

N. 378 (2017) SENT LAV
N. _____ R.G. LAV
N. 5261 (2017) CRON

Repubblica Italiana

In nome del popolo italiano

TRIBUNALE DI SIRACUSA

SEZIONE LAVORO E PREVIDENZA

in persona del Dott. Filippo Favale, in funzione di giudice del lavoro, ha pronunciato all'udienza di discussione del 10.05.2017, la seguente

SENTENZA

nella causa di lavoro di I grado iscritta al n. _____ R.G. e vertente

TRA

C.F.: _____

rappresentata e difesa dall'avv. Loredana Zappalà del Foro di Catania

RICORRENTE

E

s.p.a. in persona del legale rappresentante pro tempore C.F.: _____

rappresentata e difesa dall'avv. Arturo Maresca del Foro di Roma

RESISTENTE

E

Consigliera di Parità della Provincia di Siracusa C.F.: _____

INTERVENIENTE AD ADIUVANDUM

E

C.F.: _____

CONTROINTERESSATO

OGGETTO: opposizione ex art. 38 3° comma d.lgs. n. 198/2006.

RAGIONI DI FATTO E DI DIRITTO DELLA DECISIONE

Con ricorso ex art. 38 del d.lgs. n. 198/2006, _____ – premesso di essere dal 2011 dipendente a tempo indeterminato di " _____ s.p.a." – conveniva in giudizio " _____ s.p.a.", esponendo che, in occasione della trasformazione dall'01.08.2015 del rapporto di lavoro da *part time* a *full time* in virtù dell'Accordo Collettivo Nazionale sottoscritto in Roma in data 12.06.2015 tra _____ s.p.a. e le OO.SS. (accordo riguardante l'applicazione operativa del "Piano Strategico Poste 2020" nell'ambito della funzione aziendale del c.d. "Mercato Privati"), veniva trasferita dall'ufficio postale di Pachino (città ove era residente unitamente al nucleo familiare) a quello di Augusta (distante oltre 80 km), sulla scorta di una graduatoria redatta in base all'unico parametro della "effettiva prestazione lavorativa" sul posto di lavoro, che non aveva conteggiato, nel "totale delle ore lavorate" dalla _____ quelle durante le quali si trovava in

f

interdizione dal lavoro per gravidanza a rischio e in astensione obbligatoria (per un totale di circa 800 ore), con la conseguenza che, a causa di tale decurtazione, veniva collocata in graduatoria in posizione deteriore (quindicesima posizione) rispetto a colleghi con minore anzianità di servizio ed assegnata alla sede di Augusta; che, ove la società datrice _____ s.p.a. avesse legittimamente computato nel monte ore quelle in cui era stata assente per maternità (gravidanza a rischio e astensione obbligatoria), sarebbe stata collocata in una posizione in graduatoria (quarta) che le avrebbe consentito di mantenere la precedente sede di Pachino.

La ricorrente evidenziava che tale condotta delle _____ s.p.a. era per un verso illegittima per violazione delle norme a tutela della maternità, poiché i periodi per congedo per maternità nel nostro ordinamento sono equiparati a servizio prestato con ogni effetto sul piano contrattuale (art. 43, comma 4, CCNI, d settore) e le garanzie per maternità hanno copertura costituzionale (artt. 29 e 30 Cost.), per altro verso discriminatoria ai sensi dell'art. 25 del d.lgs. n. 198/2006, in quanto appunto nella formazione della graduatoria – redatta unilateralmente dalla società datrice sulla scorta della maggior presenza in servizio, in occasione della trasformazione del regime orario da *part time* a *full time* – alla _____ venivano decurtate circa 800 ore, cioè tutte le assenze avvenute per maternità (essendosi assentata per gravidanza a rischio e per astensione obbligatoria).

Tutto ciò premesso, la ricorrente chiedeva accertarsi la natura discriminatoria ed illegittima della condotta di _____ s.p.a. e, per l'effetto, ordinare alla società datrice la cessazione del comportamento illegittimo e la rimozione degli effetti, riconoscendo il monte ore di assenze per maternità, nonché condannarla al risarcimento di tutti i danni subiti (patrimoniali e non), oltre rivalutazione monetaria ed interessi.

Si costituiva in giudizio _____ s.p.a. (in persona del legale rappresentante pro tempore), la quale, in via preliminare, eccepiva l'incompetenza per territorio del Giudice adito in favore del Tribunale di Roma, ove era stato siglato l'accordo del 12.06.2015 contenente la clausola asseritamente discriminatoria, avente applicazione in tutta Italia, ovvero, in subordine, in favore del Tribunale di Palermo, in cui era avvenuta la trasformazione del regime orario e veniva notificato il trasferimento il 27.07.2015; sempre in via preliminare, eccepiva la decadenza dall'impugnazione del trasferimento, essendo stata proposta oltre il termine di 60 giorni previsto dall'art. 32, comma 3, legge n. 183/2010; nel merito, resisteva alla domanda e ne chiedeva il rigetto, deducendo in particolare che l'unico parametro rilevante (ai fini della priorità alla trasformazione dei rapporti di lavoro da *part time* a *full time*) della "*effettiva prestazione lavorativa*" – con esclusione, pertanto, delle assenze dal lavoro a qualsiasi titolo – era stato condiviso a livello nazionale dalle OO.SS. e non era assolutamente discriminatorio, trattandosi di criterio meritocratico oggettivo, infungibile e proporzionato rispetto alle legittime finalità degli obiettivi del Piano Industriale ed essendo il

parametro del reale ed effettivo svolgimento dell'attività lavorativa il solo idoneo ad accrescere l'esperienza e le competenze del lavoratore, in quanto in grado di garantire a s.p.a. una maggiore efficienza organizzativa.

Con provvedimento del 03.06.2016 il Tribunale di Siracusa in funzione di Giudice del lavoro rigettava il ricorso, ritenendo fondata la preliminare eccezione di decadenza sollevata da s.p.a. con riferimento all'art. 32 legge n. 183/2010.

Nella presente fase di opposizione va in primo luogo evidenziato che infondata è l'eccezione di incompetenza territoriale del Giudice adito sollevata da s.p.a. in quanto, ai sensi dell'art. 38, comma 1, d.lgs. n. 198/2006, tale competenza spetta al giudice del lavoro del luogo ove è avvenuto il comportamento denunciato: sul punto, si rimanda alle condivisibili argomentazioni svolte dal Giudice di prime cure nel provvedimento impugnato, da intendersi qui richiamate.

Sempre in via preliminare, occorre rilevare che il decreto di rigetto emesso dal giudice di prime cure si fonda esclusivamente sulla mancata tempestiva impugnazione del trasferimento della ricorrente dalla sede di Pachino alla sede di Augusta nel termine perentorio di sessanta giorni ai sensi del combinato disposto dell'art. 32 della legge n. 183/2010 e dell'art. 6 della legge n. 604/1966.

Tale provvedimento non è condivisibile, in quanto il Giudice di prime cure ha errato nel non considerare che il presente procedimento instaurato ex art. 38 d.lgs. n. 198/2006 non è un giudizio finalizzato ad accertare la legittimità o meno del trasferimento, bensì uno specifico procedimento previsto dal legislatore per consentire al soggetto discriminato (in questo caso la lavoratrice madre) di ottenere l'accertamento di condotte discriminatorie poste in essere dal datore di lavoro, nonché la cessazione immediata di tali condotte e la rimozione degli effetti.

In particolare, con lo speciale procedimento ex art. 38 d.lgs. n. 198/2006 la lavoratrice non ha impugnato il trasferimento, ma ha chiesto espressamente di accertare se nella graduatoria redatta da s.p.a. sia stata effettuata una discriminazione a carico della lavoratrice medesima: pertanto, l'oggetto del giudizio non era il trasferimento (che rappresenta un mero effetto dell'accertata condotta discriminatoria), bensì il presupposto del trasferimento stesso, e cioè il conteggio delle ore effettivamente lavorate (con la necessità di computarvi anche quelle in cui la ricorrente era stata assente per gravidanza a rischio e per astensione obbligatoria), con la conseguenza che la richiesta di accertamento della discriminazione non è soggetta ad alcun termine di decadenza.

Invero, per come risulta chiaramente dal *petitum* e dalla *causa petendi* del ricorso introduttivo del presente speciale procedimento, la ricorrente non ha impugnato il trasferimento dalla sede di

Pachino a quella di Augusta né ha chiesto di essere assegnata ad una sede diversa da quella di Augusta, ma ha chiesto l'accertamento di un comportamento discriminatorio posto in essere da s.p.a. avente una sua autonoma valenza negativa dal punto di vista legislativo, avverso il quale il legislatore ha appunto predisposto un specifico procedimento giurisdizionale caratterizzato dalla urgenza e dalla sommarietà, finalizzato a far ottenere al lavoratore discriminato una tutela rapida ed effettiva.

Ne consegue che il Giudice di prime cure, accogliendo l'eccezione di decadenza relativa alla mancata tempestiva impugnazione del trasferimento senza entrare nel merito della vicenda (omettendo così di effettuare il giudizio sulla sussistenza o meno della discriminazione) ha, di fatto, erroneamente snaturato la *ratio* del procedimento discriminatorio ex art. 38 d.lgs. n. 198/2006, facendolo rientrare - in aperto contrasto con le finalità pensate dal legislatore - in un giudizio finalizzato alla tutela ordinaria del lavoratore che lamenta presunte illegittimità nella gestione abituale del rapporto di lavoro.

In conclusione, stante la peculiare natura e la *ratio* ispiratrice dello speciale procedimento discriminatorio ex art. 38 d.lgs. n. 198/2006, questo - contrariamente a quanto ritenuto in modo non condivisibile nel provvedimento impugnato - non è (né potrebbe essere) certamente soggetto ad alcun termine di decadenza.

Ciò posto, la fattispecie, pur nella sua evidente peculiarità e complessità, verte essenzialmente sulla risoluzione di un'unica questione di diritto, e cioè accertare se l'Accordo Collettivo Nazionale sottoscritto in Roma in data 12.06.2015 tra s.p.a. e le OO.SS. (accordo riguardante l'applicazione operativa del "Piano Strategico Poste 2020" nell'ambito della funzione aziendale del c.d. "Mercato Privati") è discriminatorio nella parte in cui, in ordine al profilo operativo delle trasformazioni dei rapporti di lavoro da *part time* in *full time*, prevede come unico parametro per la formazione della graduatoria quello della "*effettiva prestazione lavorativa*" sul posto di lavoro, senza conteggiare nel totale delle ore lavorate anche quelle in cui una lavoratrice fosse stata assente per maternità (nella specie, per gravidanza a rischio e per astensione obbligatoria).

In altri termini, occorre accertare se il criterio della "*effettiva prestazione lavorativa*" sul posto di lavoro, con esclusione, pertanto, delle assenze dal lavoro a qualsiasi titolo, sia discriminatorio o meno.

Invero, l'art. 25 2° comma del d.lgs. 198/2006 stabilisce che "*Si ha 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 condizione di particolare svantaggio rispetto ai 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".

Dal tenore letterale di tale disposizione normativa emerge chiaramente che, al fine della configurabilità della fattispecie della discriminazione indiretta, è sufficiente che il criterio ponga gli appartenenti ad un certo sesso in una condizione svantaggiata rispetto ai lavoratori dell'altro sesso, restando inesorabilmente preclusa al giudice ogni valutazione circa la ragionevolezza o la finalità che il criterio in ipotesi discriminatorio intende perseguire.

Un criterio di per sé ragionevole o legittimo, quale potrebbe certamente essere in astratto quello di valorizzare l'esperienza professionale del lavoratore in base al numero delle ore effettivamente lavorate, se in concreto comporta nei fatti una posizione svantaggiosa per le lavoratrici di sesso femminile, diviene per ciò solo illegittimo; infatti, la norma sopra richiamata sostanzialmente sposta la valutazione sulla legittimità del criterio selettivo dal momento "a monte" della sua elaborazione al momento applicativo "a valle" del criterio stesso e, se l'effetto finale è quello di mettere i lavoratori di un certo sesso in una condizione svantaggiata, il criterio selettivo non può essere adottato, in quanto appunto lesivo del principio di non discriminazione.

In altri termini, oggetto dei divieti di discriminazione non sono solo le leggi e gli atti negoziali, illegittimi per il solo fatto che in essi si concreti l'applicazione di criteri di differenziazione vietati, ma anche i meri comportamenti ispirati a tali criteri, nei quali si configura nello stesso tempo un inadempimento contrattuale ed un illecito aquiliano, con conseguente responsabilità risarcitoria del datore di lavoro nei confronti del lavoratore discriminato.

Ancora, il comma 2 bis dell'art. 25 del d.lgs. n. 198/2006 prevede 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"*.

Pertanto, la citata disposizione individua nella gravidanza e nella maternità autonomi fattori di discriminazione e, di conseguenza, vieta ogni trattamento meno favorevole per la lavoratrice in gravidanza rispetto a quelli riservati sia ai colleghi maschi sia alle colleghe non in stato di gravidanza.

Sotto il profilo probatorio l'art. 40 del d.lgs. n. 198/2006 stabilisce 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 e 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 sul l'insussistenza della discriminazione"*.

meritocratico oggettivo ragionevole al fine di perseguire legittimi obiettivi produttivi pattuiti con le organizzazioni sindacali.

L'unica eccezione alla regola tassativa del divieto di discriminazione è costituita dall'ipotesi in cui la condizione di svantaggio sia giustificata da requisiti essenziali allo svolgimento dell'attività lavorativa, ipotesi certamente non ricorrente nella fattispecie in esame. atteso che non può certo considerarsi come essenziale al fine della valutazione della professionalità dei dipendenti esclusivamente la (sola) quantità di ore di lavoro prestato.

Invero, non può ritenersi che il criterio del maggior numero di ore effettivamente lavorate comporti – di per sé solo – una maggiore esperienza professionale e costituisca un criterio obiettivo estraneo alla discriminazione. Infatti, nella sentenza 7 febbraio 1991, causa C-184/89, Nimz (Racc. pag. I-297, punto 14), la Corte di Giustizia ha condivisibilmente dichiarato che *“l'affermazione secondo cui esiste un nesso particolare tra la durata di un'attività lavorativa e l'acquisizione di un certo livello di conoscenza o di esperienza, in quanto costituisca una semplice generalizzazione riguardante determinate categorie di lavoratori, non consente di trarne criteri obiettivi ed estranei a qualsiasi discriminazione. Infatti, anche se anzianità lavorativa ed esperienza professionale vanno di pari passo, ponendo di regola il lavoratore in grado di meglio espletare le proprie mansioni, l'obiettività di un siffatto criterio dipende dal complesso delle circostanze del caso concreto e, in particolare, dal rapporto tra la natura delle mansioni svolte e l'esperienza che l'espletamento di tali mansioni fa acquisire dopo un determinato numero di ore di lavoro effettuate”*.

Era quindi onere di _____ s.p.a. dimostrare che la migliore efficienza organizzativa richiedeva necessariamente una professionalità specifica acquisibile solo in ragione delle ore effettivamente lavorate, onere non specificamente assolto nella vicenda in esame.

Invero, la causa di giustificazione addotta da _____ s.p.a., relativa appunto alle sue esigenze di efficienza organizzativa, è inidonea a superare la presunzione della sussistenza della discriminazione delle lavoratrici madri, in quanto si fonda esclusivamente su considerazioni di produttività, le quali, di per sé, involgendo interessi meramente economici, non sono sufficienti a giustificare alcuna discriminazione, neppure indiretta.

Infatti, a precludere alla ricorrente di ottenere una migliore posizione in graduatoria rispetto ai lavoratori uomini e alle lavoratrici non madri, è stato proprio il suo stato di gravidanza e la conseguente esigenza di assentarsi dal lavoro per poterla portare a termine; pertanto, la deteriore posizione in graduatoria rinvia la sua causa immediata e diretta nel fattore di discriminazione dello stato di gravidanza e del conseguente congedo per maternità, atteso che argomentare diversamente significherebbe violare la normativa più volte richiamata e gli insegnamenti della

giurisprudenza comunitaria citati, nonché non tenere conto che le garanzie per maternità hanno altresì copertura costituzionale (artt. 29 e 30 Cost.).

Alla luce di tutte le considerazioni che precedono, dunque, va dichiarato che l'Accordo Collettivo Nazionale sottoscritto in Roma in data 12.06.2015 tra _____ s.p.a. e le OO.SS. è discriminatorio nella parte in cui, in ordine al profilo operativo delle trasformazioni dei rapporti di lavoro da *part time* in *full time*, prevede come unico parametro quello della "effettiva prestazione lavorativa", con conseguente ordine a _____ s.p.a. di cessazione immediata della condotta discriminatoria e rimozione degli effetti, mediante nuova valutazione della posizione in graduatoria di _____ nel senso sopra esposto, riconoscendole e conteggiandole le ore in cui la stessa è stata assente per maternità.

Per quanto riguarda infine il danno subito dalla ricorrente per la discriminazione di genere patita, questo può essere quantificato in via equitativa in complessivi Euro 5.000,00 ai valori attuali della moneta (oltre interessi legali dalla data della domanda giudiziale fino all'effettivo soddisfo), in relazione alla condotta discriminatoria protrattasi nel tempo, all'intensità del disagio legato a tale condotta e al pregiudizio subito per esser stata assegnata ad una diversa sede di lavoro (distante circa 80 km dal luogo di residenza del nucleo familiare).

In ordine alle spese processuali, giova sottolineare che il giudice di appello, se riforma in tutto o in parte il provvedimento impugnato, può procedere d'ufficio al riesame della statuizione del giudice di primo grado sulle spese, e ciò in base al principio secondo il quale la relativa regolamentazione dipende dall'esito finale del giudizio (v. per tutte Cass. n. 12551/92 e Cass. n. 6540/00).

Pertanto, tenuto conto dell'esito complessivo del procedimento, _____ s.p.a. va condannata alla refusione delle spese processuali della doppia fase del giudizio sostenute da _____ che vengono liquidate come in dispositivo, con riferimento al valore della causa, alla natura delle questioni giuridiche trattate e all'attività difensiva svolta.

P.Q.M.

Il Giudice del lavoro, definitivamente pronunciando ai sensi dell'art. 38 3° comma d.lgs. n. 198/2006 e dell'art. 429 c.p.c. sull'opposizione proposta da _____ nei confronti di "Poste Italiane s.p.a." (in persona del legale rappresentante pro tempore) e _____ con l'intervento *ad adiuvandum* della Consigliera di Parità della Provincia di Siracusa, avverso il provvedimento emesso da questo Tribunale in funzione di Giudice del lavoro (dott.ssa Guglielmino) in data 03.06.2016, ogni contraria deduzione disattesa, così provvede:

1) in accoglimento dell'opposizione, in riforma del provvedimento del 03.06.2016:

- dichiara che l'Accordo Collettivo Nazionale sottoscritto in Roma in data 12.06.2015 tra _____ s.p.a. e le OO.SS. (accordo riguardante l'applicazione operativa del "Piano Strategico Poste

2020" nell'ambito della funzione aziendale del c.d. "Mercato Privati") è discriminatorio nella parte in cui, in ordine al profilo operativo delle trasformazioni dei rapporti di lavoro da *part time* in *full time*, prevede come unico parametro quello della "effettiva prestazione lavorativa";

- ordina a s.p.a. la cessazione immediata della condotta discriminatoria e la rimozione degli effetti e, per l'effetto, di valutare nuovamente la posizione in graduatoria di nel senso esposto in motivazione, riconoscendole e conteggiandole le ore in cui la stessa è stata assente per maternità;

2) condanna s.p.a. (in persona del legale rappresentante pro tempore) al risarcimento dei danni subiti da per la discriminazione di genere patita, liquidati in Euro 5.000,00 in via equitativa, oltre interessi legali dalla data della domanda giudiziale fino all'effettivo soddisfo;

3) condanna s.p.a. (in persona del legale rappresentante pro tempore) alla refusione delle spese processuali della doppia fase del giudizio sostenute da che liquida come segue:

- quanto alla prima fase, in complessivi Euro 900,00 per compensi professionali, oltre accessori di legge;

- quanto alla presente fase di opposizione, in complessivi Euro 1.400,00 per compensi professionali, oltre accessori di legge.

Siracusa, 10.05.2017.

IL GIUDICE

Dott. Filippo Favale



