

**IVAN ASSAEL, STUDIO LEGALE MOSHI E ASSOCIATI**

# **AI CONFINI DEL DIRITTO PREVIDENZIALE**

**L'indennità di maternità per le assistenti di volo: discriminazione o previdenza?**

# GLI ASPETTI PREVIDENZIALI

# INDENNITÀ DI MATERNITÀ

- È un trattamento economico previsto per le lavoratrici e corrisposto durante il congedo per maternità
- Spetta alle lavoratrici dipendenti, iscritte alla gestione separata o anche autonome
- Il trattamento trova la sua fonte nel T.U. sulla tutela della maternità e della paternità D.Lgs. 151/2001
  - art. 22 lavoratrici dipendenti;
  - art. 66 lavoratrici autonome e imprenditrici agricole
  - art. 70 libere professioniste
  - art. 75 lavoratrici atipiche

# IL CALCOLO DELL'INDENNITÀ

- La regola generale è contenuta negli artt. 22 e 23 del D.L.gs. 151/2001
  - 80% della retribuzione compresi i ratei di mensilità aggiuntive
  - erogata con le stesse modalità dell'indennità di malattia
- Per retribuzione si intende la retribuzione media globale giornaliera del periodo mensile scaduto e immediatamente precedente all'inizio del congedo di maternità.
- Per retribuzione media globale si intende l'importo che si ottiene dividendo per trenta l'importo totale della retribuzione del mese precedente a quello in cui ha avuto inizio il congedo.

# LA RETRIBUZIONE DEL PERSONALE NAVIGANTE

- Retribuzione fissa mensile
- Indennità di volo (art. 907 cod. nav.)
  - Indennità di volo minima garantita
  - Indennità di volo variabile
- Diarie
- Altri elementi accessori

Più della metà della retribuzione mensile è costituita da indennità di volo e diarie

# TRATTAMENTO FISCALE E PREVIDENZIALE

- **Art. 51 Testo Unico Imposte sui Redditi**
  - **Le indennità di volo si conteggiano al 50% nella determinazione del reddito**
- **Costituiscono redditi di lavoro dipendente ai fini contributivi quelli di cui agli artt. 49 ss del TUIR**
- **Le basi fiscali e contributiva sono quindi unificate**
- **Ne consegue che i trattamenti previdenziali del lavoratore navigante sono calcolati su una base imponibile molto bassa**

# LA POSIZIONE DELL'INPS

- Il presupposto è l'unificazione delle basi imponibili previdenziali e fiscali
- Agli effetti della determinazione della base retributiva da prendere come riferimento per il calcolo delle prestazioni economiche di maternità l'INPS ribadisce che le indennità di volo devono essere calcolate al 50%
- L'indennità di maternità è considerata un ordinario trattamento previdenziale proporzionato ai contributi versati dalla lavoratrice

# GLI EFFETTI ECONOMICI

- La particolare durata dell'astensione dal lavoro delle assistenti di volo e delle donne pilota
- Effetti economici quindi molto più pesanti che in altri settori

Ultima busta paga + tredicesima + quattordicesima	Retribuzione giornaliera (/30)	Rateo maternità (80%)	Rateo maternità erogato	Assistente di volo		
€ 3.473,92+267,68	124,72 €	99,78 €	56,54 €			
Pilota			Ultima busta paga + tredicesima + quattordicesima	Retribuzione giornaliera (/30)	Rateo maternità (80%)	Rateo maternità erogato
			€ 4.116,51+129,12	141,52 €	113,22 €	57,90 €

# LA SOLUZIONE DELLA CASSAZIONE

- Tesi INPS “Le indennità di volo vanno conteggiate al 50%”
- Tesi Consigliera di Parità e lavoratrici: “ si deve prendere in considerazione l’importo totale della retribuzione del mese precedente comprensiva di tutte le voci al 100%”
- Cassazione Sezione Lavoro sentenza n. 11414 del 11/05/2018
  - Il richiamo all’indennità di malattia indicato all’art. 22 TU maternità non è relativo alle modalità di calcolo;
  - le indennità di malattia e di maternità godono di disciplina autonoma;
  - la normativa indica la misura dell’indennità nell’80% della retribuzione media globale giornaliera del mese precedente a quello di inizio del congedo;
  - la tutela della maternità gode di particolare tutela e quindi si deve privilegiare l’interpretazione che consente il mantenimento del livello reddituale di partenza.

# LA DISCRIMINAZIONE

# PUNTO DI ARRIVO?

- La sentenza della Corte di Cassazione è solo il punto di partenza del contenzioso
- Su ricorso delle Consigliere di Parità la Corte di Appello di Firenze aveva già affermato che il criterio di calcolo proposto dall'INPS costituisce una discriminazione fondata sul sesso
- Corte di Appello di Firenze sentenza n. 958/2013 e n. 184/2015

# DEFINIZIONE

- **D.L.gs. 198/2006, codice delle pari opportunità**

## **Art. 25. Discriminazione diretta e indiretta**

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 candidate e i candidati, in fase di selezione del personale, 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, compresi quelli di natura organizzativa o incidenti sull'orario di lavoro, apparentemente neutri mettono o possono mettere i candidati in fase di selezione e 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.

# DISCRIMINAZIONE E GRAVIDANZA

- La Corte di Giustizia ha più volte riconosciuto che qualsiasi trattamento sfavorevole nei confronti delle donne in relazione allo stato di gravidanza o alla maternità *“costituisce una discriminazione diretta fondata sul sesso”* in relazione alle direttive europee 2002/73 e 2006/54 (in questo senso le sentenze della Corte di Giustizia nelle cause C-438/99, C-109/00 e C-32/93).
- Corte di Giustizia con sentenza del 8/11/90, causa C-177/88 *Dekker*, ha precisato che nel caso della discriminazione in relazione allo stato di gravidanza è esclusa l'applicazione dello stato comparativo in quanto il comportamento penalizzante connesso alla gravidanza non può che riguardare le lavoratrici.
- Non c'è un obbligo di conservare la retribuzione integrale nel corso del periodo di maternità, ma le prestazioni offerte non devono vanificare la finalità del congedo di maternità.
- Nel caso in esame il trattamento si avvicina e in alcuni casi è inferiore al 50% della retribuzione percepita prima del congedo

# IL CONFLITTO

# NORMATIVA SPECIALE

- **Quale specialità prevale? quella del diritto discriminatorio o quella del diritto previdenziale?**
- **Due istituti in particolare:**
  - **prescrizione ex art. 6, L. 138/1943**
    - **Sentenza Sezioni Unite n. 5572/2012**
  - **decadenza ex art. 47 d.p.r. 639/70**
  - **iter amministrativo**

# LA TESI DELLE LAVORATRICI

- le azioni intraprese sono dirette all'accertamento della discriminazione e alla rimozione degli effetti;
- non si tratta quindi di un'azione previdenziale ordinaria;
- si tratta quindi di un'azione speciale, proposta o meno con il rito di cui all'art. 38 D.Lgs. 198 2006, diretta alla tutela di un diritto costituzionale;
- non trattandosi di azione diretta all'esecuzione del rapporto previdenziale non trovano applicazione gli istituti tipici del rapporto previdenziale;
- nessuna decadenza;
- prescrizione ordinaria decennale;

# GIURISPRUDENZA

## ■ In un primo momento la giurisprudenza è in larga parte favorevole:

- Tribunale di Verona, est. Cucchetto, sent. 46/2020 del 27/01/2020;
- Tribunale di Busto Arsizio, est. Fumagalli, sent. n. 43/2020 del 29/01/2020;
- Tribunale di Milano, est. Saioni, sent. 133/2020 del 18/02/2020;
- Tribunale di Milano, est. Ravazzoni, sent. 269/20 del 25/02/2020;
- Tribunale di Busto Arsizio, est. La Russa, sent. n. 206 del 06/07/2020;
- Tribunale di Venezia, est. Bortot, decr. n. 4286 del 09/09/2020;
- Tribunale di Milano, est. De Carlo, sent. n. 845/2020 del 18/08/2020;
- Tribunale di Busto Arsizio, est. Molinari, n. 236 del 21/09/2020;
- Tribunale di Busto Arsizio, est. La Russa, n. 239 del 21/09/2020;
- Tribunale di Milano, est. Ravazzoni, sent. del 29/09/2020;
- Tribunale di Ferrara, est. Bighetti, decr. del 03/10/2020;
- Tribunale di Venezia, est. Bortolaso, sentenza del 14/12/2020;
- Tribunale di Venezia, est. Bortolaso, decr. del 19/01/2021;
- Tribunale di Venezia, est. Coppetta Calzavara, sentenza n. 406 del 14/06/2021;
- Tribunale di Milano, est. Perillo, sentenza n. 2893 del 02/12/2021;
- Trib. Busto Arsizio, est. Molinari, sentenza n. 90/2022 del 14/03/2022;
- Trib. Novara, est. Boido, sentenza n. 13/2022 del 20/01/2022;
- Trib. Venezia, est. Bortot, sentenza n. 256/2022 del 11/04/2022;
- Corte di Appello di Milano, sentenze 2146/2147/2148/2149/2150 del 20/05/2020;
- Corte di Appello di Milano, sent. 928 del 04/12/2020;
- Corte di Appello di Torino, sent. 324 del 24/09/2020;
- Corte di Appello di Trento, sent. 60 del 10/12/2020;
- Corte di Appello di Milano, sent. 29 del 27/01/2021;
- Corte di Appello di Milano, sent. 395 del 31/05/2021;
- Corte di Appello di Milano, sent. n. 521 del 28/06/2021;
- Corte di Appello di Milano, sent. n. 628 del 28/06/2021;
- Corte di Appello di Torino, sentenza del 18/5/2021.

## ■ Fanno eccezione alcuni tribunali del nord-est che escludono in radice la sussistenza di una discriminazione.

# LE CORTI DI APPELLO

- **Corte di Appello di Milano (sentenza 928/2020):**

*“L'impostazione degli argomenti su cui si regge il gravame, ad avviso della Corte, risente di forzature.*

*Per via delle semplicistiche equiparazioni tra cui spicca quella di una indennità di maternità che, in spregio di qualsiasi principio solidaristico orientato su basi costituzionali sicure, assolverebbe ad una funzione indennitaria assimilabile a quella dell'indennità di malattia o, peggio ancora, a quella di trasferta. Trascurandosi in questo modo le assolutamente privilegiabili finalità cui è rivolta l'indennità che protegge la donna, non dalla sopravvenienza di uno stato patologico, ma da un evento della sua vita, viceversa, fatto oggetto di massima considerazione, denso di valori primari e irrinunciabili cui deve corrispondere la massima tutela sociale possibile.”.*

- **Corte di Appello di Trento (sentenza 60/2020):**

*“Condividendo il principio giurisprudenziale consolidatosi, ritiene questa corte che la funzione solidaristica dell'indennità di maternità, riconosciuta dalla Costituzione, debba essere assicurata parametrandola agli elementi della retribuzione utilizzati per il calcolo dell'indennità di malattia ma senza far ricorso ai criteri stabiliti per il calcolo di quest'ultima perché dell'indennità di maternità non può essere equiparata a quella di malattia. Ciò costituirebbe una negazione della funzione sociale della maternità, ponendosi in aperta violazione dei principi costituzionali e comunitari: l'indennità di maternità ha una finalità di protezione della donna ed è legata non alla sopravvenienza di uno stato patologico ma ad un evento fisiologico della vita, al quale deve essere garantita la massima tutela sociale possibile”.*

- **Corte di Appello di Torino (sentenza 340/2021):**

*“Non è condivisibile la censura volta a sostenere l'insussistenza di una condotta discriminatoria.*

*Nel caso in esame si discute di discriminazione diretta per maternità, ovvero di una ipotesi regolata dall'art. 25 bis D.Lgs. 198/06, come modificato dal D.Lgs. 5/2010, secondo cui costituisce discriminazione ogni trattamento meno favorevole in ragione dello stato di gravidanza, nonché della maternità.*

*La discriminazione è la lesione di un diritto specialmente protetto e ciò che è vietato sono gli atti di discriminazione a motivo della situazione tutelata, in questo caso lo stato di gravidanza e di maternità”.*

# CASSAZIONE

- Sentenza n. 25400 del 20/09/2021

- Condivide la sussistenza di una discriminazione

- Afferma la prevalenza del diritto previdenziale in materia di prescrizione

*Il fatto generatore della pretesa azionata in giudizio è identificato dalla lavoratrice nella "discriminazione di genere", per l'effetto, oggettivo, che la liquidazione dell'indennità di maternità, in base ai criteri seguiti dall'ente previdenziale, ha prodotto nella sua sfera giuridica, di donna lavoratrice, cui è stato attribuito, durante il periodo di gravidanza obbligatorio, un trattamento economico deteriore.*

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

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

- La Corte nega quindi che la domanda della lavoratrice diretta alla rimozione degli effetti della discriminazione sia autonoma rispetto all'esecuzione del rapporto previdenziale

# CRITICHE ALLA CASSAZIONE

- Il diritto antidiscriminatorio è autonomo rispetto al rapporto previdenziale;
- Questa autonomia si giustifica con il carattere *superindividuale* del diritto antidiscriminatorio legato alla tutela della dignità dell'individuo (M. Guerini, *Il Lavoro nella Giurisprudenza*, 3/2022, p. 272);
- Causa petendi e petitum sono differenti;
- C'è un problema di accesso alla giustizia legato alla durata dell'astensione;
- Non assicura adeguata tutela a diritti di rango costituzionale;

# NONOSTANTE LA CASSAZIONE

- La Corte di Appello di Milano ha cambiato orientamento;
- Alcuni Tribunali continuano ad accogliere le domande delle lavoratrici in base alla domanda di accertamento della discriminazione:
  - Tribunale di Novara 20/01/2022
  - Tribunale di Venezia 11/04/2022
  - Tribunale di Busto Arsizio 14/03/2022
  - Tribunale di Brescia 16/11/2022  
*“Si tratta all’evidenza di un’azione diversa da quella volta ad ottenere la prestazione previdenziale, la cui causa pretendi, il comportamento discriminatorio, per l’appunto, non è affatto coincidente con quello della domanda volta alla corresponsione sic et simpliciter dell’indennità di maternità”*

**RITORNO ALLA PREVIDENZA**

# LA RIPETIZIONE DI SOMME TRATTENUTE

- **Quesito: Nel caso in cui l'INPS liquidi somme inferiori al dovuto quale termine di prescrizione si applica all'azione di ripetizione?**
- **In particolare: si applicano comunque i termini di prescrizione breve previsti da norme speciali o il termine ordinario decennale?**
- **Cassazione Sezioni Unite n. 17742/2015 e Cassazione Sezione Lavoro n. 31527/2022**
- **In entrambi i casi un pensionato agiva per la riliquidazione della pensione affermando che l'INPS aveva operato un'errata determinazione del rateo**

# PRINCIPI DI DIRITTO

## **Cassazione Sezioni Unite 31527/2022**

*“Non basta, quindi, ai fini, sia dell’art. 129 che dell’art. 2948, la mera idoneità del credito di essere determinato nel suo ammontare, tanto che entrambe le norme non trovano applicazione nelle ipotesi di ratei di pensione la cui debenza sia in contestazione [...]*

*Deve dunque ritenersi che la differenza tra l’importo liquidato e quello superiore richiesto non fosse ‘pagabile’ e che, quindi, non potesse applicarsi la prescrizione quinquennale dell’art. 2948 c.c., ma quella decennale ordinaria dell’art. 2946 c.c.”.*

## **Cassazione Sezione Lavoro 31527/2022**

*L’applicazione del termine di prescrizione breve “richiede la liquidità ed esigibilità del credito, che deve essere posto a disposizione dell’assicurato, sicché ove vi sia in contestazione l’ammontare del trattamento pensionistico, il diritto alla riliquidazione degli importi è soggetto all’ordinaria prescrizione decennale di cui all’art. 2946 c.c.”.*

In altre parole in tutti i casi in cui il lavoratore o pensionato richiede il versamento di somme che siano oggetto di contestazione o anche solo non liquide ed esigibili non possa applicarsi il termine di prescrizione breve previsto dal codice civile o dalle norme speciali in materia pensionistica.

# APPLICAZIONE AL NOSTRO CASO

- **Quesito: è possibile estendere i principi affermati dalle Sezioni Unite al caso di rideterminazione dell'indennità di maternità?**
- **Se il principio vale per altri termini di prescrizione speciali, lo si può estendere per analogia anche al termine di prescrizione brevissimo previsto dalla legge 138/43**
- **Anche in questo caso la differenza tra quanto liquidato e quanto richiesto non era a disposizione del lavoratore, ma è oggetto di contestazione**
- **Principio pacifico per la prescrizione, più difficile l'applicazione al termine decadenziale**

# CORSI E RICORSI DELLA GIURISPRUDENZA

- **Queste ultime considerazioni ci portano a riconsiderare alcune osservazioni proposte dalla Corte di Appello di Milano e dal Tribunale di Busto Arsizio in due sentenze del 2020 che, purtroppo, non sono state prese in debita considerazione**

*“Va preliminarmente disattesa l’eccezione di decadenza dall’azione, svolta per la prima volta dall’INPS nelle note depositate in data 29.10.2020, con riferimento all’art. 47, u.c. DPR 639/1970, inserito dall’art. 38 del d.l. n. 98/2011, secondo cui “le decadenze previste dall’art. 47 si applicano anche alle azioni giudiziarie aventi ad oggetto l’adempimento di prestazioni riconosciute solo in parte o il pagamento di accessori del credito. In tal caso il termine di decadenza decorre dal riconoscimento parziale della prestazione ovvero dal pagamento della sorte”.*

*Osserva in proposito il Collegio come la Corte di Cassazione, con ordinanza n. 15064 del 19.6.2017, abbia condivisibilmente “ribadito il principio secondo cui la decadenza di cui al combinato disposto degli artt. 47, d.P.R. n. 639/1970, e 6, dl, n. 103/1991 (conv. con l. n. 166/1991), non può trovare applicazione in tutti quei casi in cui la domanda giudiziale sia rivolta ad ottenere non già il riconoscimento del diritto alla prestazione previdenziale in sé considerata, ma solo l’adeguamento di detta prestazione già riconosciuta in un importo inferiore a quello dovuto (Cass. sez. un. n. 12720 del 2009)”;*

*Tale pronuncia, inerente l’azione volta ad ottenere la riliquidazione di trattamento previdenziale “per asserita erronea individuazione della base di calcolo”, ben si attaglia al caso di specie, nel quale le odierne appellate hanno invocato l’inclusione, nella retribuzione utile al calcolo dell’indennità di maternità, dell’intero ammontare dell’indennità di cui in premessa” (Corte di Appello di Milano, sentenza n. 928/2020, cfr anche Tribunale di Busto Arsizio, sentenza n. 213/2020).*

**GRAZIE PER L'ATTENZIONE**