiva 2010/18/UE del Consiglio, dell'8 marzo 2010, che attua l'accordo quadro riveduto in materia di congedo parentale concluso da BUSINESSEUROPE, UEAPME, CEEP e CES e abroga la direttiva 96/34/CE, devono essere interpretate nel senso che esse non ostano a una normativa nazionale che subordina il riconoscimento del diritto al congedo parentale alla condizione che il genitore interessato abbia occupato un impiego senza interruzione per un periodo di almeno dodici mesi immediatamente precedente l'inizio del congedo parentale. Per contro, dette clausole ostano a una normativa nazionale che subordina il riconoscimento del diritto al congedo parentale allo status di lavoratore del genitore al momento della nascita o dell'adozione del figlio.**

Firme





**TRIBUNALE ORDINARIO di ASTI**

Il giudice del Lavoro, dott.ssa Elisabetta Antoci, ha pronunciato il seguente

**decreto ex art. 38 d. lgs. 198/2006**

nel procedimento iscritto al n. r.g. 536/2020 promosso da:

**G.S.** C.F. con il patrocinio dell'avv.  
PADOVANI MASSIMO

*ricorrente*

contro

**ALFA** **S.P.A.** (C.F. con il patrocinio dell'avv.  
MONCALVO FABRIZIO ARMANDO e dell'avv. GORIA CAMILLO

*resistente*

Con ricorso ex art. 38 d. lgs. 198/2006 **G.S.** a convenuto in giudizio  
**ALFA** p.a. deducendo:

- di essere dipendente della resistente a far data dal 01/01/2008, a tempo pieno ed indeterminato, inquadrato al livello C1 CCNL Carta e Cartone Industria, in qualità di addetto ufficio spedizioni presso l'unità locale di Asti;
- di aver fruito, nel corso del 2019, di più periodi di congedo parentale, per un totale di 60 giorni;
- di non aver effettuato altre assenze nel 2019;
- di aver subito, in ragione dell'assenza dovuta al congedo parentale, una decurtazione del "premio di risultato" previsto dall'accordo aziendale del 10.6.2019 e valido per il triennio 2019/2021;
- più specificamente, di aver percepito - a titolo di premio di risultato - la somma di € 421,20, in luogo della somma di € 1.293,81 ricevuta dai colleghi con medesimo inquadramento contrattuale e in mancanza di assenze.

Tanto premesso in fatto e richiamato il disposto di cui all'art. 3 del d. lgs. 151/2001 e 25, comma 2 bis, del d. lgs. 198/2006, il ricorrente ha dedotto la natura discriminatoria della condotta datoriale in relazione alla propria qualità di genitore e ne ha chiesto l'accertamento, con conseguente dichiarazione del diritto del ricorrente all'equiparazione dei periodi di assenza per congedo parentale all'effettiva presenza in servizio ai fini della quantificazione del premio di risultato 2019 e condanna della resistente al pagamento di € 872,31, quale differenza tra l'ammontare del premio di risultato ricevuto e quanto spettante ad un lavoratore di pari inquadramento.

Costituita in giudizio **ALFA** .p.a. ha contestato l'ammissibilità e la fondatezza del ricorso, deducendo in primo luogo la non ravvisabilità di una discriminazione di genere ai sensi degli artt. 25 e 28 del d. lgs. 198/2006, in virtù del fatto che l'accordo aziendale ha previsto la medesima disciplina in materia di assenze per congedi parentali (oltre che per le altre cause di riduzione del premio) per i lavoratori e le lavoratrici; ha affermato in secondo luogo la resistenza la coerenza della disciplina pattizia in questione rispetto alla natura premiale dell'istituto del "premio di risultato", necessariamente collegato alla presenza al lavoro e al conseguente apporto fornito alla realizzazione degli obiettivi aziendali; ha sottolineato infine il mancato assolvimento da parte del ricorrente all'onere di allegazione e prova, avuto riguardo agli elementi di fatto, anche desunti da dati statistici, idonei a fondare, in termini precisi e concordanti, la presunzione di discriminazione, secondo quanto disposto dall'art. 40 del d. lgs. 198/2006.

Fallita la conciliazione, le parti hanno insistito nelle rispettive difese e conclusioni.

\* \* \* \* \*

Il 10.6.2019 è stato siglato tra **ALFA** .p.a., unità di Asti, e le RSU l'accordo relativo ai criteri e parametri di calcolo del premio di risultato per il triennio 2019/2021 (prodotto da entrambe le parti sub doc. 1).

Detto accordo individua, oltre ai parametri e criteri di definizione degli obiettivi di produzione, anche la platea dei lavoratori aventi diritto al premio, le modalità di erogazione e i criteri di quantificazione dello stesso.

Nello specifico, il premio viene definito ed erogato in unica soluzione nel corso del mese di febbraio dell'anno successivo a quello di riferimento e viene corrisposto a tutto il personale in forza - compreso il personale in somministrazione - nell'anno di riferimento e che abbia maturato almeno tre mesi di anzianità di servizio nello stesso

anno. La maturazione del premio avviene in ragione di dodicesimi di prestazione lavorativa e l'importo dello stesso viene erogato in misura identica a tutti i lavoratori appartenenti alla medesima categoria e livello.

Sotto la rubrica "Riduzione del premio" l'accordo prevede espressamente che: *"Il premio raggiunto subirà una riduzione del 1% per ogni giorno di assenza del lavoratore per:*

- malattia;*
- infortunio se causato dal mancato utilizzo dei dispositivi di protezione individuale o dal mancato, evidente e reiterato, rispetto delle regole;*
- maternità e paternità facoltative;*
- aspettativa non retribuita.*

*E' prevista una franchigia di 10 giorni; fino al decimo giorno di assenza non ci saranno pertanto riduzioni % del premio. A partire dall'undicesimo giorno di assenza verrà invece applicata una riduzione del 11%; dal dodicesimo giorno del 12% e così via".*

Tali modalità di computo hanno determinato concretamente per il ricorrente e con riferimento all'anno 2019 – anno in cui egli aveva fruito di 60 giorni di congedo parentale, senza compiere ulteriori assenze (cfr. buste paga e prospetti presenze sub doc. 2 fascicolo ricorrente) – una riduzione del premio di risultato ricevuto nel mese di febbraio 2020 pari ad € 872,31. Detta quantificazione, operata dal ricorrente sulla base del raffronto tra l'ammontare del premio di risultato ricevuto (€ 421,20, cfr. busta paga febbraio 2020 sub doc. 4 fascicolo ricorrente) e quello, privo di riduzioni, ricevuto da un lavoratore comparabile, con pari livello di inquadramento (€ 1.293,81, cfr. busta paga febbraio 2020 sub doc. 5 fascicolo ricorrente), non è stata specificamente contestata dalla resistente.

Tanto premesso, le censure di parte ricorrente si fondano sulla natura discriminatoria delle previsioni richiamate dell'accordo aziendale, in ragione dello status di *genitore*.

Nella prospettazione attorea difetta ogni riferimento ad una discriminazione di genere, dal che – secondo la resistente – discenderebbe l'inammissibilità e infondatezza della domanda, posto che la normativa invocata dal ricorrente è integralmente fondata sulla parità tra uomo e donna.

Tale tesi non convince.

Invero, se può certamente condividersi l'osservazione di parte resistente secondo cui l'intero impianto originario del codice delle pari opportunità si fonda sul divieto di discriminazione di genere, non possono d'altra parte trascurarsi le modifiche apportate

all'art. 25 bis del d.lgs. n. 198/2006 ad opera della l'articolo 1, comma 1, lettera p), numero 2), del D.Lgs. 25 gennaio 2010, n. 5.

In particolare, all'art. 25 citato, sotto la rubrica "Discriminazione diretta e indiretta", dopo i primi due commi, del seguente tenore:

*"1. Costituisce discriminazione diretta, ai sensi del presente titolo, 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 presente titolo, quando 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"*

è stato aggiunto il comma 2 bis, del seguente tenore:

*"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".*

Il tenore letterale della norma induce a ritenere che sia stata individuata nella gravidanza, nella maternità e nella paternità autonomi fattori di discriminazione, con la conseguenza di divieto di ogni trattamento meno favorevole per la lavoratrice in gravidanza o in maternità rispetto a quelli riservati sia ai colleghi maschi sia alle colleghe non in stato di gravidanza o maternità, ma anche di ogni trattamento meno favorevole per il lavoratore "in paternità" (in senso ampio) rispetto a quelli riservati sia alle colleghe in condizioni comparabili sia ai colleghi non "in paternità".

Tale interpretazione appare corroborata, del resto, dalla lettura della Direttiva 2006/54/CE, "riguardante l'attuazione del principio delle pari opportunità e della parità di trattamento fra uomini e donne in materia di occupazione e impiego", di cui il D.Lgs. 25 gennaio 2010, n. 5 costituisce espressa attuazione:

- all'art. 9, sotto la rubrica *“esempi di discriminazione”* è previsto che: *“1. Nelle disposizioni contrarie al principio della parità di trattamento sono da includere quelle che si basano direttamente o indirettamente sul sesso per: (...) g) interrompere il mantenimento o l'acquisizione dei diritti durante i periodi di congedo di maternità o di congedo per motivi familiari prescritti in via legale o convenzionale e retribuiti dal datore di lavoro”*;

- all'art. 15, sotto la rubrica *“Rientro dal congedo di maternità”* è previsto che: *“Alla fine del periodo di congedo per maternità, la donna ha diritto di riprendere il proprio lavoro o un posto equivalente secondo termini e condizioni che non le siano meno favorevoli, e a beneficiare di eventuali miglioramenti delle condizioni di lavoro che le sarebbero spettati durante la sua assenza”*;

- all'art. 16, sotto la rubrica *“Congedo di paternità e di adozione”* è previsto che: *“La presente direttiva lascia impregiudicata la facoltà degli Stati membri di riconoscere diritti distinti di congedo di paternità e/o adozione. Gli Stati membri che riconoscono siffatti diritti adottano le misure necessarie per tutelare i lavoratori e le lavoratrici contro il licenziamento causato dall'esercizio di tali diritti e per garantire che alla fine di tale periodo di congedo essi abbiano diritto di riprendere il proprio lavoro o un posto equivalente secondo termini e condizioni che non siano per essi meno favorevoli, e di beneficiare di eventuali miglioramenti delle condizioni di lavoro che sarebbero loro spettati durante la loro assenza”*.

Ne discende, quindi, che il divieto di discriminazione per ragioni connesse al sesso, già sancito già dalla L. n. 300 del 1970, art. 15, come modificato dal D.Lgs. n. 216 del 2003, e ribadito dal D.Lgs. n. 151 del 2001, art. 3 e dal D.Lgs. n. 198 del 2006, art. 25, comma 2 bis entrambi come modificati dal D.Lgs. n. 5 del 2010, è esteso anche alla *genitorialità* (cfr. in questo senso anche Cassazione civile, sez. lav., 22/10/2018, n. 26663, punto 21 della motivazione).

Si consideri, d'altra parte, che con particolare riferimento al congedo parentale l'art. 34 del d. lgs. 151/01 prevede espressamente che *“I periodi di congedo parentale sono computati nell'anzianità di servizio, esclusi gli effetti relativi alle ferie e alla tredicesima mensilità o alla gratifica natalizia”*.

Ritenuto, dunque, che lo status di genitore costituisca un autonomo fattore di protezione nell'ordinamento vigente, occorre stabilire se la discriminazione denunciata sia stata prospettata come diretta ovvero indiretta.

A parere del giudice, il ricorrente ha prospettato una discriminazione diretta in danno del genitore, posto che, così come delineato dal ricorrente, il meccanismo di riduzione del premio di risultato non pone una regola apparentemente neutra che tuttavia, nella



sua concreta esplicazione, finisce con il colpire la categoria protetta, bensì colpisce direttamente i lavoratori che fruiscono dei congedi parentali, e cioè i genitori.

Così astrattamente qualificata la discriminazione denunciata dal ricorrente, deve affermarsi che essa si riscontra nel caso di specie.

Infatti, il meccanismo di computo del premio di risultato prevede la riduzione dell'ammontare del premio in misura direttamente proporzionale al numero di giorni di fruizione del congedo parentale, a detrimento di chi compie assenze per tale motivo rispetto a chi ne compie per altri motivi.

Tale meccanismo, peraltro, non è giustificato dalla necessità di valorizzare la presenza in servizio del lavoratore, perché colpisce proprio le assenze per congedi parentali (e quindi i genitori) e non altre tipologie di assenze altrettanto giustificate (assenze per legge 104, permessi sindacali, permessi per donazioni del sangue, etc.).

Può quindi concludersi che il meccanismo di computo del premio in esame non soltanto non è strettamente e intimamente legato alla presenza in servizio (considera, infatti, rilevanti talune tipologie di assenze e irrilevanti altre) ma neppure appare in alcun modo giustificato dalla natura dell'assenza per congedo parentale, del tutto analoga a quella di altre assenze (necessità di accudimento di altri soggetti, come avviene per i permessi ex l. 104).

L'analisi del meccanismo di attribuzione del premio e il riscontro del trattamento sfavorevole riservato ai lavoratori che fruiscono del congedo parentale fa emergere chiaramente la natura discriminatoria della norma in danno dei lavoratori genitori.

Non vi è quindi necessità di ulteriori *"elementi di fatto, anche statistici, idonei a costituire indici precisi e concordanti"* per dimostrare la sussistenza della discriminazione, così come prospettata dal ricorrente (tale ultima modalità di accertamento sarebbe stata necessaria ove fosse stata dedotta dal ricorrente una discriminazione indiretta di genere, e cioè ad esempio deducendo che la norma pattizia, prevedendo una ripercussione negativa di ordine retributivo per coloro che fruiscono dei diritti connessi allo status di genitore, finisce per colpire i lavoratori di un determinato sesso).

Infine, va affermato che non rileva, al fine di escludere il carattere discriminatorio delle disposizioni in esame, né - in primo luogo - la natura della fonte di queste ultime (accordo sindacale), posto che ricade in ogni caso sul datore di lavoro l'obbligo di realizzare un'organizzazione del lavoro atta ad evitare discriminazioni anche a fronte di un accordo con le organizzazioni sindacali, né - in secondo luogo - la non

ravvisabilità di intenti discriminatori in capo alla resistente ed anzi l'attivazione di campagne ed iniziative a tutela della parità di genere, dal momento che la discriminazione opera obiettivamente, ossia in ragione 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 (in questi termini si è espressa la Suprema Corte, con la sentenza n. 6575 del 5/4/2016).

Alla luce di quanto precede, il ricorso va accolto.

Le spese di lite seguono la soccombenza e sono liquidate come in dispositivo alla luce dei parametri di cui al D.M. 55/14 in considerazione della natura del procedimento e del grado di complessità delle questioni affrontate.

#### **P.Q.M.**

- dichiara la natura discriminatoria dell'accordo sindacale del 10.6.2019 nella parte in cui indica le assenze per maternità e paternità facoltative quale cause legittimanti la riduzione del premio di risultato;
- ordina alla resistente la cessazione della condotta e la rimozione degli effetti e, pertanto, condanna parte resistente a corrispondere a parte ricorrente la somma lorda di € 872,31 a titolo di saldo premio di risultato 2019, oltre interessi e rivalutazione;
- condanna parte resistente a rimborsare a parte ricorrente le spese di lite, liquidate in € 650,00 per compensi, oltre € 21,50 per esborsi, rimborso forfettario spese di lite al 15%, iva e cpa alle rispettive aliquote di legge, con distrazione in favore del difensore antistatario.

Si comunichi.

Asti, 07/12/2020

Il Giudice

*dott.ssa Elisabetta Antoci*

N. R.G. 9047/2017



**REPUBBLICA ITALIANA**  
**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**  
**TRIBUNALE ORDINARIO di MILANO**  
**SEZIONE LAVORO**

Il Tribunale di Milano, in funzione di Giudice del Lavoro, in persona della dott. Laura Tomasi, ha pronunciato la seguente

**SENTENZA**

nella causa R.G.L. **9047/2017** promossa da:

##### (Avv. BIAGIONI TATIANA, DANESI ANNA,  
GUERRA MARCO ANDREA)

contro:

##### S.R.L. (Avv. CERISARA LAURA, CAMBARERI  
GIUSEPPE)

Con l'intervento adesivo di

CONSIGLIERA DI PARITA' DELLA CITTA' METROPOLITANA DI  
MILANO (Avv. ROTA MONICA, BONSIGNORIO DAVIDE)

OGGETTO: Discriminazione, Licenziamento individuale per giusta causa

**CONCLUSIONI DELLE PARTI**

Come in atti e verbale dell'udienza del 13/2/2018.

**FATTO E DIRITTO**

Con ricorso depositato il 20/9/2017, ##### ha convenuto in  
giudizio l'ex datore di lavoro ##### S.R.L., lamentando di essere  
stata vittima di condotte discriminatorie perpetrate ai suoi danni in ragione della



condizione di donna e madre, e chiedendo il risarcimento del danno nella misura di euro 20.000.

La ricorrente ha altresì denunciato l'arbitraria estromissione dal rapporto di lavoro per il periodo dal 27/5/2016 al 26/6/2016, chiedendo il pagamento della retribuzione dovuta, per l'importo di euro 264,65.

#### ha, infine, impugnato il licenziamento per giusta causa comminatole in data 10/3/2017, chiedendone la declaratoria di illegittimità, con le conseguenze di cui all'articolo 8 della legge 604 del 1966 e con condanna della parte convenuta alla corresponsione dell'indennità sostitutiva del preavviso.

Si è costituita ritualmente in giudizio la parte resistente, contestando quanto ex adverso dedotto e chiedendo il rigetto delle domande siccome infondate in fatto ed in diritto.

È altresì intervenuta in giudizio la Consigliera di parità della città metropolitana di Milano, spiegando conclusioni adesive rispetto a quelle della parte ricorrente.

All'udienza del 13/2/2018, la causa è stata discussa e decisa con pronuncia del dispositivo in atti.

Il ricorso è fondato e va accolto, per i motivi e nei limiti di seguito esposti.

Com'è noto, i fondamentali principi della parità di genere e della tutela della maternità, sanciti a livello internazionale, eurounitario e costituzionale, sono attualmente compendati nell'art. 3 d.lgs. 151/01 che vieta “qualsiasi discriminazione *per ragioni connesse al sesso [...] con particolare riguardo ad 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*”.

Ai sensi dell'art. 25 d.lgs. 198/06 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. Si ha invece discriminazione indiretta, quando 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. In particolare, 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”.



Ai sensi dell'art. 26 del medesimo testo normativo: “1. Sono considerate come discriminazioni anche le molestie, ovvero quei comportamenti indesiderati, posti in essere per ragioni connesse al sesso, aventi lo scopo o l'effetto di violare la dignità di una lavoratrice o di un lavoratore e di creare un clima intimidatorio, ostile, degradante, umiliante o offensivo [...]”.

Dalle disposizioni e principi appena ricordati si ricava che possono essere qualificate come discriminatorie sia condotte datoriali illegittime, perché contrarie a disposizioni di legge, sia condotte in sé legittime, ma connotate dal particolare dolo di discriminazione.

Quanto all'onere della prova in materia di discriminazioni, l'art. 40 d.lgs. 198/06 prevede che: “quando il ricorrente fornisce elementi di fatto, desunti anche da dati di carattere statistico relativi alle assunzioni, ai regimi retributivi, all'assegnazione di mansioni e qualifiche, ai trasferimenti, alla progressione in carriera ed ai licenziamenti, idonei a fondare, in termini precisi e concordanti, la presunzione dell'esistenza di atti, patti o comportamenti discriminatori in ragione del sesso, spetta al convenuto l'onere della prova sull'insussistenza di discriminazione”.

Ne deriva che il lavoratore o la lavoratrice che si assume discriminato ha l'onere di fornire elementi di fatto idonei a fondare, in termini precisi e concordanti, la presunzione di discriminazione; la sussistenza di tali elementi determina l'inversione dell'onere probatorio e la necessità per il datore di lavoro di provare l'insussistenza dell'intento discriminatorio.

In specie, la ricorrente ha denunciato quali indizi di discriminazione: 1) la temporanea revoca dei buoni pasto e del premio di produzione, dopo la nascita del primo figlio; 2) l'imposizione dell'uso di permessi retribuiti in data 2 e 3 febbraio 2015, per uscire prima dal lavoro, dopo avere rifiutato di firmare un accordo di trasformazione del rapporto di lavoro da full time a part-time; 3) l'invio, da parte del datore di lavoro, in data 16/5/2016 e durante il periodo di congedo parentale per la nascita del secondo figlio, di una e-mail in cui era preannunciata l'intenzione di licenziarla al compimento dell'anno del bambino; 4) il rifiuto di ricevere la prestazione lavorativa alla fine dalla seconda maternità, con collocazione forzata in ferie e permessi; 5) al rientro, in data 27/6/2016, la forzata inoperosità cui la sig. Magna era stata costretta; 6) le espressioni usate nei confronti della lavoratrice nel corso dei colloqui avuti, il 27/6/2016 e l'11/7/2016, con l'amministratore unico ##### di ##### e con la di lui moglie #####.

Ritiene il giudicante che la temporanea revoca dei buoni pasto e del premio di produzione non costituisca indirizzo sufficientemente preciso di discriminazione.

La ricorrente non ha, infatti, dedotto con sufficiente specificità in quale periodo dell'anno 2013 detti benefit sarebbero stati revocati. Come allegato da





parte resistente e non specificamente contestato dalla ricorrente, la lavoratrice ha fruito di congedi legati alla prima maternità dal 13/3/2013 al 27/6/2014. In assenza di più specifiche deduzioni della ricorrente circa il periodo in cui i benefici sono stati revocati, la temporanea sospensione degli stessi ben può essere legata al fatto obiettivo che, essendo legittimamente assente, la sig. Magna non abbia reso la prestazione lavorativa e, pertanto, non abbia maturato il diritto a percepire emolumenti strettamente legati alla effettiva prestazione di lavoro.

La parte resistente ha inoltre allegato, non specificamente e tempestivamente contestata dalla ricorrente, che buoni pasto e premio di produzione sono stati sospesi nel 2013 a tutti i dipendenti, a causa della contrazione del fatturato, sceso da € 638.475 nel 2012 a € 445.572 nel 2013. Il calo di fatturato è, peraltro, documentale (v. doc. 5A e 5B fasc. res.).

Alla luce di quanto esposto, la temporanea sospensione di buoni pasto e premio di produzione non può essere valutata come indizio di discriminazione.

Non si ritiene discriminatorio nemmeno il comportamento consistito nel proporre alla lavoratrice la firma di un accordo modificativo dell'orario di lavoro da full time a part-time.

Risulta in atti che la bozza di accordo modificativo dell'orario di lavoro è datata 19.1.2015 e che la ricorrente ha comunicato il proprio stato di gravidanza in data 21/1/2015 (doc. 15-16 res.).

La ricorrente, chiedendo, all'udienza del 23/11/2017, la decisione della causa allo stato degli atti, ha implicitamente rinunciato a esperire la prova orale onde dimostrare che l'accordo, pur datato 19/1/2015, le fosse stato in realtà sottoposto solo il 2/2/2015.

Non risultando provato che la modifica dell'orario di lavoro sia stata proposta alla lavoratrice solo a seguito, e in ragione dell'annuncio della propria gravidanza, nemmeno può ritenersi discriminatorio che la lavoratrice abbia fruito di permessi per l'uscita anticipata in data 2 e 3 febbraio 2015. Quest'ultima circostanza è stata, infatti, direttamente ricollegata dalla ricorrente al rifiuto della sottoscrizione di un accordo che, in tesi, sarebbe stato sottoposto alla ### proprio in ragione dello stato di gravidanza. Difettando la prova del collegamento tra proposta di riduzione dell'orario e stato di gravidanza, non possono ritenersi discriminatorie le susseguenti condotte datoriali.

Ad avviso del giudicante, costituisce, invece, indizio di discriminazione l'invio alla sig. Magna, da parte del datore di lavoro, in data 16/5/2016 e durante il periodo di congedo parentale per la nascita del secondo figlio, dell'e-mail del seguente tenore:

"Ciao Eli, allora, fino al 27/05/16 sei ancora in maternità facoltativa perché da fede la data del parto. Usufruendo di ferie e permessi si arriva al 28/06 ... Dopodiché



all'anno del bambino vieni retribuita regolarmente sia che tu rientri, sia che resti a casa. Dal compimento dell'anno del bambino ci sarà la lettera di licenziamento (con preavviso di 30 giorni, perché lavori da più di 5 anni da noi — quindi dal 16/08 al 16/10 sarai retribuita regolarmente). A. seguire la liquidazione. Questo cara ####, sarebbe la trafila per arrivare a fine rapporto ... è da novembre che ti allerto (mi dispiace, queste cose sono brutte da ambo le parti) ma nn è cambiato nulla purtroppo da allora). Ti aggiorno strada facendo — ciano. D."

E' certamente vero che ##### S.R.L. versava in stato di crisi, come dimostra la comparazione tra il bilancio di esercizio al 31/12/2015, che presentava un fatturato pari a euro 263.276 e un utile di euro 32.059, e il bilancio di esercizio al 31/12/2016, che esprimeva un fatturato di euro 251.809 e un utile di soldi euro 3776 (v. bilanci di esercizio depositati in atti).

Non si capisce, tuttavia, come fosse possibile, per la società resistente, preventivare il licenziamento della ##### con cinque mesi di anticipo (l'e-mail è del 16/5/2016 e il licenziamento è preannunciato per il 16/10/2016), oltretutto senza che, a quella data, fosse stata preannunciata alcuna riorganizzazione aziendale, o fossero stati effettuati altri licenziamenti (il recesso dal rapporto di lavoro con ##### è assai successivo, datando al 27/7/2017). Né risulta che, all'epoca, prima di "preannunciare" il licenziamento alla #####, il datore di lavoro avesse effettuato alcuna comparazione tra i lavoratori in forze, in relazione all'anzianità di servizio e ai carichi di famiglia, onde addivenire alla scelta, sulla base di criteri obiettivi, di quale fosse il dipendente da licenziare.

In assenza di elementi che dimostrino che la scelta della ##### come lavoratrice da licenziare (in futuro) fosse basata su criteri obiettivi, rispondenti alla nozione di giustificato motivo oggettivo delineato dall'articolo 4 della legge 604/1966, il preannunciato licenziamento di una lavoratrice in congedo parentale assurge effettivamente indizio di una discriminazione della stessa, in ragione della condizione di donna e madre.

Ritiene il giudicante che costituisca indizio di discriminazione anche la sospensione della ##### dal servizio dal 27.5.2016 al 26.6.2016.

##### SRL ha dedotto che, in realtà, la fruizione di ferie per i giorni 30 e 31 maggio 2016 e di permessi per il mese di giugno 2016 sarebbe stata concordata tra le parti.

La società resistente non ha, tuttavia, fornito prova dei suoi assunti, non avendo prodotto alcun documento in tal senso, né avendo articolato specifici capitoli di prova testimoniale sul punto.

Alla luce delle risultanze documentali, il datore di lavoro appare avere dunque imposto le ferie e la fruizione di permessi. Tale provvedimento, che di per sé potrebbe essere ascrivibile ai poteri organizzativi del datore di lavoro,



appare tuttavia in specie anomalo, alla luce delle circostanze evidenziate dalla lavoratrice al punto 12 del ricorso.

La sig. ##### ha dedotto di essersi presentata sul lavoro in data 27/5/2016, e di essere stata ricevuta dall'amministratore unico, che le aveva immediatamente confermato licenziamento dal giorno successivo al compimento di un anno di età del figlio, si era fatto consegnare le chiavi di accesso ai locali aziendali e le aveva intimato di abbandonare immediatamente il luogo di lavoro. Dette puntuali deduzioni non sono state contestate in modo sufficientemente specifico dal datore di lavoro e appaiono, anzi, corroborate dalla circostanza che, lo stesso 27/5/2016, la sig. ##### abbia messo in mora per iscritto il datore di lavoro, offrendo la propria prestazione lavorativa (doc. 3 ric.).

In detto contesto, la decisione di imporre alla lavoratrice il godimento di ferie e permessi appare significativa della volontà di estromettere la stessa dall'organizzazione aziendale, non consentendo la ripresa dell'attività lavorativa al termine del periodo di congedo parentale. Non risultando documentato che, all'epoca in cui l'estromissione è avvenuta, altri dipendenti della società fossero stati forzatamente collocati in ferie o in permesso retribuito, la condotta datoriale appare espressiva di discriminazione della lavoratrice in ragione della propria condizione di donna e madre.

Si ritiene altresì costituire indizio di discriminazione la circostanza che, al proprio rientro al lavoro dopo la fruizione di ferie e permessi, in data 27/6/2016, la sig. ##### non sia stata posta in condizione di rendere proficuamente la propria attività lavorativa.

In proposito, la ricorrente ha dedotto di avere constatato, in detta data, che la casella e-mail aziendale era disattivata, il PC era scollegato dalla rete interna ed era stato altresì disattivato il collegamento a Internet e agli hard disk di memoria (punto 20 del ricorso). Dette deduzioni non sono state specificamente contestate dalla resistente. Né risulta in alcun modo documentato o specificamente dedotto da ##### SRL che altri dipendenti della società si trovassero in tale stato di totale inoperosità, senza nemmeno poter fruire dei collegamenti del computer alla rete, per poter rendere la prestazione lavorativa.

Che la forzata inoperosità cui è stata costretta, al suo rientro, la sig. ##### fosse espressione di una condotta datoriale ostile, essenzialmente scatenata dalla circostanza che la lavoratrice avesse fruito di lunghi congedi in occasione delle due gravidanze, emerge palesemente dalla conversazione intercorsa, il 27/6/2016, all'odierna ricorrente, l'amministratore unico ##### e la di lui moglie #####.

Detta conversazione costituisce, in sé, ad avviso del giudicante, grave indizio di discriminazione – sub specie di molestia verbale, ai sensi dell'art. 26



d.lgs. 198/06 - nei confronti della sig. #####, in ragione della condizione di lavoratrice madre.

La conversazione, secondo quanto riportato in ricorso e non specificamente contestato dalla parte resistente, ha avuto, in alcuni passaggi, il seguente tenore.

D. Vitale (da minuto 11.30 circa a minuto 17 circa della registrazione prodotta sub doc. 6 ric.: " Sei una falsa, sei una schifosa, sei scema ... Ma va a cagare, stai lì, stai lì fino a fine mese. Cazzo. Muta ... Sono tre anni che non fai un cazzo, prendi gli stipendi, figa pazzesco. Ed è qui con la faccia di merda ...

Ma vai a cagare, falsa come Giuda, Stai qua! Ti piace stare qua? Stai qua. Che cazzo vuoi? ... ##### *ma vergognati, vergognati vah, vergognati, sei una vergogna. Dalla tua bocca io non voglio sapere niente. Sei falsa come Giuda ... ti sei fatta dare tutti i congedi di questo mondo ... Stai lì. Stai lì seduta fino a fine luglio quanto ti spetta per 5 anni. Statti lì! ... No, non voglio ... Non hai capito che non c'è un cazzo da fare ... non l'hai capito? Come te lo devo dire? In inglese? In cirillico? Non lo so ... "Ti ho detto stai a casa fino all'ultimo giorno. Non va bene. Stai ti seduta lì ... Assurdo. Poi si lamentano che la gente non assume le persone. Figa, figa che incubo. Peggio di un matrimonio porca troia, pazzesco, ma che cazzo volete? Ma che cazzo volete? Solo qua a scassare i coglioni .. da tutti ... e che cazzo sono? Lo scemo del villaggio. L'ho scoperto anche io, ma che cazzo hai scoperto? Pazzesco ... faccia di ... "*

D. ##### (da minuto 55,30 circa della registrazione): "Non vuoi stare muta? Parla! lo ti ho staccato dalla rete perché di te non mi fido più; ieri son venuto ed ho staccato il cavo di rete ... mi hai dimostrato in questi tre anni chi sei ... Ti ho già regalato troppo! Perché una che ogni volta che gli entra il pirla resta incinta e mi chiama e mi dice sto a casa, ma meglio che te ne vai fuori dai coglioni, ma cosa me ne faccio di una così, anche se sei qui da 10 anni. Cosa me ne faccio?"

M. ##### "Ma tu non dovevi neanche venire, eri in ferie. Non hai detto non voglio fare le ferie. Come ti sei permessa di entrare, aprire, accendere? Noi non ti abbiamo neanche denunciato ma potevamo, questa è roba tua?"

"Tu sei senza moralità ... Guarda Elisa ... vuoi stare qua? Ma stai qua ... Non può guardare il muro perché poi ti fa un'altra vertenza, tra parentesi, perché l'avvocato ce l'ha detto

D. #####: "Non guardare il muro, guarda fuori dalla finestra, che cazzo ti devo dire?"

M. #####: "Ma perché noi non ti possiamo licenziare quando tuo figlio ha un anno? Perché non abbiamo lavoro ... o ti dobbiamo comunque 200 mensilità perché tu hai 3 bambini? Non ti ho messa incinta io Eli ... Perché tu proprio sei disgustosa sotto questi aspetti poi sei bravissima lavorativamente"

"No, veramente, guarda io conosco solo te così ... in tutta la mia vita solo te ... solo te ... solo te ... veramente ... fatti delle domande. Sei una buona cristiana? Fatti delle domande. Che fortuna che noi non lo siamo ... Tu per soldi, non so, venderesti un organo".







Dai continui riferimenti, in chiave denigratoria, volgare e umiliante, alla circostanza che la sig. ##### avesse avuto due figli e si fosse, pertanto, assentata in ragione delle maternità, emerge chiaramente come la condotta datoriale, consistita nel mantenere la lavoratrice inoperosa al suo rientro dalla seconda maternità non fosse motivata dallo stato di crisi in cui versava la società, ma, essenzialmente, dalla volontà di “punire” la ricorrente, quale persona “inaffidabile”, proprio in ragione delle prolungate assenze dovute alla condizione di madre.

Particolarmente significativa è la frase del Vitale: “lo ti ho staccato dalla rete perché di te non mi fido più; ieri son venuto ed ho staccato il cavo di rete ... mi hai dimostrato questi tre anni [n.d.r. nei precedenti tre anni, la lavoratrice era stata assente per due congedi di maternità anticipata, obbligatoria e facoltativa] chi sei ... Ti ho già regalato troppo!”.

Né vale a ridimensionare l'assoluta gravità delle affermazioni svolte da ##### e ##### la circostanza che, come riportato a p. 29 della memoria difensiva, la sig. #####, nel corso della conversazione del 27/6/2016, abbia prospettato una risoluzione concordata del rapporto. A fronte della volontà datoriale di estromettere la lavoratrice, e dei toni violenti utilizzati, appare del tutto comprensibile che sig. ##### abbia cercato, peraltro con toni di assoluta urbanità, di proporre una soluzione a breve termine, e diversa dal licenziamento.

Si sottolinea poi che il sig. #####, in sede di libero interrogatorio, ha dichiarato: *“quando la ricorrente è rientrata dalla maternità non c’era lavoro per nessuno, le è stata a casa tre anni e non aveva idea di come giravano le cose in azienda, io per me non avvertita per tempo già quando era a casa. che c’era la crisi, quando è rientrata l’ho preso a male parole, mi sono arrabbiato perché aveva chiamato i sindacati,, però non l’ho mai discriminata. Io a settembre ho licenziato tutti i miei dipendenti, sono io che sono discriminato”*.

Dette dichiarazioni - oltre a rivelare la mancata percezione del disvalore delle condotte datoriali - evidenziano come le affermazioni svolte nella conversazione del 27/6/2016 non fossero motivate dallo stato di crisi della società, ma da un sentimento di rancore nei confronti della lavoratrice, tra l'altro motivato anche dalla circostanza che la stessa avesse interessato un'organizzazione sindacale della propria vicenda (cfr. doc. 4 fasc. ric.).

Del resto, che la volontà aziendale fosse quella di mantenere la ##### inoperosa a scopo “punitivo” emerge anche dal fatto che, in data 11/7/2016, al rientro da un periodo di malattia, la lavoratrice sia stata teoricamente adibita al compito di ricercare nuovi clienti, ma senza che le fosse fornito alcuno strumento per potere concretamente operare in tal senso. Non è infatti stata specificamente contestata l'allegazione della ricorrente secondo cui ella, nel momento in cui avrebbe dovuto dedicarsi a cercare clienti, non aveva ancora ottenuto la riattivazione della e-mail aziendale da cui poter inviare presentazioni dell'azienda.



Alle rimozioni della lavoratrice, il Vitale ha peraltro risposto, sempre in data 11/7/2016, con espressioni assolutamente volgari e inappropriate rispetto a un contesto lavorativo, replicando (v. registrazione audio 11.7.16 sub doc. 6 ric, da minuto 18,00 circa a minuto 22 circa): “puoi stare qui finché vuoi ... lavoro non c'è, quel poco che c'è lo facciamo noi ... io non ho niente da farti fare ... vuoi che ti dico di fare esercizi? ... non so cosa pensavi di trovare venendo qua ... ma dove cazzo esci? ... che film ti sta fatta non lo so ... stai qua, vuoi stare qua! ... stai qua per tutto..”).

Ritiene giudicante che il compendio probatorio offerto dalla parte ricorrente dimostri che la stessa è stata vittima di condotte discriminatorie, in ragione della propria condizione di donna e madre.

D'altra parte, come già osservato, proprio il tenore della conversazione intercorsa tra la lavoratrice e il legale rappresentante della convenuta in data 27/6/2016, dimostra come il trattamento riservato alla sig. ##### non sia stato affatto motivato dallo stato di crisi in cui versava la società, quanto piuttosto dal fastidio e dal rancore che il datore di lavoro nutriva nei confronti della dipendente, a motivo delle pregresse assenze, dovute all'esercizio dei propri diritti/doveri di madre.

Deve pertanto accertarsi che Elisa ##### è stata vittima di discriminazione, da parte di ##### SRL, per motivi di genere e in ragione della propria condizione di madre.

Quanto al risarcimento del danno, va considerato da un lato che le condotte discriminatorie si sono concentrate nel lasso di tempo dal 16/5/2016 al 11/7/2016; dall'altro lato, che, come risulta dalla documentazione medica prodotta dalla ricorrente sub doc. 15 e 15 bis, e non specificamente contestata dalla resistente, la successiva malattia patita dalla sig. ##### per il periodo dal 12/7/2016 al 19/2/2017 risulta inquadrabile in una sindrome da disadattamento cronico correlata alle avversità lavorative. Alla luce di detti elementi, appare equo determinare equitativamente il risarcimento nella misura di euro 10.000,00, pari a un quarto della retribuzione annua lorda della ricorrente (euro 2799,11 \* 14 mensilità: doc. 1 ric.).

In ragione della accertata illegittimità della sospensione della ricorrente dal servizio dal 27.5.2016 al 26.6.2016, la resistente va altresì condannata a corrispondere alla sig. ##### la somma di euro 264,65, pari alle differenze retributive che sarebbero spettate se la lavoratrice avesse reso la prestazione nel periodo considerato.

È altresì fondata la domanda della ricorrente avente a oggetto l'impugnativa del licenziamento, intimato per giusta causa il 10/3/2017, in ragione dell'assenza ingiustificata dal lavoro, per i giorni successivi al 21/2/2017.



Il CCNL applicato dal rapporto di lavoro all'articolo 251 indubbiamente prevede, in linea di principio, il licenziamento disciplinare in caso di assenza ingiustificata superiore a tre giorni.

Va tuttavia rammentato che, secondo la giurisprudenza di legittimità (v. da ultimo Cass. civ. sez. lav. n. 8826/2017), “la valutazione in ordine alla legittimità del licenziamento disciplinare di un lavoratore per una condotta contemplata a titolo esemplificativo, da una norma del contratto collettivo fra le ipotesi di licenziamento per giusta causa deve essere, in ogni caso, effettuata attraverso un accertamento in concreto, da parte del giudice di merito, della reale entità e gravità del comportamento addebitato al dipendente, non del rapporto di proporzionalità tra sanzione ed infrazione, anche quando si riscontri l'astratta corrispondenza di quel comportamento alla fattispecie tipizzata contrattualmente, occorrendo sempre che la condotta sanzionata sia riconducibile alla nozione legale di giusta causa, tenendo conto della gravità del comportamento in concreto del lavoratore, anche sotto il profilo soggettivo della colpa o del dolo, con valutazione in senso accentuativo rispetto alla regola della "non scusabilità" dell'infrazione, e dell'importanza" dettata dall'art. 1455 c.c.”.

In specie, considerato che era stato lo stesso datore di lavoro, nel corso delle conversazioni del 27/6/2016 e del 11/7/2016, a comunicare ripetutamente alla sig. ##### che la sua prestazione lavorativa non era né necessaria, né gradita all'azienda, appare del tutto sproporzionata - come ha lamentato la parte ricorrente - l'adozione di un provvedimento espulsivo datoriale, a fronte di una condotta (la mancata presentazione in servizio), che era stata addirittura caldeggiata dallo stesso datore di lavoro.

Il licenziamento irrogato alla ricorrente in data 10.3.2017 va, pertanto, dichiarato illegittimo.

Ai sensi dell'articolo 8 della legge 604 del 1966, ##### SRL va condannata a riassumere la ricorrente entro tre giorni o, in alternativa, a risarcire il danno corrispondendo alla stessa un'indennità, che si ritiene equo determinare, in ragione dell'anzianità di servizio della ricorrente (dal 9.5.2005) e delle dimensioni della convenuta (4 dipendenti) in quattro mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto, al tallone mensile di euro 3265,63 lordi.

Attese l'illegittimità del licenziamento e l'applicazione del regime di c.d. tutela obbligatoria, la resistente va altresì condannata a corrispondere alla sig. ##### l'indennità sostitutiva del preavviso, nella misura -indicata dalla ricorrente e non specificamente contestata dalla resistente - di euro 4898,44.



Le spese processuali tra la ricorrente e PHOTOGRAPHICS SRL seguono la soccombenza e sono liquidate come da dispositivo, ex DM 55/2014, nei valori minimi dello scaglione di riferimento (valore indeterminabile), considerate la non particolare complessità in fatto e in diritto della controversia e l'assenza di fase istruttoria.

PHOTOGRAPHICS SRL, in ragione della soccombenza, deve essere altresì condannata a rifondere le spese di lite della Consigliera di parità della città metropolitana di Milano, in ossequio alla regola secondo cui l'interventore adesivo diventa parte del giudizio, con la conseguenza che la parte soccombente ben può essere condannata a rifondergli le spese del giudizio (Cass., n. 11202/2003; Cass., n. 161/1990).

Le predette spese sono liquidate nella misura indicata in dispositivo, tenuto conto del carattere adesivo dell'intervento, e della derogabilità dei parametri di cui al citato DM (chiaramente desumibile dalla stessa qualificazione di "parametri", distinti dalle "tariffe" professionali ormai abrogate dall'art. 9 d.l. 1/2012, conv. in l. 27/12, nonché dal testo dell'art. 4 del DM che usa l'espressione "di regola" per individuare la percentuale di aumenti e diminuzioni, e prescrive al giudice di "tenere conto" dei valori di cui alle tabelle, escludendo dunque la vincolatività, nei minimi e nei massimi, delle stesse).

P.Q.M.

Il Tribunale di Milano in funzione di Giudice del Lavoro, definitivamente pronunciando, disattesa ogni contraria istanza ed eccezione così provvede:

1. Accerta e dichiara che ##### è stata vittima di discriminazione, da parte di ##### SRL, per motivi di genere e in ragione della propria condizione di madre;
2. Condanna ##### S.R.L. a risarcire il danno non patrimoniale, liquidato equitativamente in euro 10.000,00;
3. Accerta e dichiara l'illegittimità del licenziamento irrogato alla ricorrente in data 10.3.2017;
4. Condanna la resistente a riassumere la ricorrente entro tre giorni o in alternativa a risarcire il danno corrispondendo alla stessa un'indennità pari a quattro mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto, al tallone mensile di euro 3265,63 lordi;
5. Condanna ##### SRL a corrispondere alla ricorrente l'indennità sostitutiva del preavviso nella misura di euro 4898,44;
6. Accerta e dichiara l'illegittimità della sospensione della ricorrente dal servizio dal 27.5.2016 al 26.6.2016 e per l'effetto condanna la resistente a corrispondere a ##### la somma di euro 264,65;
7. Condanna la parte resistente a rimborsare alla parte ricorrente le spese di



lite, che si liquidano complessivamente in EURO 259,00 per esborsi ed euro 3500,00 per compenso del difensore, oltre CPA, IVA, spese forfettarie 15%, con distrazione a favore degli Avv. Biagioni, Danesi e Guerra, dichiaratisi antistatari;

8. Condanna la parte resistente a rimborsare all'interveniente CONSIGLIERA DI PARITA' DELLA CITTA' METROPOLITANA DI MILANO le spese di lite, che si liquidano complessivamente in euro 1500,00 per compenso del difensore, oltre CPA, IVA, spese forfettarie 15%.

Fissa il termine di 60 giorni per il deposito delle motivazioni.

Milano, 13/02/2018

IL GIUDICE DEL LAVORO

(Dott. Laura Tomasi)





Giudice Paganelli

**FattoDiritto**

Con ricorso depositato in data 10.06.2019 la ricorrente esponeva di lavorare in qualità di operatrice socio sanitaria, per l'Istituto resistente che gestiva una casa di riposo sita in (omissis). La struttura era diretta da due religiose con alle proprie dipendenze circa 26 addetti. Gli operatori socio sanitari lavoravano su tre turni: mattutino (6.20-14.00); pomeridiano (14.00-21.30), e notturno (21.30-7.00), con le seguenti rotazioni: due mattine, un pomeriggio, una notte, smonto e riposo. Assunta nel 2008, dall'anno successivo aveva sempre lavorato ruotando nelle tre turnazioni. L'istante, nel luglio 2014 comunicava alla datrice di lavoro la propria quarta gravidanza. Per ragioni di salute anticipò il congedo per maternità, infastidendo la superiora che, oltre a riferire che l'istante "sforasse figli come conigli" raccomandò ai colleghi di non nominarla. Tornata dalla maternità nell'ottobre 2015, le venne comunicato un diverso orario di lavoro: dalle 16.00 alle 21.00. Neppure le venne consegnata la divisa ciò che avvenne solo nel 2017. La ricorrente aveva chiesto più volte di poter modificare il proprio orario di lavoro, lavorando anche di mattina, al fine di poter avere più tempo per stare con i propri figli, tre dei quali andavano a scuola mentre il marito aveva un proprio lavoro. I figli più grandi erano così costretti a passare gran parte del loro pomeriggio (dalle 16.00 alle 18.00) in casa a controllare i due fratelli più piccoli, di 8 e 4 anni. La presenza contemporanea della madre con i figli nel pomeriggio era limitata al giorno di domenica. La resistente non adibiva l'istante al turno mattutino neppure quando si trattava di sostituire personale che lavorava in tale turno, preferendo assumere personale esterno. Neppure la risoluzione di due rapporti di lavoro con altrettante OOSS e l'assunzione di nuovo personale aveva consentito alla ricorrente di accedere al turno mattutino.

Il rifiuto della datrice di lavoro di consentire alla ricorrente di lavorare anche sul turno mattutino era discriminatorio perché motivato dalla condizione di madre della ricorrente. Sintomatiche della discriminazione di cui era vittima erano anche la sanzione disciplinare di 3 giorni di sospensione dal lavoro e dalla retribuzione – ritenuta palesemente sproporzionata – comminata per aver consegnato in orario di lavoro ad una collega di prodotti Yves Rocher venduti dalla figlia della ricorrente e l'omessa convocazione ad un corso di formazione a cui erano state invitate anche le colleghe in malattia. La ricorrente chiedeva che, accertata la natura discriminatoria dei comportamenti denunciati, la resistente fosse condannata ad assegnare all'istante turni lavorativi analoghi a quelli assegnati agli altri OOSS (due mattine, un pomeriggio, una notte uno smonto e un riposo), oltre al risarcimento del danno morale e patrimoniale.

La resistente chiedeva il rigetto del ricorso per le ragioni che saranno esposte.  
\*\*\*

La convenuta nega che lo speciale procedimento previsto dall'art. 38, del [d.lgs. n. 198/2006](#), sia applicabile alla fattispecie in esame, perché le doglianze della ricorrente non sarebbero ascrivibili in alcun modo al contesto delle discriminazioni di genere disciplinate dalla norma e perché difetterebbe il presupposto dell'urgenza e tempestività (la condotta assunta come discriminatoria datava al mese di ottobre 2015). Entrambe le eccezioni vanno disattese. La ricorrente deduce di essere trattata in modo sfavorevole rispetto ad altri dipendenti della struttura in ragione della propria condizione di madre. Il trattamento sfavorevole consisterebbe nell'adibizione in via continuativa e senza eccezioni al turno di lavoro pomeridiano, a differenza degli altri OOSS impiegati nella struttura, che osservano turni che li impegnano a giorni alterni il mattino, il pomeriggio o la notte. La discriminazione sarebbe stata attuata a partire dall'ottobre 2015, al rientro della lavoratrice dalla quarta maternità e troverebbe motivo proprio nella sua condizione di madre, non essendo emerse altre possibili giustificazioni del comportamento datoriale.

Pare al decidente che in tal modo l'istante abbia allegato una discriminazione diretta, attuata mediante l'assegnazione di un orario di lavoro diverso da quello della generalità degli altri dipendenti. Tale è infatti la definizione di discriminazione diretta evincibile dall'art. 25 del d.lg. 198/2006 ("Costituisce

discriminazione diretta, ai sensi del presente titolo, 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"). Rientra adesso esplicitamente nella tutela del fattore-genere, ai sensi del comma 2-bis della norma, anche il trattamento deteriore basato sullo stato di gravidanza, di maternità o paternità, anche adottive, o in ragione di titolarità/esercizio dei diritti connessi a tali status, e ciò in conseguenza della novella di cui all'art. 1, c. 1, lett. p), n. 2, d.lgs. 25.1.2010, n. 5, apportata in attuazione della direttiva 2006/54/CE. La speciale tutela prevista dall'art. 38, del d.lgs. 198/2006 si applica "Qualora vengano poste in essere discriminazioni in violazione dei divieti di cui al capo II del presente titolo... o comunque discriminazioni nell'accesso al lavoro, nella promozione e nella formazione professionale, nelle condizioni di lavoro compresa la retribuzione,...".

Come rilevato dalla più recente dottrina, i divieti di cui agli artt. 27-35 del codice possono coinvolgere tutti gli atti e i comportamenti (unilaterali o bilaterali) rilevanti ai fini della costituzione, dello svolgimento e della cessazione del rapporto. Sono coperte dai divieti tutte le fasi, quella precedente l'instaurazione del vincolo (in cui il soggetto si trova in una posizione di mera aspirazione al posto di lavoro) e dell'accesso, quella relativa alla formazione (nonché all'orientamento, al perfezionamento, all'aggiornamento, alla riqualificazione professionale, ai tirocini formativi e di orientamento), o allo svolgimento del rapporto (assegnazione di mansioni, trattamenti retributivi, trasferimenti, progressione in carriera ecc.), quella relativa all'estinzione, quella dell'accesso a forme di previdenza, di base e complementare, ed infine quella dell'affiliazione ad associazioni sindacali o professionali. Il riferimento alle "condizioni di lavoro, compresa la retribuzione", in ogni caso, implica l'astratta riconducibilità della fattispecie in esame nell'ambito delle discriminazioni considerate dal codice delle pari opportunità. La tutela predisposta dall'art. 38 non ha natura cautelare poiché non presuppone una situazione di pericolo imminente che nella fattispecie sarebbe effettivamente arduo rinvenire (la condotta discriminatoria è molto risalente nel tempo). L'ordinamento assicura egualmente una tutela sommaria ossia particolarmente rapida, in ragione del rango degli interessi coinvolti, analogamente a quanto previsto in materia di tutela contro i comportamenti antisindacali (art. 28, L. 300/1970) o, più di recente e fino alle ultime riforme, di licenziamento ingiustificato.

Nel merito il ricorso va accolto. L'accertamento della discriminazione diretta presuppone un giudizio di relazione in forza del quale possa affermarsi che il trattamento differenziato riservato alla ricorrente si ricolleggi causalmente ad uno dei fattori di discriminazione considerati dalla legge e quindi nel caso specifico alla maternità. Sul piano probatorio, in base all'art. 40, Quando il ricorrente fornisce elementi di fatto, desunti anche da dati di carattere statistico relativi alle assunzioni, ai regimi retributivi, all'assegnazione di mansioni e qualifiche, ai trasferimenti, alla progressione in carriera ed ai licenziamenti, idonei a fondare, in termini precisi e concordanti, la presunzione dell'esistenza di atti, patti o comportamenti discriminatori in ragione del sesso, spetta al convenuto l'onere della prova sull'insussistenza della discriminazione.

Si tratta di un regime probatorio agevolato che favorisce i lavoratori e le lavoratrici nella dimostrazione del nesso di causalità tra trattamento differenziato e fattore di discriminazione, una volta che essi abbiano provato l'esistenza in fatto di un trattamento differenziato rispetto al tertium comparationis prescelto. Il ricorrente dovrà perciò: a) allegare ed eventualmente dimostrare il fattore di discriminazione cui si assume riferibile il trattamento differenziale; b) affermare e dimostrare l'esistenza di un trattamento deteriore rispetto al termine di comparazione (e quindi a un soggetto, anche non più esistente o anche solo ipotetico, ma comunque non portatore del fattore protetto), prova che potrà darsi anche con l'ausilio del dato statistico. Per la verifica del rapporto causale deve compiersi un giudizio di tipo alternativo- ipotetico ovvero interrogarsi sul se il soggetto avrebbe ricevuto quel trattamento se non fosse stato portatore del fattore protetto; se la risposta è negativa quel trattamento ha natura discriminatoria.

Una volta assolto il predetto onere da parte dell'attore, sarà il datore di lavoro a dover dimostrare fatti, necessariamente specifici ed obiettivamente verificabili, idonei a far ritenere, nel caso di discriminazione diretta, l'inesistenza della discriminazione e quindi l'esistenza di una ragione non discriminatoria del trattamento differenziato, alternativa a quella normativamente presunta, e avente esclusiva rilevanza causale, oppure l'esistenza di una deroga, cioè l'esclusione della fattispecie dall'area del divieto (ad es. quando il trattamento differenziale dipenda da una caratteristica essenziale della prestazione, oggettivamente apprezzata).

Sulla base dell'istruttoria svolta l'istante ha assolto il proprio onere probatorio. E' infatti dimostrato, perché pacifico, che la ricorrente, madre di 4 figli, svolge le proprie mansioni esclusivamente in orario pomeridiano, a differenza delle altre 12 OOSS, impegnate in turni alternati mattino/pomeriggio/notte.

Fanno eccezione oltre la (omissis), impegnata dalle 15.00 alle 21.00, (omissis) (dalle 6.30 alle 13.00); alternandosi, (omissis) e (omissis) (10.00 – 12.30 e dalle 14.00 – 17.30; 13.00 – 19.00 o 13.30 – 19.30).

La ricorrente è perciò effettivamente l'unica OOSS a lavorare senza eccezione alcuna nel turno pomeridiano. E' altresì provato che la ricorrente non è mai stata utilizzata in turni pomeridiani per sostituire il personale temporaneamente assente a differenza di altri dipendenti (incontestato ma v. a conferma la teste (omissis)). Che la decisione di utilizzare la ricorrente in un turno esclusivamente pomeridiano abbia alla base ragioni attinenti le sue plurime maternità emerge sia da quanto riferito dai testi che dalla resistente. La teste (omissis) ha dichiarato di aver sentito la direttrice dell'istituto in occasione di un cambio turno lamentarsi del fatto che la ricorrente "sforasse figli come conigli". La stessa direttrice, sentita dal giudice, ha affermato che "non ho rilievi da fare alla ricorrente sullo svolgimento del suo turno ma ho necessità di impiegare la signora (omissis) in un turno che richiede una professionalità e soprattutto una continuità che la ricorrente non mi assicura". Dal prospetto depositato dalla resistente all'udienza del 01.08.2019, concernente le ore lavorate e quelle godute in regime di aspettativa, congedo ecc., emerge che i motivi di assenza dal lavoro della ricorrente a partire dall'anno 2008 attengono in misura di gran lunga prevalente alla maternità o al congedo parentale, ad essa connesso. Complessivamente 900 giorni a fronte di 307 di malattia e 93 di infortunio (questi ultimi concentrati nel solo anno 2019). Si desume perciò che la continuità lavorativa che la ricorrente, secondo la direttrice, non è in grado di assicurare e che motiva la scelta di non impiegare la ricorrente nel turno mattutino o in turni alternati, consegue alle frequenti assenze dovute alla fruizione degli istituti a protezione della maternità. Ciò è esattamente quanto la legge intende vietare con le norme antidiscriminatorie e segnatamente con l'art. 25, comma 2bis, in base al quale "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 nozione di discriminazione ha un carattere puramente oggettivo e prescinde da qualunque intento malevolo del datore di lavoro, che può discriminare un lavoratore per uno dei fattori di rischio considerati, anche indipendentemente da un animus malevolo. Il caso in esame ne rappresenta un caso emblematico. La sostituzione di una dipendente che ha frequenti gravidanze è probabilmente più complicata se lavora in turni spezzati piuttosto che su turno unico. Non assicurando la ricorrente la (ritenuta) necessaria continuità di servizio la si è adibita al turno meno disagiato per l'organizzazione aziendale. Ciò non toglie che la convenuta, imponendo alla ricorrente il solo turno pomeridiano l'abbia trattata diversamente per una ragione che l'ordinamento disapprova poiché la condizione di madre non può costituire motivo per trattamenti differenziati dei lavoratori (per il rilievo oggettivo delle fattispecie discriminatorie di derivazione comunitaria e per l'irrelevanza di concorrenti ragioni anche di natura economica, v. Cass. 6575/2016). Non avendo la convenuta allegato altre ragioni a sostegno della condotta denunciata dalla lavoratrice, è superfluo indagare gli ulteriori profili di discriminazione proposti. Relativamente alle conseguenze dell'accoglimento del ricorso deve rilevarsi come, in corso di causa, la convenuta abbia proposto alla lavoratrice di subentrare nel turno mattutino assegnato alla dipendente M. che si pensionerà a febbraio 2020. Questa misura, sicuramente adeguata rispetto alle esigenze aziendali e sostanzialmente in linea con le aspettative della ricorrente, dovrà essere anticipata dall'inserimento immediato della Libertà nelle sostituzioni del personale temporaneamente assente, analogamente agli altri dipendenti. Circa il risarcimento del danno non patrimoniale reclamato dall'attrice, deve precisarsi che il danno risarcibile non è "in re ipsa" e va pertanto individuato, non nella lesione del diritto inviolabile, ma nelle conseguenze di tale lesione, sicché la sussistenza di tale danno non patrimoniale deve essere oggetto di allegazione e prova, e la sua liquidazione deve essere compiuta dal giudice sulla base, non di valutazioni astratte ma del concreto pregiudizio presumibilmente patito dalla vittima, per come da questa dedotto e provato" (Cass. civ. ord. 31537/18 in tema di danno all'onore e reputazione, v. anche Cass. civ. sent. 2788/19, sulla personalizzazione del danno forfettariamente individuato dalle tabelle). La prova di un apprezzabile pregiudizio di natura non patrimoniale direttamente connesso al turno di lavoro svolto non è stata data. Appare sintomatico di tale assenza che la ricorrente abbia sollecitato per iscritto un mutamento del proprio orario di lavoro solo a dicembre 2018, a circa quattro anni dal cambio di turno. E' invece riscontrabile un pregiudizio indiretto. L'urgenza di tutela della ricorrente si collega, verosimilmente e comprensibilmente, alla mutata condizione familiare riferita all'udienza del 01.10.2019 ("Mia madre ha ormai 70 anni e non se la sente di svolgere questo ruolo") che ha reso intollerabile la situazione. La condotta datoriale, limitando grandemente la presenza della madre in famiglia e in particolare con i figli, ha finito per incidere negativamente sulla vita familiare. E' questo il pregiudizio-conseguenza che va ristorato. In difetto di parametri legali più precisi e dovendo la sanzione non essere simbolica né sproporzionata, appare adeguato un indennizzo di € 5.884,00, pari ad 1/3 della retribuzione annua dell'istante. Non si reputa possibile risarcire il danno patrimoniale richiesto poiché l'adibizione al turno notturno non può ritenersi conseguenza obbligata per il datore di lavoro. Le spese di lite restano a carico della resistente e sono liquidate in complessivi € 3.000,00 per compenso al difensore e spese forfettarie, oltre iva e cpa come per legge.

**P.Q.M.**

Definitivamente pronunciando, ogni diversa istanza ed eccezione disattese, dichiara discriminatoria l'adibizione in via esclusiva della ricorrente al turno di lavoro pomeridiano disposto dal mese di ottobre 2015; dispone che la convenuta in via immediata adibisca la ricorrente anche alla sostituzione dei dipendenti addetti ad altri turni e, dopo il pensionamento della dipendente (omissis), al turno mattutino o comunque a mansioni che non siano espressive di un trattamento differenziato dell'istante in ragione della maternità. Condanna parte convenuta al risarcimento del danno non patrimoniale in favore della ricorrente che liquida in complessivi € 5884,00.  
Pone a carico di parte resistente le spese di lite che liquida come in parte motiva.