



**REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
IL TRIBUNALE DI FERRARA**

OGGETTO:
accertamento
comportamento
discriminatorio e
rimozione degli effetti

SEZIONE LAVORO

in persona della dott.ssa Monica Bigchetti, giudice del lavoro, all'udienza di discussione del **24 gennaio 2019**, ha pronunciato mediante lettura del dispositivo la seguente

SENTENZA

nella causa n. **409/2018 R.G.** promossa

DA

• *[Firma]* rappresentata e difesa dall'Avv. PICCININI ALBERTO, dall'Avv. PASSANTE SARA ANTONIA e dall'Avv. MAZZANTI RITA per procura come in atti, ed elettivamente domiciliata presso lo studio dell'Avv. Mazzanti Rita in via Terranuova 24, Ferrara;

RICORRENTE

CONTRO

• *[Firma]* rappresentata e difesa dall'Avv. M. dall'Avv. M. per procura come in atti, elettivamente domiciliata presso lo studio dell'Avv. M. in via Terranuova 24, Ferrara;

RESISTENTE

OGGETTO: accertamento comportamento discriminatorio e rimozione degli effetti.

MOTIVAZIONE

§1. Il processo. Con ricorso depositato il 13/07/2018 ex art.702 bis c.p.c. [Firma] convenuto avanti al Tribunale di Ferrara in funzione di giudice del lavoro B [Firma] società operante nella grande distribuzione di cui è dipendente a tempo pieno dal 25 agosto 2003 per l'accoglimento delle seguenti conclusioni: " 1) *accertare e dichiarare nei confronti di [Firma] a la discriminatorietà degli atti e comportamenti assunti nei confronti della ricorrente dal rientro dal servizio al termine del congedo straordinario, ovvero dal 3 aprile 2017 o dalla diversa data ritenuta di giustizia, consistenti nella assegnazione di mansioni diverse da quelle di cassiere e comunque secondo una turnazione di lavoro strutturata:*

- *continuativamente su orari spezzati e serali comprendenti prevalentemente le c.d. chiusure;*



- con assegnazione a turni di lavoro prevendenti lo svolgimento dell'attività lavorativa nelle giornate di domenica;
 - con assegnazione a turni prevedenti la fascia oraria notturna secondo le disposizioni del ccnl commercio (oltre le 22:00)
- 2) ordinare la rimozione degli effetti degli atti e comportamenti discriminatori e conseguentemente
- 3) ordinare a p.a. di assegnare la ricorrente ad una turnazione che preveda lo svolgimento della prestazione lavorativa prevalentemente con modulo di orario continuativo e non spezzato, e comunque con assegnazione di non più di una chiusura settimanale, e quindi con prevalente termine del turno lavorativo entro le ore 17 ed esonero dalla prestazione lavorativa alla domenica, o secondo il diverso modulo orario ed articolazione ritenuta di giustizia.
- 4) in ogni caso adottare ogni diverso e più opportuno provvedimento atto a rimuovere la situazione denunciata
- 5) condannare la convenuta al risarcimento del danno non patrimoniale conseguente alla discriminazione subita, in misura pari a euro 20.000,00 o nella diversa misura ritenuta di giustizia, oltre interessi e rivalutazione (...)"

§ 1.1. La ricorrente ha esposto in punto di fatto:

- Di essere dipendente da I p.a. dal 2003 assegnata all'unità produttiva di Cento (Fe) e di avere svolto le mansioni di cassiera dal 2011;
- Di essere madre di due figlie A. nata il 13 luglio 2010 e G. nata il 28 luglio 2015 frequentanti rispettivamente nell'anno scolastico 2018/2019 la scuola primaria con orario di uscita alle 16.10 e la scuola materna con orario di entrata alle 8.30 e di uscita alle 16.30;
- Che la figlia G. era affetta da grave patologia oncologica fin dalla nascita, aveva subito tre interventi chirurgici e pesanti cure chemioterapiche ed abbisognava di cure ed accudimento continui; la Commissione Medica per l'accertamento dell'invalidità civile aveva riconosciuto che G. è minore con difficoltà persistenti a svolgere i compiti e le funzioni proprie della sua età ai sensi della legge 118/71.
- Di avere goduto, in relazione alla nascita di G., oltre che del periodo di astensione per maternità a decorrere dal gennaio 2015 anche del congedo straordinario di cui alla legge 151/2001, in quanto lavoratore familiare di persona con disabilità grave e di essere quindi rientrata al lavoro nell'aprile 2017, dopo un periodo di ferie e permessi ininterrotto;



- Di essere stata assegnata dall'aprile 2017 dapprima alle mansioni di cassiera e dal novembre 2017 al reparto salumeria-gastronomia quale addetta a mansioni di allestimento del banco e vendita al pubblico;
- Di avere osservato dal rientro in servizio nell'aprile 2017 un orario di lavoro spezzato, prevedente un impiego prevalente nel pomeriggio sera, anche in orario notturno oltre le 22 e pressoché continuativamente di domenica;
- Dalla metà di luglio 2017 le erano state assegnate tutte le domeniche, di talché ella si era rivolta al sindacato per rimarcare che essendo madre di persona portatrice di handicap non era tenuta ad assicurare l'apertura domenicale (missiva 30 agosto 2017 doc.12 ricorrente)
- Dal novembre 2017 era stata adibita al reparto salumeria ove, dopo la prima settimana in cui aveva osservato il turno previsto per le casse, era stata inserita in un turno spezzato comprendente la tarda mattinata e la fascia pomeridiana serale comprensiva di tutte le chiusure fino ad ore 21 ed al venerdì fino alle 22.30.
- Che a seguito dell'intervento sindacale avvenuto con nota del 27 ottobre 2017 l'azienda l'aveva esonerata dal lavoro notturno, ossia oltre le 22, limitando appunto alle ore 22 l'orario del venerdì (anziché le 22.30 doc.15 ricorrente 27 ottobre 2017) ma non modificava invece l'orario delle altre giornate, situazione che non le permetteva di essere a casa né a pranzo né a cena per quattro giorni su sei e che comprendeva le chiusure (ore 21 o ore 22) per sei giorni su sei, orario particolarmente gravoso per una madre con figli in tenera età ed uno portatore di handicap grave;
- Nessun altro dipendente del reparto salumeria doveva svolgere un orario di lavoro che comprendesse tutte le chiusure;
- Dall'esame del prospetto turni agli inizi del 2018 rilevava di essere stata adibita al lavoro durante le festività infrasettimanali e di avere pertanto chiesto con nota sindacale del 31 gennaio 2018 di non essere inserita in tali turni;
- Che ciononostante le era stato richiesto di lavorare il 25 aprile 2018 e quindi aveva dovuto nuovamente richiedere alla direttrice di essere esonerata;
- Che nell'ultima settimana di maggio 2018 e nelle prime e fino al 17 giugno 2018, a seguito di un mutamento di orario doveva cominciare il lavoro il giovedì alle 6.30, cosicché, avendo terminato alle 21 il giorno precedente, la prestazione risultava oltremodo gravosa;
- Che la società l'aveva inserita nuovamente nei turni domenicali per i giorni 29 luglio 2018, 5 agosto 2018, 26 agosto 2018, al compimento dei tre anni della minore G., pur essendo esonerata in relazione all'handicap della medesima;



- Che l'articolazione dell'orario le impediva di occuparsi adeguatamente di entrambe le figlie, ed in particolare di colei che ha bisogno di cure continue a causa della grave patologia oncologica che la ha colpita fin dalla nascita e che, tra l'altro, ne ha importato la presa in carico da parte del servizio neuropsichiatrico per ritardo nel linguaggio;
- Che la società punto vendita dispone di circa 50 dipendenti, di talché appariva ben possibile far ruotare il personale in modo da evitarle i turni serali e di chiusura.

§ 1.2. Ciò premesso in fatto, in punto di diritto la ricorrente invocava

- la violazione delle regole della correttezza e della buona fede di cui agli artt. 1175 c.c. e 1375 c.c. in relazione all'esercizio del potere datoriale di fissare l'orario di lavoro; la società ha infatti adottato un orario incompatibile con le più elementari esigenze di cura dei figli – di cui uno con handicap- pur potendo adottare un orario diverso e quindi ha abusato del suo diritto, che viene dunque esercitato con modalità tali da portare al conseguimento dell'effetto della cessazione del rapporto di lavoro.
- La violazione del divieto di parità di trattamento nelle condizioni di lavoro di cui all'art.3 del d. lgvo 216/2003 laddove il divieto di discriminazione in ragione dell'handicap non deve intendersi limitato ai soli disabili ma anche alla persona che presta al disabile la parte essenziale delle cure, alla stregua dell'interpretazione data alla direttiva 2000/78/Ce dalla sentenza della Corte di giustizia Grande Sezione 17 luglio 2008 in causa 303/2006 Coleman
- La violazione dell'art.25 del d. lgvo 198/2006, in relazione alla qualità di lavoratrice madre e al particolare *favor* che l'ordinamento riconnette a tale ruolo (art. 37 della Costituzione) nella misura in cui l'azienda ha stabilito un orario che impedisce di assolvere alla sua essenziale funzione familiare pur essendo possibile determinarlo diversamente

Deduceva in sintesi la discriminatorietà dell'assegnazione di una turnazione prevedente lo svolgimento continuativo della prestazione con orario spezzato (che rende meno agevole l'esercizio delle attività di cura e assistenza) la continuativa assegnazione al turno serale e alle chiusure, l'assegnazione, dal 29 luglio 2018, ai turni domenicali: una discriminazione diretta e/o indiretta con riferimento al fattore disabilità ai sensi del d. lgvo 216/2003 ovvero alla sua condizione di lavoratrice madre di una minore disabile alla quale ha necessità di prestare assistenza.

La ricorrente chiedeva infine risarcimento del danno extrapatrimoniale per violazione del diritto a non essere discriminata, allegando le sofferenze provocatele e provocate alle figlie minori dal comportamento datoriale.



§ 1.3. Con decreto del 19 luglio 2018 il giudice, in ossequio alla prassi dell'ufficio, ha convertito il rito di cui all'art.702 bis c.p.c. in quello di cui all'art.414 c.p.c..

§ 1.4. Si è costituita ritualmente la convenuta contestando le avverse pretese di cui ha chiesto il rigetto.

Ha rilevato la convenuta, oltre alla genericità dei richiami della controparte ai principi di correttezza, buona fede e non discriminazione, l'inconferenza del richiamo all'art. 25 del Codice delle pari opportunità in quanto non era stata allegata alcuna circostanza che potesse far supporre una discriminazione delle lavoratrici, e in particolare della ricorrente, rispetto ai lavoratori di genere maschile. Ugualmente e "a maggior ragione per il richiamo alla normativa in tema di discriminazione per handicap".

In fatto ha dedotto che la ricorrente era stata assunta part-time il 25 agosto 2003 con mansione di ausiliaria alle vendite ed assegnata dal 1° ottobre 2003 al reparto *no food* con orario di lavoro full-time. In data 1° settembre 2011 veniva adibita alla barriera casse. A decorrere dal 1° novembre 2017 era assegnata al reparto salumeria a seguito delle dimissioni di due lavoratrici del reparto. Gli orari assegnati prevedevano l'entrata al lavoro non prima delle ore 10, due mattine libere e rientri pomeridiani.

Ha dedotto la convenuta che gli orari spezzati sono seguiti da tutti i lavoratori a tempo pieno del supermercato, e in particolare dalle colleghe full-time del reparto salumeria ; e i e comprendono o il turno in apertura (ore 6:00, 6.30) o il turno di chiusura (21 o 22). Il turno di chiusura era stato assegnato per evitare alla lavoratrice il più pesante turno mattutino prevedente l'allestimento dei banchi o scaffali.

Ha aggiunto che la signora osservava un orario simile a quello attribuito dopo il rientro dalla seconda maternità anche prima dell'assenza per maternità, senza mai lamentarsene.

Tutti i lavoratori del punto vendita di Cento venivano adibiti al lavoro la domenica e nelle festività, essendo aperto al pubblico la domenica e le festività. La ricorrente era stata esonerata dal lavoro domenicale quando lo aveva richiesto, ossia con la lettera del sindacato del 30 agosto 2017 e l'ultima domenica lavorata era avvenuta il 28 luglio 2017; successivamente la lavoratrice era stata esonerata, su richiesta, quale madre di minore portatore di handicap.

L'Azienda ha osservato che alla stregua della contrattazione collettiva non è vietato *chiedere* al dipendente la prestazione domenicale, ma è vietato adibirvi il lavoratore, che, a seguito di richiesta, deduca di trovarsi in una situazione che legittima l'esonero.

Ha soggiunto che la richiesta di un mutamento di orario per via giudiziale è inammissibile perché contrasta con il diritto di iniziativa economica tutelato dall'art.41 della Costituzione



ossia con il diritto del datore di lavoro di organizzare nel modo più opportuno i turni di lavoro, pur ovviamente nel rispetto della normativa legale e contrattuale applicabile. Quanto richiesto dalla ricorrente si risolveva, in conclusione, in un illegittimo privilegio, considerato che nessun dipendente *full time* osservava un orario come quello richiesto dalla lavoratrice nelle conclusioni.

§ 1.5. Le prove orali proposte dalle parti sono state ritenute superflue in quanto le circostanze di fatto che ne costituivano oggetto erano documentalmente provate. E' stato esperito il tentativo di conciliazione con esito negativo. E' stato esperito l'interrogatorio libero in data 5 novembre 2018.

§ 2. Il fatto. E' pacifico che l' , è dipendente full time a 38 ore settimanali e che osserva l'orario spezzato prevedente turni di chiusura.

In particolare, al rientro della seconda maternità, quando è stata adibita all'ufficio casse, l'orario seguito è stato il seguente:

Lunedì dalle 9.30 alle 12.15 e dalle 17.00 alle 20.45

Martedì dalle 9.30 alle 12.15 e dalle 17.00 alle 20.45

Mercoledì dalle 10.00 alle 12.45 e dalle 16.30 alle 19.15

Giovedì dalle 10.00 alle 12.45 e dalle 16.15 alle 19.15

Venerdì riposo

Sabato dalle 9.45 alle 12.30 e dalle 17.45 alle 20.45

Domenica dalle 10.00 alle 13.00 e dalle 14.30 alle 19.30

Oppure

Lunedì 9.30 alle 13.00 e dalle 15.45 alle 20.30

Martedì dalle 15.45 alle 20.00

Mercoledì dalle 17.15 alle 20.00

Giovedì dalle 9.45 alle 13.30 e dalle 17.30 alle 20.45

Venerdì dalle 9.45 alle 13.45 e dalle 16.30 alle 20.00

Sabato dalle 9.45 alle 13.45 e dalle 16.45 alle 21.00

Domenica riposo (doc.10 attrice).

Dal novembre 2017 all'attualità, nel reparto salumeria, la ricorrente segue i seguenti orari, dedotti dal documento 5 prodotto da l..

Lunedì dalle 10.15 alle 13.15 e dalle 16.15 alle 21.00

Martedì dalle 16.15 alle 21.00

Mercoledì dalle 16.15 alle 21.00



Giovedì dalle 10.30 alle 13.15 e dalle 16.15 alle 21.00

Venerdì dalle 10.00 alle 13.00 e dalle 17.30 alle 22.00

Sabato dalle 10.00 alle 13.00 e dalle 18.15 alle 21.00.

La ricorrente non viene adibita al lavoro di domenica su sua richiesta esplicita successiva all'emanazione di provvedimenti datoriali di turnazione in cui era stata inserita al lavoro di domenica o nelle festività.

§ 2.1. È pacifico anche che G., nata il 28 luglio 2015, è attualmente seguita presso il Day Hospital di Oncoematologia Pediatrica presso l'Azienda Ospedaliero Universitaria di Ferrara per tumore del sacco vitellino asportato chirurgicamente il 31 luglio 2015 nonché, a seguito di recidiva, il 29 dicembre 2015 e il 23 febbraio 2016. La neonata era anche affetta da stenosi del giunto pielo-ureterale destro, corretto chirurgicamente il 7 gennaio 2016. Ha eseguito quattro cicli di Chemioterapia (PEB) in regime di ricovero a partire dal 29 marzo 2016 e assume terapie appropriate e continue (relazione clinica 23 maggio 2016 dott.ssa . , struttura di Oncoematologia pediatrica; certificato 14 marzo 2018 ambulatorio oncologico pediatrico doc.20).

In data 10 marzo 2016 l'INPS ha accolto la domanda di congedo straordinario presentata il 7 marzo 2016 da "r assistere la figlia G. "gravemente disabile" (doc.7; d. lgs 151/2001 decorrenza 7 marzo 2016 fino al 28 febbraio 2017). La competente Commissione medica ha riconosciuto che G. è "minore invalida con difficoltà persistenti a svolgere compiti e funzioni proprie della sua età" "ai fini dell'assegno di frequenza (doc.6 ricorrente).

La minore presenta un lieve ritardo nell'acquisizione del linguaggio espressivo (doc.19, referto del 22 giugno 2017) deve assumere terapie antibiotiche con frequenza ed è sottoposta a controlli continui anche di ordine neuropsichiatrico.

§ 2.2. La situazione di disabilità della minore è nota all'Azienda – se non altro in ragione del congedo straordinario- né è mai stata comunque addotta dall'Azienda l'ignoranza di tale circostanza di fatto. La lavoratrice gode di tre giorni di permesso mensili ai sensi della legge 104/1992 e ha fatto valere l'esonero dalla prestazione di lavoro notturno e domenicale.

§ 3. **Il quadro normativo.** La signora I è destinataria di una duplice *protezione* normativa sia in quanto lavoratrice madre, sia in quanto lavoratrice genitore di un minore disabile.

Riguardo al primo profilo la posizione di particolare favore e protezione da parte dell'ordinamento è collegata all'art.37 della **Costituzione** il quale non si limita ad affermare che "la donna lavoratrice ha gli stessi diritti e, a parità di lavoro, le stesse retribuzioni che



spettano al lavoratore” bensì che “*le condizioni di lavoro devono consentire l’adempimento della sua essenziale funzione familiare e assicurare alla madre ed al bambino una speciale adeguata protezione*”. L’art.25 comma 2 bis del **d. lgvo n.198 dell’11 aprile 2006**, introdotto dall’art.1 del d. lgvo 5/2010 dispone *Costituisce discriminazione, ai sensi del presente tiolo, 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 decreto legislativo n.216 del 9 luglio 2003, volto ad attuare la parità di trattamento fra le persone indipendentemente dalla religione, dalle convinzioni personali, dagli handicap, dall’età e dall’orientamento sessuale per quanto concerne l’occupazione e le condizioni di lavoro, traspone nell’ordinamento interno la direttiva 2000/78/Ce in materia di parità di trattamento nel lavoro e ne ricalca pressoché pedissequamente il contenuto. In particolare, per quanto di interesse alla presente controversia, è mutuata dalla direttiva del Consiglio la definizione di discriminazione diretta e indiretta (art. 2 della direttiva e articolo 2 del decreto legislativo) mentre l’obiettivo della legislazione interna e di quella comunitaria è il medesimo (art.1 di entrambi gli atti normativi) ed è quello di rendere effettivo il principio della parità di trattamento. Si riporta il testo del decreto legislativo di attuazione:

1. Oggetto. *Il presente decreto reca le disposizioni relative all’attuazione della parità di trattamento fra le persone indipendentemente dalla religione, dalle convinzioni personali, dagli handicap, dall’età e dall’orientamento sessuale, per quanto concerne l’occupazione e le condizioni di lavoro, disponendo le misure necessarie affinché tali fattori non siano causa di discriminazione, in un’ottica che tenga conto anche del diverso impatto che le stesse forme di discriminazione possono avere su donne e uomini.*

2. Nozione di discriminazione.

1. Ai fini del presente decreto e salvo quanto disposto dall’articolo 3, commi da 3 a 6, 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 o dell’orientamento sessuale. Tale principio comporta che non sia praticata alcuna discriminazione diretta o indiretta, così come di seguito definite:

a) discriminazione diretta quando, per religione, per convinzioni personali, per handicap, per età o per orientamento sessuale, una persona è trattata meno favorevolmente di quanto sia, sia stata o sarebbe trattata un’altra in una situazione analoga;



b) discriminazione indiretta quando una disposizione, un criterio, una prassi, un atto, un patto o un comportamento apparentemente neutri possono mettere le persone che professano una determinata religione o ideologia di altra natura, le persone portatrici di handicap, le persone di una particolare età o di un orientamento sessuale in una situazione di particolare svantaggio rispetto ad altre persone.

2. È fatto salvo il disposto dell'articolo 43, commi 1 e 2 del testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero, approvato con decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286.

3. Sono, altresì, considerate come discriminazioni, ai sensi del comma 1, anche le molestie ovvero quei comportamenti indesiderati, posti in essere per uno dei motivi di cui all'articolo 1, aventi lo scopo o l'effetto di violare la dignità di una persona e di creare un clima intimidatorio, ostile, degradante, umiliante od offensivo.

4. L'ordine di discriminare persone a causa della religione, delle convinzioni personali, dell'handicap, dell'età o dell'orientamento sessuale è considerata una discriminazione ai sensi del comma 1.

Posto che la norma interna (d. lgvo 216/2003 artt.1 e 2) e la norma comunitaria (direttiva 2000/78 artt. 1 e 2) non sono confliggenti e la prima costituisce trasposizione della seconda nell'ordinamento nazionale, la sentenza della Corte di Giustizia Grande Sezione, 17 luglio 2008, Coleman, che interpreta gli articoli 1 e 2 della direttiva nel senso che il divieto di discriminazione ivi previsto non è limitato alle sole persone che siano esse stesse disabili bensì anche al lavoratore che presta la parte essenziale delle cure al figlio disabile – diversamente ne sarebbe tradito l'obiettivo della direttiva ed il suo effetto utile- ha un valore interpretativo vincolante per il giudice interno, primo giudice del diritto UE, indipendentemente dal tipo di discriminazione attuata nel caso specifico esaminato dalla sentenza della Corte di Lussemburgo¹.

Per ciò che concerne la normativa pattizia viene in evidenza il titolo V del CCNL terziario (prodotto sub. Doc.7 !) che individua regole per la determinazione dell'orario normale settimanale (art.118) per l'articolazione dell'orario settimanale (art.121 e 124) e per la

¹ La sentenza Coleman ha ad oggetto la discriminazione diretta e le molestie in quanto il caso concreto aveva avuto ad oggetto una discriminazione diretta e molestie. I principi enucleati dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea possono essere però estesi anche alla discriminazione indiretta in quanto fondata sull'inabilità "perché limitare l'applicazione alle sole persone che siano esse stesse disabili rischierebbe di privare tale direttiva di una parte importante del suo effetto utile e ridurre la tutela che essa dovrebbe garantire" (Grande Sezione 17 luglio 2008 nel procedimento 303/06)



fissazione dell'orario (art.133). In particolare nell'articolare l'orario settimanale in 40, 39 o 38 ore settimanali, occorre tenere conto delle particolari esigenze del commercio e dei flussi di clientela e anche delle "esigenze dei lavoratori" (art.121); mentre l'eventuale variazione dell'articolazione dell'orario in atto tra quelle previste dall'art.121, deve essere realizzata dal datore di lavoro "armonizzando le istanze del personale con quelle dell'azienda". Ed ancora, nella fissazione dell'orario individuale "Fermi i limiti di durata massima e le disposizioni del presente contratto in materia, il datore di lavoro fisserà gli orari di lavoro armonizzando le istanze del personale con le esigenze dell'azienda" (art.133 comma 1).

Deve infine rammentarsi la regola processuale secondo la quale *"Quando il ricorrente fornisce elementi di fatto, desunti anche da dati di carattere statistico, dai quali si può presumere l'esistenza di atti, patti o comportamenti discriminatori, spetta al convenuto l'onere di provare l'insussistenza della discriminazione"* (comma 4 art.28 l. 150/2011).

§4. L'applicazione delle regole al fatto. Secondo la lavoratrice, l'orario imposto al rientro dalla seconda maternità² costituisce una chiara esemplificazione di comportamento discriminatorio, in ragione dello stato di lavoratrice madre ed in ragione dell'handicap della figlia minore. L'azienda ha dimostrato fin da subito insensibilità rispetto al suo problema (*la porta è lì*, afferma la direttrice , se gli orari necessari all'azienda non sono accettati; *sono problemi tuoi*, afferma il responsabile area a fronte della notizia della grave malattia della figlia che avrebbe comportato interferenze con il lavoro, *sei stata due anni a casa*, risponde la direttrice a fronte della richiesta di ammorbidimento dell'orario: interrogatorio libero) e pur potendo, non ha voluto predisporre turni di tipo diverso che le consentissero di accudire alle figlie, e soprattutto a quella disabile con la quale la ricorrente "non ha un rapporto" tornando a casa che la figlia è a letto, pur avendone la piccola, anche secondo il recente colloquio con il neuropsichiatra, estremo bisogno. Anche il fatto di metterla in turno di domenica e per le festività rappresenta un gesto discriminatorio, per metterla in difficoltà sapendo le condizioni in cui versa, salvo poi mutare il turno a fronte delle richieste di essere esonerata come da contratto collettivo.

² Si riporta l'orario da novembre 2017, in particolare : **Lunedì dalle 10.15 alle 13.15 e dalle 16.15 alle 21.00 Martedì dalle 16.15 alle 21.00 Mercoledì dalle 16.15 alle 21.00 Giovedì dalle 10.30 alle 13.15 e dalle 16.15 alle 21.00 Venerdì dalle 10.00 alle 13.00 e dalle 17.30 alle 22.00 Sabato dalle 10.00 alle 13.00 e dalle 18.15 alle 21.00.**



Su questo punto l'Azienda sostiene che gli orari spezzati sono seguiti da tutti i lavoratori full-time del negozio. L'inserimento nel turno domenicale o festivo, inoltre, è un diritto dell'azienda derivante dall'art.141 CCNL. ha sempre accolto le richieste della lavoratrice di essere esonerata dal lavoro domenicale o festivo.

L'azienda sostiene di non avere attuato alcuna discriminazione nei confronti della lavoratrice in quanto l'orario applicato era del tutto simile a quello applicato prima della seconda maternità, come ammesso dalla stessa nell'interrogatorio libero del 5 novembre 2018.

§ 4.1. Nel comportamento di è individuabile una discriminazione indiretta.

Deve dirsi fin da subito che nel punto vendita in cui è occupata la ricorrente, nessun lavoratore a tempo pieno ha un figlio minore disabile.

Orbene l'azienda sostiene che l'orario di lavoro affidato a al rientro della maternità è il medesimo di quello affidatole precedentemente, evidenziandosi così l'assenza in radice di alcuna volontà discriminatoria.

L'osservazione non coglie nel segno.

La situazione di rientro dalla seconda maternità non è infatti uguale alla situazione precedente.

Al rientro dalla maternità la lavoratrice ha una figlia inabile.

§ 4.2. Al riguardo deve osservarsi che vi è una situazione di uguaglianza sostanziale se vengono trattate in egual modo situazioni simili. Trattare in maniera identica agli altri lavoratori in punto di orari e turni di lavoro una persona in difficoltà e doppiamente protetta dall'ordinamento, sia in ragione della maternità sia in ragione dell'inabilità del figlio, significa operare una discriminazione indiretta perché una decisione datoriale, apparentemente neutra e che si dice gravare su tutti, pone la lavoratrice in una posizione "di particolare svantaggio" rispetto agli altri lavoratori a tempo pieno.

Se viene evidenziata, così come è stata evidenziata ripetutamente, una situazione di difficoltà e disagio per la nascita di un neonato con handicap, lasciare immutato l'orario di lavoro a fronte di una richiesta di ammorbidimento in ragione dell'handicap, significa trattare allo stesso modo una situazione profondamente diversa e diversa in ragione dell'esistenza di un minore con handicap da accudire.

Si ritiene quindi che il diniego dell'azienda di trovare un accomodamento sull'orario di lavoro sia l'espressione di una discriminazione indiretta perché un orario, pure accettato dalla lavoratrice prima dell'evento e quindi un atto apparentemente neutro, mette la madre di figlio



con handicap in una particolare situazione di svantaggio rispetto ad altri lavoratori, che pur seguendo orari simili, non hanno un figlio minore con handicap.

§. 4.3. Deve anche considerarsi al riguardo che il datore di lavoro, nei limiti previsti dall'art.141 CCNL terziario e al fine di permettere le aperture domenicali, "ha facoltà" di organizzare per ciascun lavoratore a tempo pieno lo svolgimento dell'attività lavorativa nella misura non superiore al 30 per cento delle aperture domenicali. La disposizione contrattuale dispone che "non saranno tenuti" ad assicurare le prestazioni le madri di bambini di età fino a tre anni e i lavoratori che assistono portatori di handicap conviventi". Se la disposizione contrattuale, come sostiene [redacted] correttamente, non impedisce all'Azienda di proporre ai suoi dipendenti il lavoro domenicale è anche vero che una volta che l'Azienda ha avuto conoscenza della volontà contraria della dipendente, e della sua situazione di madre con minore in situazione di disabilità grave, la pubblicazione di turni che la ricomprendono – e che rappresentano ordini per un dipendente- e che costringono quest'ultimo a comunicare nuovamente la sua volontà contraria è sintomo chiaro di quella mancanza di sensibilità che la lavoratrice lamenta.

§ 4.4. Ma vi è un altro profilo da evidenziare.

Come detto sopra la lavoratrice è **l'unica dipendente a tempo pieno con un figlio disabile in tenera età** (G. è nata il 28 luglio 2015).

Questo dato di fatto è stato evidenziato dal procuratore speciale dell'azienda nell'interrogatorio libero (pag.26)

L'azienda sostiene che tutti i lavoratori full-time svolgono un orario spezzato e che sono trattati in egual maniera, peraltro sono nella grande maggioranza femmine.

Non risulta condivisibile l'affermazione secondo la quale la società ha trattato in modo eguale tutti i lavoratori ad orario pieno, compresa la ricorrente.

La circostanza è anzi smentita *per tabulas*.

Dal tabulato degli orari prodotti dalla stessa convenuta **tutti i lavoratori a tempo pieno variano i loro orari alternando chiusure ad aperture** (la [redacted] e la [redacted] ai box; [redacted] e [redacted] alla macelleria [redacted] alla pescheria, [redacted] e [redacted] a all'ortofrutta, [redacted] self service e così per gli altri reparti indicati nel doc.5 di parte convenuta).

L'unico dipendente che effettua cinque chiusure su cinque giorni lavorativi è [redacted] alle casse.



L'altra dipendente ad orario pieno che effettua sei chiusure su sei giorni lavorativi è la

Su una sessantina di dipendenti di cui 24 a tempo pieno – secondo il documento 5 della convenuta - solo 2 (la) e) svolgono tutte le chiusure, mentre gli altri alternano aperture e chiusure.

Non è vero quindi che l'azienda articola l'orario di lavoro dei dipendenti a tempo pieno o facendo svolgere tutte le aperture o tutte le chiusure: è vero il contrario, perché la stragrande maggioranza (22 su 24) alterna aperture e chiusure nell'ambito della stessa settimana.

Solo) alle casse e la J alla salumeria svolgono tutte le chiusure.

L'orario di lavoro riservato alla non è riservato ad alcuna delle altre colleghe di sesso femminile.

L'orario di lavoro fissato per la è una eccezione rispetto alla regola di una alternanza dei turni, essendo evidente la pesantezza ed il sacrificio imposto a chi, sempre, debba concludere l'orario lavorativo in orario serale.

Orbene a fronte di questa situazione – nessun'altra lavoratrice femmina conclude il lavoro alle 21-22 tutte le sere - vi sono elementi di fatto sufficienti per affermare, ai sensi dell'art.28 comma 4 del d. lgs 150/2011, che il particolare trattamento riservato alla sia legato alla condizione di madre di minore con handicap che ha fatto valere i suoi diritti, dapprima rimanendo assente due anni dal lavoro e successivamente chiedendo i permessi per handicap e gli esoneri dal lavoro notturno, festivo e domenicale.

L'inazione dell'azienda ossia avere mantenuto un orario spezzato comprendente tutte le chiusure, nei confronti di un lavoratore doppiamente protetto che aveva chiesto un ammorbidimento del medesimo, nonostante statisticamente possa rilevarsi che un orario diverso è articolato per tutti i reparti salvo una eccezione () non può non evidenziare una discriminazione, se non un particolare accanimento nei confronti della giovane madre.

A fronte di tale situazione la ricorrente subisce una discriminazione indiretta perché

- Nessuna delle altre dipendenti di sesso femminile che lavorano a tempo pieno svolge tutte le chiusure
- la caporeparto, svolge le aperture ma non le chiusure e certamente non ha un figlio inabile
- svolge tre aperture e due chiusure e non ha figli inabili
- , che svolge cinque chiusure alle casse è un uomo e non ha figli inabili



Si ritiene quindi che sia in atto una situazione obiettiva di discriminazione nei confronti della signora [redacted] per le ragioni suddette.

Le prove dedotte dalla convenuta non supportano fatti che smentiscano i documenti dalla stessa prodotti in merito agli orari del punto vendita, come già accennato *supra* e che consentano di affermare l'insussistenza della discriminazione.

§ 5. La convenuta sostiene di avere sempre rispettato ogni normativa legale e contrattuale in materia di orario di lavoro, accogliendo, altresì, le richieste avanzate nel tempo dalla signora [redacted] di avere agito secondo buona fede e correttezza nell'esercizio del potere, esclusivamente datoriale, di fissare l'orario di lavoro del dipendente, espressione della libertà di iniziativa economica di cui all'art.41 della Costituzione.

A giudizio di questo interprete il datore di lavoro ben avrebbe potuto, ma soprattutto dovuto, venire incontro alle esigenze della lavoratrice esercitando correttamente e secondo buona fede il proprio potere.

L'art.133 del contratto collettivo settore terziario dispone: *“fermi i limiti di durata massima e le disposizioni del presente contratto in materia, il datore di lavoro fisserà gli orari di lavoro armonizzando le istanze del personale con le esigenze dell'azienda”*.

Dal verbo “armonizzare” che si rinviene nella disposizione contrattuale, emerge che il potere datoriale di determinazione dell'orario di lavoro non è assoluto, potestativo, frutto di una discrezione illimitata. Ciò perché nella fissazione dell'orario occorre *armonizzare* ossia accordare, rendere compatibili le esigenze del lavoratore con quelle dell'azienda.

Secondo le disposizioni che regolano il concreto rapporto di lavoro tra le parti, in materia di fissazione dell'orario di lavoro, in altre parole, vi è un obbligo per l'imprenditore, quello di tenere conto delle esigenze del lavoratore e armonizzarle con quelle dell'azienda.

Diversamente opinando la norma non avrebbe significato alcuno, derivando dalla legge il potere direttivo del datore di lavoro e quindi il potere di articolare l'orario di lavoro (art.2094 c.c.).

Esiste quindi un obbligo di origine contrattuale da parte del datore di lavoro di “armonizzare” le istanze del personale con le esigenze dell'azienda nella “fissazione dell'orario di lavoro”.

Questo obbligo, cui accedono il dovere di correttezza (art. 1175 c.c.) e di buona fede (art.1375 c.c.) quale specificazioni degli inderogabili doveri di solidarietà sociale imposti dall'art.2 della Costituzione, impone al datore di lavoro di venire incontro alle esigenze di una dipendente in difficoltà, ricevendo la prestazione della medesima secondo scadenze tali da non sacrificare in modo apprezzabile l'interesse proprio.



Le esigenze della lavoratrice sono state rese note, verbalmente, fin dal rientro dalla maternità (pag.6 del verbale di fonoregistrazione); sono state espresse per iscritto il 30 agosto 2017 (doc.12), riguardo al lavoro domenicale ed ancora per iscritto il 27 ottobre 2017, riguardo all'adibizione a turni serali continui, turni spezzati (doc.15 e 12).

La richiesta della lavoratrice di ottenere un orario diverso, che non la costringesse a non essere mai a casa la sera con le proprie figlie, non è stata tenuta in considerazione in nessun modo. Agli atti non vi è nessun dato, nemmeno tra le prove che la convenuta ha chiesto di offrire, che permetta di capire il motivo per il quale una diversa distribuzione dell'orario non si armonizzasse con le esigenze aziendali.

La lavoratrice ha richiesto un "ammorbidimento" dell'orario senza alcun effetto; si è dichiarata disponibile anche a lavorare a domeniche alterne se fosse stata esentata dalla "chiusura" domenicale del reparto salumeria (pag.9 verbale dell'interrogatorio libero). Ha riferito di accettare una turnazione, come fanno le altre lavoratrici, delle incombenze di apertura e delle incombenze di chiusura.

L'Azienda riferisce che l'orario proposto lascia le mattine libere fino alle 10 per incombenze familiari (pag.18 verbale dell'interrogatorio libero).

Questa osservazione non coglie nel segno in quanto l'istanza della lavoratrice da "armonizzare" con quella del datore di lavoro è diversa e precisamente quella di non effettuare tutte le chiusure e di limitare per quanto è possibile l'orario spezzato.

Obbligo da adempiere secondo correttezza e buona fede, tenuto conto della situazione familiare unica e non comparabile con nessun'altra.

Si intendono svolgere queste osservazioni non tanto ai fini risarcitori, perché la lavoratrice ha esperito una azione di danno extracontrattuale, quanto per osservare che le richieste della lavoratrice di un ammorbidimento dell'orario avevano una propria dignità nel regolamento contrattuale, mentre al contrario sono state ignorate, come se fossero istanze inaccettabili e confliggenti con la libertà di iniziativa economica privata.

E si intendono svolgere queste osservazioni anche in relazione a quanto segue.

§ 5.1. L'esito di quanto sopra acclarato non può essere l'imposizione da parte del giudice di un orario di lavoro. Ovviamente il giudice non può sostituirsi alle parti nella fissazione dell'orario. Il giudice deve tuttavia ordinare la rimozione degli effetti della discriminazione, ed in questo difficile compito non può non sottolineare come la ricorrente sia l'unica lavoratrice a tempo pieno che non alterna *aperture e chiusure* e che la mansione di cura non può prevedere l'assenza continuata e totale nei pomeriggi e sere, momenti in cui la minore è



libera dagli impegni scolastici, in pratica gli unici momenti in cui può frequentare la madre. E che il contratto collettivo prevede uno specifico impegno a conciliare le esigenze dell'azienda con quelle del dipendente. E che la normativa interna, che ricalca quella comunitaria, afferma che *"al fine di garantire il rispetto del principio di parità di trattamento delle persone con disabilità, i datori di lavoro pubblici e privati sono tenuti ad accomodamenti ragionevoli...nei luoghi di lavoro"* (art.3 comma 3 bis d. lgvo216/2003).

§ 6. La lavoratrice chiede il risarcimento del danno da discriminazione ai sensi dell'art.28 del d. lgvo n.150/2011. La norma stabilisce al comma quinto *"Con l'ordinanza che definisce il giudizio il giudice può condannare il convenuto al risarcimento del danno anche non patrimoniale e ordinare la cessazione del comportamento, della condotta o dell'atto discriminatorio pregiudizievole, adottando, anche nei confronti della pubblica amministrazione, ogni altro provvedimento idoneo a rimuoverne gli effetti. Al fine di impedire la ripetizione della discriminazione, il giudice può ordinare di adottare, entro il termine fissato nel provvedimento, un piano di rimozione delle discriminazioni accertate. Nei casi di comportamento discriminatorio di carattere collettivo, il piano è adottato sentito l'ente collettivo ricorrente."*

6. Ai fini della liquidazione del danno, il giudice tiene conto del fatto che l'atto o il comportamento discriminatorio costituiscono ritorsione ad una precedente azione giudiziale ovvero ingiusta reazione ad una precedente attività del soggetto leso volta ad ottenere il rispetto del principio della parità di trattamento".

Nel caso di specie il danno di natura non patrimoniale evocato dalla parte riguarda il patimento sofferto per non avere potuto accudire la propria figlia minore a sufficienza, per non averla potuta frequentare e stimolare nei momenti in cui la stessa era libera dagli impegni scolastici, fatto che può riconoscersi come conseguenza del comportamento datoriale e che in considerazione dell'ampiezza del periodo in cui la discriminazione è avvenuta e delle continue disattese sollecitazioni ad ammorbidire l'orario, nonché le assegnazioni al lavoro domenicale quando già era stata manifestata la non disponibilità, può equitativamente quantificarsi nella misura di euro ventimila, come richiesto dalla lavoratrice.

§ 7. Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate come in dispositivo secondo i parametri del DM n.55/2014, per causa di valore indeterminabile di media difficoltà.

p.q.m.

Il Giudice, definitivamente pronunciando, ogni contraria istanza disattesa e respinta,



visti gli articoli 28 commi 5 e 6 del d. lgvo 150/2011 e 2 e 4 del d. lgvo 216/2003

- dichiara la discriminatorietà del comportamento assunto da i. nei confronti di , consistente nell'assegnazione di una turnazione di lavoro strutturata continuativamente su orari spezzati e serali comprendenti tutte le cd. chiusure;
- ordina la cessazione immediata del comportamento e per l'effetto l'assegnazione alla dipendente di turni di lavoro sostanzialmente diversi dall'attuale che tengano conto, secondo buona fede, delle istanze della lavoratrice, madre di portatore di handicap, armonizzandole con quelle aziendali, come - *a titolo di esempio* - un orario articolato su sei giorni settimanali, con due chiusure ed una apertura oppure due aperture e una chiusura e con cessazione dell'orario alle 15, salve le ipotesi delle due chiusure;
- condanna la convenuta a risarcire il danno alla ricorrente, che liquida in euro 20.000,00 oltre interessi e rivalutazione dalla presente sentenza al saldo;
- condanna al pagamento delle spese di lite della ricorrente che liquida in complessivi € 10.137 oltre ad I.V.A. e C.P.A. come per legge;
- pone definitivamente a carico della società le spese dell'ausiliario tecnico come liquidate nel decreto 12 novembre 2018.

Indica in giorni sessanta il termine per il deposito della motivazione.

Ferrara, 24 gennaio 2019

Il giudice
Monica Bighetti



