

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
Tribunale di Roma
III SEZIONE LAVORO

nella persona del giudice dott.ssa Tiziana Orrù
all'udienza del 22/05/2024
nella causa civile di I Grado iscritta al n. r.g. **38397/2023**:

Parte_1

tra
con l'avv. MANNO ALESSANDRO

Parte ricorrente

contro

Controparte_1

[...]

Parte convenuta

Ha pronunciato la seguente sentenza:

OGGETTO: Altre ipotesi

CONCLUSIONI: come da rispettivi atti e verbale di udienza

Ragioni di fatto e di diritto della decisione

(art.132 c.p.c. come modificato dall'art.45 c.17 della legge 69/09)

-1-

Con ricorso ex art. 28 d.lgs. n. 150\2011, depositato il 30\11\2023, il signor Parte_1 [...] adiva il Tribunale di Roma in funzione di giudice del lavoro chiedendo che “accertata l'illegittimità degli accordi del 27 giugno 2014 e del 17 luglio 2015, nonché della modifica intervenuta l'11 dicembre 2015 per quanto sopra esplicitato e accertata la natura discriminatoria del comportamento di CP_2 consistente nel mancato computo dal gennaio 2021 ad oggi delle assenze ex art. 33 L.104/92” venisse ordinata “ad CP_2 la cessazione del comportamento discriminatorio nei suoi confronti” e che la stessa fosse condannata “altresì, a corrispondere al sig. Parte_1 le differenze retributive ad esso spettanti dal gennaio 2021 ad oggi da calcolarsi in altro e separato giudizio, oltre interessi e rivalutazione dalle singole scadenze al saldo nonché il risarcimento del danno non patrimoniale, da liquidarsi in via equitativa, oltre interessi e rivalutazione monetaria fino al saldo”. Si costituiva in giudizio CP_3 impugnando e contestando tutto quanto ex adverso domandato e dedotto, chiedendo per l'effetto il rigetto del ricorso, in quanto infondato in

fatto ed in diritto.

Il giudice esperiva tentativo di conciliazione che sortiva esito negativo.

-2-

Il sig. *Parte_1* veniva assunto alle dipendenze di *CP_3* il 2 marzo 2000, come operatore di esercizio, area professionale terza, par. 183, del CCNL Autoferrotranvieri. Dal gennaio 2021 il ricorrente risulta beneficiario dei permessi previsti dall'art. 33, comma 3, l. 104\1992 per assistere il sig. *Persona_1* suo zio disabile grave. Come noto, i permessi previsti dall'art. 33, comma 3, l. 104\1992 consistono in “tre giorni di permesso mensile retribuito coperto da contribuzione figurativa”.

Con l'accordo integrativo del 27 giugno 2014 *CP_3* riorganizzava l'assetto retributivo dei propri dipendenti suddividendo le indennità nelle due macrocategorie ERA1 e ERA2.

In particolare, *Pt_2* consiste in un emolumento aggiuntivo alla paga base per come stabilita dal CCNL che viene determinato per quote giornaliere di effettiva presenza. L'accordo in questione equipara ai giorni di effettiva presenza anche le assenze giustificate in virtù dei permessi riconosciuti dalla legge n. 104 del 1992 che vengano richiesti per sé stessi; per i propri figli; per il proprio coniuge ovvero per i propri genitori, risultando così ristretto il novero dei soggetti bisognosi di assistenza che, stando invece alla lettera dell'art. 33, comma 3, l. 104\1992, legittimano la fruizione dei suddetti permessi. Ai fini dell'emolumento ERA1 si conteggiano, inoltre, come presenza anche *“le giornate di ferie e di astensione obbligatoria per maternità, di malattia grave come prevista dalla Contrattazione Nazionale applicabile”*.

Con il successivo accordo dell'11 dicembre 2015 venivano previste ulteriori maggiorazioni per il conseguimento di specifici obiettivi di presenza e si escludeva che potessero essere considerate come presenze, tra gli altri, i giorni di assenza giustificati dalla fruizione dei permessi ex l. 104\1992. Per il computo di tale maggiorazione

l'accordo prevede, infatti, che *“non saranno considerati presenza i giorni di astensione obbligatoria per maternità, di malattia grave come prevista dalla Contrattazione Nazionale Applicabile e di permessi ex legge 104 per sé stessi, per figlia/figlio, coninge e genitori”* stabilendo, al contrario, che sono da ritenersi come presenza i giorni di assenza dovuti alla fruizione delle ferie o dei permessi sindacali contemplati dall'art. 23 l. 300\1970.

Alla stregua di tali circostanze parte ricorrente lamenta nel ricorso introduttivo di questo giudizio la condotta discriminatoria della Società convenuta e l'illegittima riduzione della propria retribuzione conseguente alla stessa.

Occorre preliminarmente precisare che nei giudizi aventi ad oggetto comportamenti che si assumono come discriminatori il riparto dell'onere della prova, alla luce dell'art. 4 del d.lgs. 216\2003 che rinvia all'art. 28 d.lgs. 150\2001, risulta attenuato potendo il lavoratore limitarsi a *“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 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”* (sul punto Cass., Sezione Lavoro, 1\2020). Orbene deve osservarsi come parte ricorrente, deducendo le disparità salariali derivanti dall'applicazione degli accordi del 2014 e del 2015, abbia adeguatamente provato il trattamento meno favorevole ad essa riservato.

Su caso analogo si è di recente pronunciata la Corte di appello di Roma con sentenza n. 2217 del 2023, che, stante il dispositivo di cui all'art. 118 disp. att. c.p.c., si richiama.

In particolare, il collegio, chiamato a pronunciarsi in merito alla sussistenza della condotta discriminatoria, affermava che nel caso di specie *“sussiste [...] una violazione dei principi di cui alla Direttiva 2000/78 e, quindi, del principio di parità di trattamento di cui all'art. 2 d.lgs. n. 216/2003, poiché i lavoratori che assistono familiari disabili subiscono, in ragione di disposizioni apparentemente neutre, un trattamento retributivo meno favorevole rispetto agli altri lavoratori”*. Difatti *“la mancata equiparazione dell'assenza per fruizione dei permessi ex legge n. 104/1992 alla presenza in servizio, ovvero il computo nei giorni di assenza dei giorni dedicati alla*

fruizione dei predetti permessi, è fondata esclusivamente su di un criterio legato imprescindibilmente alla disabilità, che è presupposto dei permessi in questione, così realizzandosi una forma di discriminazione che colpisce la disabilità stessa”.

L'art. 2 del d.lgs. n. 216\2003 definisce il principio di parità di trattamento nei seguenti termini: *“per principio di parità di trattamento si intende l'assenza di qualsiasi discriminazione diretta o indiretta a causa della religione, delle convinzioni personali, degli handicap, dell'età, della nazionalità o dell'orientamento sessuale. Tale principio comporta che non sia praticata alcuna discriminazione diretta o indiretta [...]”.* In particolare, si ha discriminazione diretta allorché ad una persona è riservato un trattamento meno favorevole rispetto a quello che verrebbe riservato ad un'altra persona, che si trovi in una situazione analoga, *“a causa della religione, delle convinzioni personali, degli handicap, dell'età, della nazionalità o dell'orientamento sessuale”.* Si ha, invece, discriminazione indiretta quando *“una disposizione, un criterio, una prassi, un atto, un patto o un comportamento apparentemente neutri possono mettere una determinata persona [...] in una situazione di particolare svantaggio rispetto ad altre persone”* per una delle cause sopra citate.

Essendo il d.lgs. n. 216 del 2003 attuativo della Direttiva 2000\78\CE il divieto di discriminazione deve essere interpretato alla luce della giurisprudenza della CGUE e, in particolare della nota sentenza **Per_2** del 17\7\2008, che ha stabilito che il principio della parità di trattamento e il conseguente divieto di discriminazione non deve essere inteso come limitato alle persone esse stesse disabili ma deve, invece, ritenersi riferito anche alle persone che se ne occupano. Sul punto statuisce in maniera analoga la Convenzione ONU sui diritti delle persone con disabilità, ratificata e resa esecutiva con legge n. 18 del 2009, prevedendo il sostegno e la protezione da parte della società e degli Stati non solo per i disabili ma anche per le loro famiglie.

Alla stregua di tali considerazioni è evidente come nel caso di specie siano ravvisabili gli estremi per affermare la sussistenza di una discriminazione indiretta nei confronti dei lavoratori che esercitano il loro diritto di assistere un parente disabile alla stregua dell'art. 33, comma 3 della l. 104\1992. Come evidenziato dalla Corte di appello *“l'adozione di un criterio, apparentemente neutro, legato alla presenza/assenza in servizio ai fini della determinazione del trattamento retributivo del lavoratore, finisce per colpire una categoria che “deve” assentarsi in virtù di un diritto espressamente previsto per legge per consentire l'adeguata assistenza al familiare disabile, e, di*

conseguenza, anche la persona disabile". Il ricorrente, infatti, si è visto applicare un trattamento retributivo meno favorevole e quindi discriminatorio poiché, assistendo suo zio disabile grave, gli emolumenti ERA1 risultano inferiori a quelli che avrebbe dovuto percepire e che percepisce invece chi si assenta per assistere uno dei soggetti contemplati dall'accordo del 2014 (es. il figlio) e le maggiorazioni ERA non gli sono state riconosciute mentre invece sono state riconosciute a chi era assente per ferie o per fruire dei permessi sindacali.

Sembra opportuno precisare che non può essere condiviso quanto sostenuto da [...] CP_3 laddove afferma che il lavoratore caregiver avrebbe garantito lo stesso trattamento degli altri lavoratori per il fatto che allo stesso viene assicurata la retribuzione prevista dall'art. 33, comma 3, l. 104\1992 e precisa come lo stesso non possa vantare alcuna pretesa in ordine alla retribuzione accessoria, che non è istituita dalla legge e non è quindi obbligatoria. Come sottolinea la Corte di appello *"che il trattamento retributivo, invece, sia diverso, è confermato [...] dal fatto che il soggetto privo dello stesso fattore di protezione percepisce, oltre alla retribuzione di cui si è detto, anche l'elemento retributivo ERA1 e la Maggiorazione annuale ERA per i giorni in cui invece il parente di disabile è costretto ad assentarsi per assistere il proprio familiare, in guisa che tali voci retributive assumono il carattere di elementi stabili della retribuzione riconosciuti (nel caso della Maggiorazione ERA ad esempio) anche a chi è assente per fruire di ferie o di permessi sindacali. D'altro canto, ciò che è in discussione non riguarda la adeguatezza o meno del trattamento retributivo percepito dai lavoratori appellanti, bensì il trattamento deteriore che essi, in quanto familiari di persone disabili gravi, subiscono rispetto a coloro che non si trovano in tale particolare condizione, oggetto di tutela costituzionale, e che pure fruiscono di congedi seppure ad altro titolo."* Dunque, conclude il collegio, *"la parificazione tra il trattamento retributivo dei lavoratori che fruiscono dei permessi ex legge n. 104/1992 e della generalità dei lavoratori deve essere totale."*

Appare destituito di fondamento, poi, il rilievo per cui non costituiscono atti di discriminazione quelle differenze di trattamento che siano giustificate da finalità legittime perseguite attraverso mezzi appropriati e necessari. Deve sottolinearsi infatti che, seppur siano comprensibili le evidenziate esigenze di contrastare l'assenteismo e di ripianare la situazione economica della Società, non può giustificarsi l'arbitraria disparità di trattamento che viene riservata dalla convenuta a chi assiste un parente disabile diverso

dal figlio, dal coniuge o dal genitore ai fini degli emolumenti ERA1. Si ritiene, infatti, che l'assistenza, per esempio, ad un figlio e l'assistenza ad uno zio realizzino situazioni del tutto assimilabili, e difatti vengono entrambe contemplate dall'art. 33, comma 3, l. 104\1992, che quindi chiamano in gioco il principio fondamentale di eguaglianza sostanziale, sancito dall'art. 3 Cost., il quale esige che situazioni sostanzialmente uguali siano trattate in maniera analoga. Le suddette esigenze non valgono neanche a giustificare l'esclusione dei giorni di assenza ex l. 104\1992 dal conteggio delle presenze ai fini delle maggiorazioni ERA. Come osserva la Corte di appello *"[...] che la legittimità del trattamento riservato agli odierni appellanti derivi dal fine perseguito, ossia dalla necessità di combattere l'assenteismo e di premiare la effettiva presenza in servizio, è affermazione che stride con la pacifica valorizzazione delle assenze per ferie ovvero legate alla fruizione e di permessi sindacali ex art. 23 Statuto lavoratori"* e non *"consente di affermare che gli elementi retributivi aggiuntivi siano volti a premiare solo la presenza in servizio e la effettiva attività lavorativa"*.

Si consideri poi che quelle in questione non sono *"assenze che il lavoratore, per poter guadagnare di più, è in condizioni di evitare, perché l'assistenza al familiare disabile è, oltre che un diritto, una necessità imprescindibile, date le esigenze terapeutiche ed assistenziali che caratterizzano la vita di una persona affetta da handicap in condizioni di gravità."*

Tutto considerato, come affermato anche dal Collegio con la richiamata sentenza, *"deve [...] affermarsi che i criteri stabiliti dagli accordi sindacali del 27/06/2014, del 17/07/2015 e successive modificazioni sono tali da comportare una discriminazione fondata sulla situazione di handicap, nei confronti dei lavoratori appellanti, che usufruiscono per assistere i propri familiari disabili dei permessi ex art. 33 legge n. 104/1992, e per tale ragione essi devono essere disapplicati."*

-3-

Parte ricorrente chiedeva nel ricorso introduttivo di questo giudizio la liquidazione in via equitativa del danno non patrimoniale ai sensi dell'art. 28, comma 5, d.lgs. 150\2011. Si ritiene che il relativo onere probatorio sia stato ampiamente soddisfatto: potendo, infatti, il lavoratore limitarsi a *"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"* (sul punto Cass., Sezione Lavoro, 1\2020) deve concludersi nel senso che l'allegazione degli accordi del 2014 e del 2015 con l'esplicitazione dei motivi per cui

comportano una disparità di trattamento siano sufficienti a dimostrare, oltre alla condotta discriminatoria, anche la sussistenza del relativo danno non patrimoniale. Come già affermato in giurisprudenza il risarcimento del "danno da discriminazione" deve avere una funzione non solo reintegratoria della sfera patrimoniale del soggetto leso, ma anche funzione dissuasiva sicché ai fini della sua liquidazione, si tiene conto anche della capacità "sanzionatoria" dell'ammontare risarcitorio che viene stabilito in € 1.500, 00 (Tribunale Napoli, Sez. lavoro, 26/11/2021, n. 5192; Corte appello Milano, 06/02/2020, n. 418; Cass. civ., Sez. Unite, 21/07/2021, n. 20819).

In considerazione della difformità di decisioni giudiziarie si ritiene equo compensare le spese di lite tra le parti.

P.Q.M.

Definitivamente pronunciando sul ricorso proposto ex art. 28 d.lgs. 150/2011 da

Parte_1 nei confronti di *CP_3*

- dichiara la natura discriminatoria del comportamento della società, consistente nel mancato computo delle assenze dovute a causa di assistenza ai familiari portatori di handicap nella determinazione degli elementi retributivi ERA1 e Maggiorazione Annuale ERA dal gennaio 2021 ad oggi e, disapplicati in parte qua gli accordi aziendali del 27 giugno 2014, del 17 luglio 2015 e successive modificazioni,
- ordina ad *CP_3* la cessazione del comportamento discriminatorio nei suoi confronti;
- condanna *CP_3* a corrispondere al ricorrente le differenze retributive spettanti dal gennaio 2021 ad oggi da determinarsi in separato giudizio, oltre interessi e rivalutazioni dalle singole scadenze al saldo;
- condanna *CP_3* a risarcire al ricorrente il danno non patrimoniale liquidato in via equitativa in € 1.5000,00;
- compensa le spese di lite.

Roma, 27/05/2024

Il giudice
Dott.ssa Tiziana Orrù