View metadata, citation and similar papers at core.ac.uk

brought to you by CORE

provided by Archive of European Integration

Università degli Studi di Catania
Facoltà di Giurisprudenza

Olivia Bonardi

Da cavallo di Troia a leva di Archimede. Previdenza complementare e diritto antidiscriminatorio in Europa

WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" .*INT* – 83/2010

© Olivia Bonardi 2010
Facoltà di Scienze Politiche – Università di Milano
olivia.bonardi@unimi.it

ISSN – 1594-817X
Centro Studi di Diritto del Lavoro Europeo “Massimo D’Antona”
Via Crociferi, 81 – 95124 Catania (Italy)
Tel: + + 39 095 230464 – Fax: + +39 095 313145
centrostudidantona@lex.unict.it
www.lex.unict.it/eurolabor/ricerca/presentazione

Da cavallo di Troia a leva di Archimede. Previdenza complementare e diritto antidiscriminatorio in Europa

Olivia Bonardi
Università di Milano

1. Premessa: alcune buone ragioni per ripartire dal genere 2

2. L'ultima parola della Corte di Giustizia: alcune domande spontanee ragionando sulla condanna dell'Italia per la diversa età pensionabile di uomini e donne 4

3. Modelli previdenziali e non discriminazione di genere 9

3.A L'insostenibile peso delle diversità nazionali.....10

3.B Le carte della Corte.....14

4. Modelli di welfare ed effetti di genere 18

5. Previdenza complementare, famiglia e discriminazioni di genere 23

PARTE SECONDA: OLTRE IL GENERE 29

6. Previdenza complementare e orientamento sessuale 29

7. La previdenza complementare e il divieto di discriminazioni per motivi di età.....34

8. Lavoro non standard e previdenza complementare 43

PARTE TERZA: DOPO LISBONA 52

9. Il quadro d'insieme.....52

10. Le prospettive di riforma.....53

11. La leva di Archimede.....56

1. Premessa: alcune buone ragioni per ripartire dal genere

Se il primo passo che dovrebbe fare un buono studioso è quello di delimitare il campo di indagine della propria ricerca, nel caso delle discriminazioni nell'ambito della previdenza complementare tale operazione appare assai più ardua di quanto non sembri a prima vista e, come si cercherà di evidenziare in prosieguo, pressoché impossibile. E' risultato dunque più proficuo muovere da quelli che sono gli attuali approdi normativi in materia di discriminazioni di genere, per allargare solo successivamente lo sguardo al quadro complessivo della normativa antidiscriminatoria vigente in questo campo.

La partenza da una prospettiva ristretta ad uno solo dei motivi di discriminazione è utile alla ricerca per diverse ragioni.

La prima risiede nell'origine del diritto antidiscriminatorio comunitario, nato e costruito a partire dal vecchio art. 119 TCE (ora art. 157 TFUE) proprio intorno alla questione della parità di genere, e nella conseguente più abbondante e sedimentata produzione normativa in materia, a cui fa da pendant una assai rilevante produzione giurisprudenziale ad opera della Corte di giustizia CE.

La seconda, strettamente connessa alla prima, è data dall'impronta che il diritto antidiscriminatorio di genere ha fornito a tutti gli altri divieti di discriminazione vigenti nell'ordinamento comunitario. Rinviando necessariamente ad altri studi l'approfondimento della questione, ci si deve in questa sede limitare a rilevare che gli approdi interpretativi più recenti portano a ritenere vigenti delle nozioni di discriminazione comuni a tutti i fattori espressamente (e secondo un'interpretazione anche non espressamente) menzionati dai Trattati, salvo poi differenziarne i corrispondenti ambiti di applicazione, con eccezioni e deroghe diverse a seconda dei vari motivi di discriminazione vietati. Non è nemmeno possibile in questa sede valutare se in generale tali deroghe ed eccezioni siano frutto di esigenze di tutela differenziate a seconda del fattore di volta in volta coinvolto (la discriminazione razziale pone sfide e difficoltà diverse da quella per orientamento sessuale piuttosto che per genere o handicap), o se invece siano frutto della diversa capacità di pressione dei gruppi discriminati, che ha influito sull'accesso di ciascuno di essi a più o meno elevati livelli di tutela o, ancora, se le differenze non siano piuttosto dovute alla difficoltà nella ricerca di un compromesso politico durante l'elaborazione dei nuovi divieti di discriminazione[1]. Nell'ambito di questo

[1] Per tutti questi aspetti si rinvia ai vari contributi pubblicati sul fascicolo monografico di DLRI, 2003, n. 3-4 e, in particolare ai saggi di BARBERA, *Eguaglianza e differenza nella nuova stagione del diritto antidiscriminatorio,* p. 399, e BELL, WADDINGTON, *Diversi eppure eguali.*

studio ci si limiterà a verificare quale sia l'incidenza dei diversi divieti di discriminazione nel campo della previdenza complementare e quali siano le deroghe, le eccezioni e limiti vigenti in questo settore. Anche sotto questo profilo, come si vedrà tra breve, l'origine più antica e la più abbondante normativa in materia di genere costituiscono senz'altro un punto di vista privilegiato da cui prendere le mosse.

In terzo luogo, è utile partire dal genere perché, secondo una valutazione abbastanza condivisa tra gli esperti della materia, la diversa età di pensionamento tra uomini e donne non solo è considerata una delle questioni più calde e bisognose di immediati interventi normativi e quindi ineludibile, ma costituisce anche un punto di osservazione privilegiato per quanto concerne lo studio del delicato dialogo tra norme comunitarie antidiscriminatorie e diritti previdenziali nazionali.

In quarto luogo, la questione di genere costituisce un punto di osservazione privilegiato anche sotto il profilo del rapporto, interno al diritto comunitario, tra le diverse competenze attribuite alla Comunità in materia previdenziale e in materia di parità di trattamento, che impongono di valutare quali siano le reciproche influenze e i necessari vincoli che ciascuno pone all'altro. Sotto questo profilo ci si chiede in particolare se e come il diritto antidiscriminatorio costituisca un vincolo e/o punto di riferimento per le politiche di coordinamento aperto in materia previdenziale e, sul lato opposto, se e come le politiche comunitarie in materia di sicurezza sociale abbiano inciso sull'evoluzione del diritto antidiscriminatorio. Da questo punto di vista la questione della diversa età pensionabile di uomini e donne costituisce anche il background indispensabile per analizzare la altrettanto calda e controversa questione delle discriminazioni per età nella previdenza complementare.

Last but not least, la normativa comunitaria in materia di discriminazioni di genere nel campo della previdenza complementare, come si vedrà per alcuni versi molto più vincolante ed incisiva rispetto a quella in materia di sicurezza sociale, ha mostrato una forza espansiva tale da travalicare nettamente i limitati confini stabiliti nell'art. 7, dir. 2006/54/CE, che ne definisce il campo di applicazione, per incidere sia sul piano del rapporto di lavoro, sia su quello della sicurezza sociale. Si tratterà allora da un lato di testare la tenuta del sistema normativo così come delineato dalle direttive comunitarie in materia e di verificare, dall'altro, se i nuovi divieti di discriminazione introdotti a partire dal 1997 abbiano mostrato una analoga forza espansiva.

Riflessioni sul diverso trattamento delle discriminazioni nella normativa europea in materia di uguaglianza, p. 373.

2. L'ultima parola della Corte di Giustizia: alcune domande spontanee ragionando sulla condanna dell'Italia per la diversa età pensionabile di uomini e donne

La questione della diversa età pensionabile di uomini e donne ha assunto un rilievo centrale nel dibattito italiano solo a seguito della sentenza della Corte di giustizia C-46/07, con la quale i giudici comunitari hanno condannato il nostro paese per inadempimento all'art. 141 TCE (ora art. 157 TFUE). Il caso come è ormai noto, riguarda la pensione erogata nell'ambito del regime pubblico obbligatorio dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni, per i quali la legge dispone l'età di collocamento a riposo a 60 anni per le donne e 65 per gli uomini. Per quanto apparentemente fuori tema rispetto all'oggetto di questa ricerca, la questione è assai rilevante sia per l'impatto che potenzialmente ha sul complessivo sistema previdenziale italiano, sia per le conseguenze che potrebbe avere sul diritto antidiscriminatorio comunitario, che sembrerebbe, almeno a prima vista - ma questa è l'ipotesi che si tenterà di verificare in questa ricerca - avere una forza espansiva tale da scardinare, oltre ai sistemi nazionali, anche il riparto di competenze tra Stati membri e istituzioni comunitarie.

Esigenze di brevità impongono qui di non entrare nel dettaglio dell'intera tematica e di non ripercorrere le tappe dell'evoluzione degli orientamenti della Corte di giustizia in materia di discriminazioni di genere nella previdenza complementare. Rinviando ad altri approfonditi ed esaustivi studi[2] ci si soffermerà qui solo sulle decisioni più recenti della Corte. L'argomentazione e le conclusioni della Corte nella causa C-46/07, per quanto semplici e lineari, sono state analizzate puntigliosamente da tutti gli esperti della materia e fortemente criticate, sotto diversi profili. Si è insomma levato un coro di proteste verso una decisione le cui conseguenze sono state immediatamente penalizzanti per le donne. Tempestivamente infatti il legislatore ha provveduto ad un progressivo innalzamento dell'età pensionabile delle donne (sempre limitatamente al pubblico impiego), portandola, con l'art. 22 *ter* della l.n. 102/09, al 61° anno di età a partire dal 1° gennaio 2010 ed elevandola successivamente di un ulteriore anno ogni biennio fino a raggiungere il 65° anno nel 2018. In seguito, sulla base di ulteriori sollecitazioni della Commisisone europea, il legislatore è intervenuto nuovamente, eliminando anche la progressione graduale e rendendo immediatamente operativo dal 2012

[2] IZZI, *I fondi pensione e il principio di parità di trattamento nell'ordinamento comunitario,* in BESSONE, CARINCI (a cura di), *La previdenza complementare*, Torino, 2004, p. 62

l'innalzamento dell'età a 65 anni (art.12, c. 12 sexies, d.l. 31 maggio 2010, n. 78, conv. in l. 30 luglio 2010, n. 122).

L'argomentazione della Corte di giustizia, come accennato sopra è lineare: le prestazioni erogate dai regimi di previdenza sulla base di contributi versati dal datore di lavoro e proporzionate all'anzianità di servizio e alle retribuzioni percepite rientrano nella nozione di retribuzione di cui all'art. 141 TCE (ora art. 157 TFUE); la diversa età pensionabile delle donne non può considerarsi un'azione positiva ammessa dalla norma del Trattato, perché non aiuta la donna "a vivere la propria vita lavorativa su un piano di parità rispetto all'uomo" (punto 57 della sentenza).

Secondo una lettura estrema le affermazioni della Corte sarebbero tali da estendere sostanzialmente i principi e le regole sancite in materia di parità di trattamento di cui alla direttiva 2006/54/CE a tutte le prestazioni previdenziali. Il discrimine, in altri termini tra l'ambito di applicazione della direttiva 79/7/CEE, che consente ancora la diversa età pensionabile di uomini e donne e quello della direttiva 2006/54/CE, che tale differenza non ammette, non sarebbe da individuare nella distinzione tra previdenza obbligatoria e previdenza complementare, bensì in quella tra prestazioni di sicurezza sociale - intese come le sole prestazioni a carattere universalistico erogate a prescindere dallo svolgimento da parte del cittadino di attività di lavoro - e prestazioni di previdenza, intese come prestazioni erogate al lavoratore, nell'ambito di regimi sia professionali, sia legali, in connessione con la retribuzione o con i contributi versati[3]. Si tratta tuttavia di una lettura che sembra ben attagliarsi al contesto nazionale italiano, che ha visto, a partire dalle riforme dei primi anni '90 la creazione di una netta separazione tra prestazioni di previdenza e prestazioni di assistenza e che trova riscontro, sul piano giuridico in quelle interpretazioni dell'art. 38 Cost. che attribuiscono rilevanza alla distinzione tra prestazioni riconosciute ai cittadini e ai lavoratori rispettivamente dal primo e dal secondo comma dell'art. 38 Cost.[4]. Ma, come si vedrà, non necessariamente tale distinzione si attaglia ai regimi di sicurezza sociale degli altri paesi europei. La stessa Corte di giustizia, nella successiva sentenza C-395/08[5] relativa al calcolo delle prestazioni pensionistiche dei lavoratori part-time (v. *infra* § 8) sembra aver adottato un criterio distintivo più morbido, basato su un giudizio di preponderanza delle finalità di politica sociale rispetto al legame esistente tra prestazione e rapporto di lavoro, aprendo

[3] Cfr. PAMOLLI, SALERNO, *Corte di giustizia, età di pensionamento per le donne e riforma del welfare*, in RDSS, 2009, p.143.
[4] V. per tutti CINELLI, *Diritto della previdenza sociale*, Torino, 2008, p.34.
[5] Corte di giustizia, 10 giugno 2010, C-395/08*, Inps c. Bruno e Pettini*

così le porte anche in questo campo a forme di bilanciamento tra solidarietà e corrispettività già operato dalla Corte nei giudizi di legittimità dei monopoli pubblici previdenziali sotto il profilo del rispetto delle regole di concorrenza comunitarie.

Ciò che ai nostri fini è importante sottolineare subito è che la definizione di retribuzione accolta dalla Corte di giustizia nella giurisprudenza in materia discriminazioni nel campo dei regimi pensionistici professionali è talmente ampia da riuscire potenzialmente a comprendere una considerevole parte del sistema previdenziale italiano e di numerosi paesi europei, anche perché la direttiva 2006/54/CE, riferisce il proprio ambito di applicazione oltre che ai regimi di vecchiaia, anche a quelli di malattia, invalidità, infortuni e malattia professionali, disoccupazione, prestazioni per i superstiti e prestazioni per i familiari.

E' evidente d'altra parte che una simile estensione del divieto di discriminazioni va ben oltre quelle che erano le originarie intenzioni degli estensori delle due direttive 79/7 e 86/378 e, soprattutto, va ad incidere profondamente in una materia – la previdenza obbligatoria – sulla quale gli Stati membri hanno sempre rivendicato la propria competenza esclusiva e sulla quale solo da pochi anni le istituzioni comunitarie hanno iniziato a sviluppare proprie politiche, oltretutto privilegiando nettamente i metodi c.d. di *soft law*. E' per questo che appare generalmente condivisa la critica mossa da parte della maggioranza dei commentatori italiani alla sentenza della Corte di giustizia di voler realizzare attraverso una forzatura del dato giuridico[6] un risultato – la parità nei regini pensionistici pubblici – non voluto dai Trattati e dagli Stati membri. E' per questo che l'equiparazione effettuata dalla Corte della pensione di dipendenti delle pubbliche amministrazioni al regime professionale e conseguentemente alla retribuzione è stata fortemente contestata dai migliori predivezialisti italiani[7].

Ma, come è stato più pacatamente (ma non per questo con meno preoccupazione) rilevato dai più attenti osservatori del diritto antidiscriminatorio comunitario, il risultato a cui è giunta la Corte era quanto meno "scontato"[8]: alla luce del costante orientamento espresso

[6] CIOCCA, *La Corte di giustizia, la parità retributiva e l'età pensionabile*, in RDSS, 2009, p.125

[7] V. in particolare SANDULLI*, Età pensionabile e parità uomo-donna per i pubblici dipendenti: la Corte di giustizia fra omissioni e ridenominazioni*, in RDSS, 2009, p.97 e CIOCCA, *La Corte di giustizia, la parità retributiva, cit.,* p. 125

[8] GOTTARDI, *Lo Stato di avanzamento dei lavori a livello delle istituzioni europee sulla parità di genere*, in CALAFA', GOTTARDI (a cura di), *Il diritto antidiscriminatorio tra teoria e prassi applicativa*, Roma, 2009, p. 46,

dai giudici comunitari i regimi pensionistici dei dipendenti pubblici sono considerati retribuzione[9] e, come si vedrà tra breve, a questa conclusione la Corte di giustizia non poteva non giungere. Se l'Italia si fosse difesa meglio[10], si è altresì osservato, il risultato avrebbe potuto essere differente: ferma restando l'incontestabilità della natura retributiva delle prestazioni pensionistiche in questione, si sarebbe potuto applicare il IV comma dell'art. 141 (ora art. 157 TFUE) e considerare la minore età pensionabile come una misura diretta a compensare uno svantaggio, non la migliore possibile ed anzi forse la più rudimentale[11] per il suo carattere risarcitorio e per il suoi patto negativo sulla propensione delle donne alla partecipazione al mercato del lavoro[12], ma comunque ammissibile secondo il diritto comunitario[13]. Ma, come si è detto sopra, la Corte di giustizia non ammette azioni positive che limitino la presenza delle donne sul mercato del lavoro[14].

La questione in ogni caso è destinata a riproporsi a breve, in quanto per effetto del mancato coordinamento delle riforme della previdenza obbligatoria e di quella complementare avvenute negli ultimi anni, nel nostro paese l'accesso ad entrambe le forme pensionistiche avviene al momento del raggiungimento dell'età pensionabile stabilita dai regimi legali obbligatori e, dunque ancora ad età differenziate per uomini e donne. Sotto questo profilo l'inadempimento italiano alla direttiva 2006/54/CE appare decisamente evidente ed è già stato rilevato[15]. Il diritto comunitario antidiscriminatorio, alla luce dell'ultima giurisprudenza della Corte appare dunque inesorabilmente destinato ad incidere ancora nel prossimo futuro sulla legislazione e sul sistema pensionistico italiano.

Non vi è da stupirsi: annunciata e perseguita dalle istituzioni comunitarie da ormai più di un ventennio, la parità in materia di età pensionabile tra uomini e donne è stata realizzata nella maggior parte dei

---

[9] V. per tutti IZZI, *I fondi pensione e il principio di parità di trattamento*, cit., p. 62 e ivi tutta la giurisprudenza della Corte di giustizia in materia

[10] E' infatti altrettanto generalmente condiviso il giudizio di approssimazione e insufficienza delle difese del Governo italiano v. CIOCCA, *La Corte di giustizia, la parità retributiva, cit.,* p. 125; DE SIMONE, *Conciliare lavori e famiglia. Differenze virtuose e differenze perniciose in tema di tassazione dei redditi da lavoro e sistemi pensionistici*, LD, 2009, p. 255 e spec. p. 271 s.

[11] Cfr. DE SIMONE, *Conciliare lavori e famiglia,* cit., p. 272

[12] V. infra § 4 ; SUNDEN, *A Discussion on Retirement Income Security for Men and Women*, in www.euro.centre.org/data/1262169902_76075.pdf, p.66

[13] In questo senso v. BALLESTRERO, *La conciliazione tra lavoro e famiglia. Considerazioni introduttive,* LD, 2009, p.161 e spec. P. 165

[14] In argomento v. IZZI, *I fondi pensione e il principio di parità di trattamento*, cit., p. 74

[15] Sia consentito rinviare a BONARDI, *I destinatari della previdenza complementare*, in TURSI (a cura di), *La nuova disciplina della previdenza complementare, NLCC*, 2007, p. 578 e spec. p. 579

paesi europei di prima generazione, in altri è in atto un processo di parificazione sia pure di più o meno lungo periodo (Austria, Belgio, Germania, Regno Unito, Estonia, Lettonia, Malta Slovacchia, Ungheria e GreciA) e i pochi Stati (Bulgaria, Repubblica Ceca, Italia, Lituania, Polonia, Romania, Slovenia) in cui ancora si consente al genere femminile il pensionamento anticipato si trovano in rilevanti difficoltà nel giustificare questa scelta[16]. Tra l'altro, se il diritto antidiscriminatorio da solo non è del tutto riuscito nell'operazione di parificazione, una rilevante spinta è giunta dalla grande crisi economica degli ultimi anni. L'innalzamento dell'età pensionabile delle donne è stato uno dei provvedimenti adottato dal Governo greco per accedere ai prestiti, mentre la legislazione italiana che in attuazione della sentenza della Corte di giustizia prevedeva un graduale innalzamento dell'età pensionabile femminile è stata considerata inadeguata dalla Commissione europea e già superata; che ciò sia avvenuto proprio negli stessi giorni in cui è stata imposta agli Stati membri l'adozione di misure finanziarie correttive per risanare i bilanci pubblici appare a chi scrive tutt'altro che un caso[17].

Diverse sono state le vie indicate dagli studiosi della materia per rendere più digeribile al genere femminile una parità assai poco desiderata[18] e, in ogni caso per introdurre strumenti di compensazione degli svantaggi nella vita occupazionale dalle donne alternativi al pensionamento anticipato[19]. Prima di entrare nel merito di tali questioni e di analizzare, in chiave comparata come operino i sistemi di previdenza complementare sotto questo profilo, occorre quanto meno tentare di dare una risposta ad alcuni rilevanti interrogativi suscitati dalla questione età pensionabile. La prima domanda che sorge spontanea riflettendo su questa vicenda è perché tanto accanimento sulla questione dell'età pensionabile, quando questa, alla luce delle numerose ricerche e studi di genere, sembra l'ultimo dei problemi da affrontare.

Diversi anni fa un'autorevole commentatrice muoveva pesantissime accuse alla giurisprudenza della Corte di giustizia in questa materia, considerandola volta da difendere – in nome di un'uguaglianza puramente formale – gli interessi degli uomini e dei fondi professionali di

[16] V. il *Report on Directive 79/7/EEC and Directive 86/378/EEC as amended by Directive 96/97/EC. Report by the Commission's Network of legal experts in the fields of employment, social affairs and equality between men and women*, marzo 2007, in www.ec.europa.eu/social/BlobServlet?docId=1777&langId=en.

[17] Il secondo richiamo della Commissione europea data 3 giugno 2010 ed è immediatamente successivo al varo del d.l. 31 maggio 2010, n. 78, relativo alle misure urgenti di stabilizzazione della finanza italiana.

[18] V. in particolare le osservazioni di DE SIMONE, *Conciliare lavori e famiglia,* cit., p.276

[19] V. GOTTARDI, *Lo stato di avanzamento dei lavori*, cit., p. 46 s.

previdenza[20]. Le più recenti trasformazioni e riforme del diritto antidiscriminatorio hanno invece portato gli esperti a ritenere che oggi molto più che in passato i divieti di discriminazione possano rappresentare un efficace strumento di tutela dei diritti fondamentali e ciò soprattutto perché essi "vivono di una vita propria, che prescinde dai comportamenti attuativi o omissivi degli Stati membri, e prescinde anche dall'assetto presente o futuro delle competenze"[21].

Ci si chiede dunque se il diritto antidiscriminatorio rappresenti oggi la leva di Archimede in grado di garantire un uguale accesso al godimento dei diritti fondamentali – e tra essi quello alle prestazioni previdenziali o se invece esso, pur trovando le proprie radici nell'esigenza di tutelare i diritti dei gruppi svantaggiati non abbia finito col tradire la propria ragion d'essere. Infine ci si chiede se e quanto il quadro che si sta cercando di ricostruire sia destinato a mutare e in che senso, dopo l'entrata in vigore del nuovo trattato di Lisbona.

3. Modelli previdenziali e non discriminazione di genere

La conclusione a cui è giunta la Corte di giustizia con riferimento all'età pensionabile non era soltanto scontata, era anche e soprattutto una conclusione obbligata: essa può dirsi diretta conseguenza del combinato dei difetti genetici e funzionali del diritto antidiscriminatorio da un lato e del diritto della sicurezza sociale dall'altro. Sulla vicenda dell'età pensionabile hanno inciso considerevolmente la disparità di efficacia attribuita al principio di parità retributivo rispetto al più generale principio di parità e alla possibilità di introdurre misure di diritto diseguale da un lato e, dall'altro la mancanza di un quadro comune o quanto meno riconducibile a strutture simili, dei sistemi di protezione sociale, unita alla penuria di interventi comunitari di armonizzazione e di definizione di standard minimi di tutela.

Come si tenterà di dimostrare, è un po' come se la Corte di giustizia si fosse trovata a giocare un torneo di carte su più tavoli diversi (quelli dei sistemi previdenziali nazionali), soltanto che mentre la distribuzione delle carte degli altri giocatori cambia ogni volta, la Corte si ritrova sempre in mano le stesse carte: un paio di scartine (le direttive sulla parità) e lo stesso unico carico: l'art. 141 TCe (ora art. 157 TFUE).

[20] FREDMAN, *The Poverty of Equality: Pensions and the ECJ,* ILJ, 1996, n. 2, p. 91
[21] BARBERA, *Introduzione. Il nuovo diritto antidiscriminatorio: innovazione e continuità,* in BARBERA (a cura di), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, Milano, 2007, XLIII

3.A L'insostenibile peso delle diversità nazionali

Benché in tendenziale progressivo avvicinamento, i sistemi di sicurezza sociale nazionali sono ancora profondamente diversi. Essi sono costituiti da più schemi, istituiti in epoche diverse e con finalità differenti e sono andati emergendo per aggiunte e stratificazioni successive[22]. L'originaria grande bipartizione tra sistemi beverdgeani e sistemi bismarckiani ha perso di utilità descrittiva, in quanto già dal dopoguerra entrambi hanno subito profonde trasformazioni: mentre i primi hanno attuato politiche di estensione delle tutele e di differenziazione tra lavoratori e cittadini, i secondi hanno introdotto sistemi di protezione sociale universale per i soggetti rimasti privi di copertura. I processi di riforma inoltre sono avvenuti in modo diverso nei vari paesi a seconda del mix tra intervento pubblico e privato che ciascuno di essi ha inteso adottare[23]. Alla distinzione tra sistemi universalistici e previdenziali (si utilizza qui per comodità il termine nel senso stretto con cui viene inteso generalmente in Italia come trattamento riservato a chi possiede lo status di lavoratore) si è accostata quella tra sistemi monopilastro e sistemi multipilastro, distinti in base al soggetto che eroga le prestazioni e al relativo regime giuridico – pubblico o privato, obbligatorio o volontario – e sulla base della funzione che sono chiamati a svolgere. In linea di massima, la sicurezza sociale obbligatoria appartiene al 1° pilastro, quella occupazionale complementare ad adesione volontaria o obbligatoria al 2° e la previdenza individuale gestita dalle istituzioni finanziarie al 3°. Alla distinzione tra pilastri si è accostata, o sostituita, quella basata sui livelli di tutela, c.d. *tiers*: i trattamenti universalistici di base, a loro volta distinti tra sistemi inclusivi o selettivi (sulla base dell'utilizzo o meno del c.d. *means test*), quelli relativi ai sistemi previdenziali per i lavoratori, in genere gestiti a ripartizione (normalmente rientranti nel 2° livello) e i conti pensionistici individuali a capitalizzazione (classificati nel 3° livello)[24]. Ciò che è importante rilevare però è che non vi è in alcun modo coincidenza tra pilastri e livelli: lo stesso grado di tutela può essere realizzato in un sistema attraverso un solo, due o tutti e tre i pilastri. Non solo: cambia considerevolmente da Stato a Stato, da sistema a sistema, la distinzione tra i vari livelli: a parità di prestazione finale può avvenire, a seconda degli stati e dei sistemi, che la stessa sia erogata integralmente dallo stato con un

[22] JESSOULA, *La politica pensionistica*, Bologna, 2009, p.42
[23] JESSOULA, *La politica pensionistica*, cit., p. 29 e ss.
[24] Per questa distinzione con riferimento al Regno Unito v. VALLACQUA, BUGLI, *La previdenza nel Regno Unito. Libertà e modalità di adesione alle forme di previdenza complementare individuali e collettive: il c.d.* contracting out, datt., p.2

sistema di finanziamento solo a ripartizione o solo a capitalizzazione o con un mix delle due modalità di finanziamento, in parte dallo stato e in parte da fondi occupazionali o soltanto da fondi occupazionali (ove siano concesse possibilità c.d. di opt out), in parte dallo stato e in parte dai fondi finanziari c.d. di terzo livello, o, ancora, solo da fondi occupazionali e/o da fondi finanziari, con mix di obbligatorietà e volontarietà variabili. A ciò si deve aggiungere che cambia considerevolmente anche il livello finale delle prestazioni, e che la differenza tra stato a stato dipende da un'ulteriore molteplicità di fattori che comprendono, tra l'altro, i tassi di occupazione, il costo della vita, le modalità di finanziamento, la diversa allocazione del rischio e via dicendo[25].

Solo per dare un'idea, la previdenza complementare copre il 90% dei lavoratori in Svezia e Olanda, ma tra i due paesi è molto diverso il tasso di sostituzione rispetto alla retribuzione percepita dal lavoratore, così come è diversa la quota percentuale che la previdenza complementare rappresenta rispetto al trattamento pensionistico complessivo[26].

Tutti i sistemi presentano comunque problemi e tendenze comuni, che è utile sottolineare, e che possono essere sommariamente ricondotti al grande trade-off di fondo tra adeguatezza e sostenibilità, e alla conseguente ricerca di formule che consentano di coniugare i due termini, garantendo una copertura previdenziale adeguata e al contempo compatibile con le esigenze di bilancio statali[27]. Ha giocato un ruolo rilevante nel ravvicinamento dei sistemi di welfare il c.d. modello della Banca mondiale, basato sullo sviluppo di sistemi di previdenza complementare a capitalizzazione, operanti in base al sistema di contribuzione definita[28]. Se dunque si può ravvisare una tendenza comune a tutti i paesi, questa può essere individuata nella progressiva generalizzazione di questo sistema[29]. I paesi con welfare tradizionalmente

[25] V. da ultimo per tutti questi aspetti il *Libro Verde, Verso sistemi pensionistici adeguati, sostenibili e sicuri in Europa,* della Commissione Europea, Bruxelles, 7 luglio 2010, COM (2010)365 def., nonché il Paper della Commissione europea, Directorate-general for Employment, Social Affairs and Equal Opportunities , *Private Pension Schemes. Their role in adequate and sustainable pensions*, dec.2009

[26] Si rinvia ai dati indicati nelle relazioni di CORTI e SARTORI per la Svezia e per l'Olanda v. FERRANTE, *La previdenza complementare nell'ordinamento olandese*, datt. p. 3

[27] V. da ultimo, Commissione Europea, *Libro verde, Verso sistemi pensionistici adeguati,* cit., p. 5 ss.

[28] GUARDIANCICH, *The New Pension Orthodoxy in Central, Eastern and South Eastern Europe: Lessons for Prospective Reformers*, RIPP, 2009, p. 5; JESSOULA, *La politica pensionistica*, cit., p.81, NOVAK, *The great pensions Theft in Eastern Europe, in* http://www.alternatives.ca/eng/our-organisation/our-publications/analysis-and-articles/article/the-great-pensions-theft-in

[29] V. Commissione Europea, *Libro verde, Verso sistemi pensionistici adeguati*, cit., p. 15

multi pilastro hanno avviato un'opera di passaggio dai sistemi a prestazioni definite, in passato largamente diffusi nel campo occupazionale, a sistemi a contribuzione definita, sia pure introducendo disposizioni volte ad una migliore gestione dei fondi e a garantirne la solvibilità[30], i paesi originariamente monopilastro, invece, nell'istituire i fondi complementari a capitalizzazione hanno decisamente optato per il sistema a contribuzione definita. Farà probabilmente eccezione, ma solo in un prossimo futuro, il Regno Unito, dove nel corso degli ultimi anni i sistemi a contribuzione definita si sono diffusi ampiamente, superando la precedente caratterizzazione del sistema basata sulla netta prevalenza di sistemi a prestazione definita, ma dove, a partire dal 2012 l'iscrizione ai fondi a contribuzione definita sarà fortemente disincentivata dal divieto del c.d. *contracting out* dal sistema pubblico a questo tipo di previdenza, e ciò in ragione della mancanza di garanzie circa la prestazione finale realizzabile[31]. La scelta tra l'uno e l'altro sistema è tutt'altro che neutra perché da essa dipende l'allocazione del rischio dell'operazione finanziaria sottesa al sistema previdenziale: mentre nei sistemi a prestazione definita il rischio di non riuscire ad erogare le prestazioni pattuite grava o sul fondo previdenziale oppure sul soggetto (in quelli occupazionali il datore di lavoro) obbligato al versamento dei contributi, in quelli a contribuzione definita tale rischio grava sempre sul beneficiario della prestazione[32].

La tendenza più comune e rilevante ai nostri fini è però quella della sempre più stretta interrelazione esistente tra i diversi pilastri[33], che rende sempre più difficile inquadrare i sistemi di sicurezza sociale nazionali, o meglio, i vari pezzi di quei sistemi, nell'ambito di applicazione delle tre direttive in materia di discriminazione di genere. La connessione tra primo e secondo pilastro è chiaramente evidente in Italia, dove la riforma della previdenza complementare avviata con il d. lgs. n. 124/93 è avvenuta insieme alle prime riforme della previdenza pubblica, ma lo è anche in Svezia dove gli accordi interconfederali che disciplinano la materia sono stati rivisti a seguito della riforma delle pensioni statali[34], ed

[30] Sottolinea il passaggio dai sistemi prestazione definita a quelli a contribuzione definita, nel Regno Unito KILPATRICK, *The New UK Retirement Regime, Employment Law and Pensions*, ILJ, p.20; per l'analogo processo avvenuto in Svezia v. V. la Relazione di CORTI e SARTORI. Per le resistenze dell'Olanda al passaggio v. FERRANTE, *La previdenza complementare nell'ordinamento olandese*, cit., p. 7

[31] VALLACQUA, BUGLI, *La previdenza nel Regno Unito*, cit., p. 12

[32] V. tra i molti KILPATRICK, *The New UK Retirement Regime,* cit., p.20

[33] PRECHAL, BURRI, *EU Rules on Gender Equality: how are they transposed into national law? European Communities*, 2009, p. 16, nello stesso senso ora v. Commissione Europea, *Libro verde, Verso sistemi pensionistici adeguati, cit.*, p.

[34] V. la Relazione di CORTI e SARTORI.

è segnalata anche per quanto riguarda l'Olanda[35]. In Francia, invece, la previdenza complementare viene considerata parte integrante del 1° pilastro[36].

Alle difficoltà di inquadramento e correlazione che sussistono tra previdenza pubblica di base e previdenza complementare, o, meglio, tra il 1° e il 2° pilastro, si sono aggiunte negli ultimi anni ulteriori complicazioni derivanti dalle sempre più forti interrelazioni e commistioni che si sono create tra il 2° e il 3° pilastro. In alcuni casi la creazione e/o l'incentivazione di un secondo pilastro su base occupazionale è avvenuta attraverso una sua diretta connessione con il terzo: è il caso dell'Italia, dove il lancio della previdenza complementare dei lavoratori è stato realizzato con il divieto (peraltro poi ammorbidito) di gestione diretta, ma anche quello della Svezia, dove è il lavoratore a scegliere se la sua contribuzione debba essere versata a un fondo pubblico piuttosto che a un'assicurazione privata o se possa restare nella disponibilità del datore di lavoro[37]. In molti casi l'accesso ai due sistemi – occupazionale e finanziario è alternativa e si vanno configurando forme ibride, come avviene oltre che in Italia, nel Regno Unito[38]. Nei paesi di origine comunista le più recenti riforme hanno visto accostare al primo pilastro, peraltro fortemente indebolito dalle crisi derivanti dalla transizione all'economia di mercato, forme di previdenza obbligatoria a capitalizzazione sostanzialmente riconducibili al 3° pilastro, by-passando del tutto il secondo[39]. Non è possibile in questa sede affrontare e discutere dei numerosi problemi, sia di adeguatezza, sia di sostenibilità, che le recenti riforme previdenziali dei paesi postcomunisti pongono. Rinviando ad altri importanti contributi in proposito[40], è però importante osservare come la mancanza di un pilastro occupazionale abbia come ulteriore inevitabile conseguenza non solo la sottrazione di larga parte della previdenza all'ambito di applicazione della direttiva 86/378 e la sua riconduzione alla direttiva 2004/113, ma anche l'abbandono di ogni possibilità di inserire nel sistema elementi solidaristici e redistributivi[41].

---

[35] Cfr. FERRANTE, *La previdenza complementare nell'ordinamento olandese*, cit., p. 2
[36] V. MASSE-DESSEN, LANQUETIN, *France*, in *Report on Directive 79/7/EEC and Directive 86/378/EEC , cit.,* p. 43
[37] V. la Relazione di CORTI e SARTORI.
[38] VALLACQUA, BUGLI, *La previdenza nel Regno Unito*, cit., p. 21
[39] JESSOULA, *La politica pensionistica*, cit., p. 49 e ss.; GUARDIANCICH, *The New Pension Orthodoxy,* cit. p. 6
[40] GUARDIANCICH, *The New Pension Orthodoxy*, cit., p. 5; NOVAK, *The great pensions Theft in Eastern Europe*, cit.
[41] Rilevano la totale mancanza di effetti ridistributivi nell'ambito del 3° pilastro VALLACQUA, BUGLI, *La previdenza nel Regno Unito*, cit., p. 13

Interrogati sull'utilità della distinzione tra i tre pilastri, gli esperti di diritto antidiscriminatorio dei vari paesi hanno dato risposte differenziate, ciò che costituisce già di per sé un dato significativo. Il giudizio complessivo è che la distinzione tra i tre pilastri sia "*doubtful, at least*"[42], e generale è la valutazione negativa sulla legislazione per il livello di complessità e la confusione che genera[43]. Essa risulta adeguata per la Svezia[44], e la Germania[45], ma totalmente inadeguata sia per i paesi post comunisti, che la definiscono addirittura "*meaningless*"[46], sia per alcuni dei vecchi Stati membri, come la Francia e il Regno Unito. Secondo alcuni autori la distinzione tra pilastri è utile nella misura in cui consente ai paesi più progrediti una maggiore velocità di riforma[47], ma molti esperti hanno ritenuto che benché il superamento della distinzione appaia necessario, strategicamente esso appare improponibile: l'opposizione che incontrerebbe da parte dei gestori dei sistemi assicurativi di terzo pilastro rischierebbe infatti di condurre a un abbassamento generale del livello di protezione[48].

Il punto fondamentale secondo gli esperti non è il superamento della distinzione ma la realizzazione della parità in tutti e tre i settori attraverso l'eliminazione delle deroghe ed eccezioni tuttora ammesse.

3.B Le carte della Corte

Come noto, il principio di parità di trattamento in materia di welfare si afferma più tardi rispetto al campo più strettamente lavoristico: emanata nel 1979 con un termine di attuazione "insolitamente lungo"[49], la direttiva 79/7 si caratterizza in negativo per il suo carattere compromissorio, che emerge soprattutto dalle numerose esclusioni dal suo campo di applicazione[50]. Essa infatti non si applica tra l'altro, al limite di età pensionabile e ai sistemi di calcolo delle prestazioni che ne discendono, alla concessione di prestazioni di vecchiaia in base a diritti derivati dal coniuge, agli assegni familiari, alle prestazioni ai superstiti, ad

[42] *Executive Summary*, in *Report on Directive 79/7/EEC and Directive 86/378/EEC , cit.,* p. 5
[43] V. MC CRUDDEN, *United Kingdom*, in *Report on Directive 79/7/EEC and Directive 86/378/EEC , cit.,* p. 134
[44] MC CRUDDEN, *United Kingdom, cit.,* p. 130
[45] SCHIEK, *Germany*, in *Report on Directive 79/7/EEC and Directive 86/378/EEC , cit.,* p. 44.
[46] V. ad esempio KOLLONAY LEHOCZKY, *Hungary*, in *Report on Directive 79/7/EEC and Directive 86/378/EEC , cit.,* p. 55
[47] MC CRUDDEN, *United kingdom*, cit., p. 134
[48] SCHIEK, *Germany*, cit., p.49
[49] ROCCELLA TREU, 316
[50] V. IZZI, *I fondi pensione e il principio di parità di trattamento*, cit., p. 64, che parla di un criterio di "forte moderazione".

altre particolari forme di sostegno del reddito[51]. Si tratta di aspetti che, come si vedrà ai §§ 4 e 5, invece sono fondamentali per la realizzazione della parità nei sistemi di welfare.

Meno eccezioni e deroghe sono invece consentite nei regimi di previdenza professionale o occupazionale, regolati prima dalla direttiva 86/378, modificata nel '96 a seguito della sentenza *Barber*[52] e poi abrogata e sostituita dalla direttiva 2006/54/CE. Il campo di applicazione, come si è rilevato sopra è molto ampio e riguarda sostanzialmente tutti i regimi non regolati dalla direttiva 79/7/CEE aventi lo scopo di fornire ai lavoratori, subordinati o autonomi, raggruppati nell'ambito di un'impresa o di un gruppo di imprese, di un ramo economico o di un settore professionale o interprofessionale, prestazioni destinate a integrare le prestazioni fornite dai regimi legali di sicurezza sociale o di sostituirsi ad esse, indipendentemente dal fatto che l'affiliazione a questi regimi sia obbligatoria o facoltativa (art. 2, c.1, lett. f). Sostanzialmente, i criteri per rientrare nella definizione di regime professionale sono la destinazione ad una particolare categoria di lavoratori, l'istituzione della tutela in base ad una concertazione tra le parti sociali ovvero ad una decisione unilaterale del datore di lavoro, e il finanziamento a carico del datore di lavoro o di quest'ultimo e dei lavoratori[53]. Si tratta peraltro di criteri non sempre valutati uniformemente, avendo la Corte in taluni casi applicato criteri in parte diversi. A volte l'elemento che ha fatto escludere l'applicazione dell'art. 141TCE (ora art. 157 TFUE) è il non poter essere la materia oggetto di negoziazione con il datore di lavoro[54], in altri casi si è fatto riferimento, ai fini dell'applicabilità della norma, alla diretta correlazione esistente tra prestazione, anzianità lavorativa e retribuzione finale del lavoratore[55]. Nella giurisprudenza più recente si è affermato che costituisce retribuzione non solo una pensione il cui importo è calcolato sulla base del valore medio della retribuzione percepita nel corso di un periodo limitato ad alcuni anni immediatamente precedenti il ritiro dal lavoro[56] ma anche quella calcolata sulla base dell'importo di tutti i contributi versati durante tutto il periodo di iscrizione del lavoratore e ai quali si applica un fattore di rivalutazione[57]. Da ultimo, e come si avrà

[51] Come gli *House benefits* britannici che concorrono in misura assai rilevante al sostegno del reddito. Cfr. Corte di giustizia 4 febbraio 1992, C-243/90, *Smithson*
[52] Corte di giustizia, 17 maggio 1990, *Barber* C-262/88
[53] Cfr. Corte di giustizia, 17 maggio 1990, *Barber* C-262/88
[54] Corte di giustizia, 28 settembre 1993, C-7/93, *Beune*
[55] Corte di giustizia 29 novembre 2001, C-366/99, *Griesmar*¸ Corte di giustizia 12 settembre 2002, C-351/00 *Niemi;* Corte di giustizia, 1° aprile 2008, causa C-267/06, *Maruko*
[56] Corte di giustizia 12 settembre 2002, C-351/00 *Niemi*
[57] Corte di giustizia, 1° aprile 2008, C-267/06, *Maruko*

modo di approfondire ulteriormente in prosieguo, si è proposto di distinguere tra regimi di previdenza legale e professionale sulla base del fatto che la prestazione sia erogata in misura più o meno dipendente da un rapporto di lavoro piuttosto che da considerazioni di politica sociale"[58].

La variabilità degli elementi valutati dalla Corte non può non stupire, in quanto inevitabile conseguenza dell'ancor più estrema variabilità delle forme pensionistiche sulle quali si è dovuta esprimere. La controversia che per prima ha portato alla riconduzione dei contributi di previdenza complementare alla nozione di retribuzione di cui all'art. 119 TCE (ora art. 157 TFUE) riguardava il Regno Unito e aveva per oggetto un sistema il cui accesso era – ed è tuttora - subordinato alla rinuncia da parte dei lavoratori alla parte di prestazione pensionistica pubblica connessa alla retribuzione[59]. Il secondo rilevante caso deciso dalla Corte[60] riguardava un regime pensionistico olandese dei dipendenti pubblici differenziato per uomini e donne, anch'esso parzialmente sostitutivo del regime generale obbligatorio. Non stupisce dunque che una volta individuato il discrimine tra retribuzione e previdenza sociale nel finanziamento da parte del datore di lavoro e nella rilevanza dei contributi versati anche ai fini del calcolo di alcuni elementi retributivi e di altre prestazioni cui accede il lavoratore, si sia poi giunti a generalizzare la regola per cui le pensioni dei dipendenti pubblici rientrano nel campo di applicazione dell'art. 141 TCE (ora art. 157 TFUE). Una conclusione diversa era forse impossibile: il principio di parità – ha sempre detto la Corte di giustizia è un principio fondamentale e in quanto tale impone nella sua applicazione particolari regole, prima tra tutte la necessità di interpretare le eccezioni in modo restrittivo e di ammettere giustificazioni alle deroghe solo in presenza di adeguate e giustificate finalità: decidere diversamente avrebbe probabilmente comportato una grave *vulnus* a quella regola fondamentale. I passi successivi – la parificazione dell'età pensionabile[61], la qualificazione alla stregua di retribuzione oltre che dei contributi anche delle prestazioni di previdenza professionale[62]; l'irrilevanza dell'obbligatorietà o volontarietà del sistema e dell'erogazione delle prestazioni da parte del datore di lavoro piuttosto che da parte di un fondo professionale o di altro genere[63], l'irrilevanza della distinzione tra

[58] Cfr. punto 41 della sentenza *Inps*, Corte di giustizia, 10 giugno 2010, C-395/08
[59] Corte di giustizia, 11 marzo 1981, C-69/80, *Worringham*
[60] Corte di giustizia, 18 Settembre 1984, C-23/83, *W.G.M. Liefting*
[61] Corte di giustizia, 17 maggio 1990, C-262/88, *Barber*
[62] Corte di giustizia, 17 maggio 1990, C-262/88, *Barber*
[63] Corte di giustizia 6 ottobre 1993 C-09/91, *Ten Oever*; Corte di giustizia 28 settembre 1994, C-7/93 *Beune*

fondi a ripartizione piuttosto che a capitalizzazione[64] - erano conseguentemente obbligati.

Non si poteva tuttavia parlare di una vera e propria violazione della competenza degli Stati membri[65]: sebbene la prima formulazione della direttiva 86/378 ammettesse le differenziazioni di età tra uomini e donne, la fonte della parità retributiva era – ed è tuttora – da rinvenirsi nel Trattato, dunque al limite poteva parlarsi di violazione di quest'ultimo da parte dell'art. 9 della direttiva che ammetteva tale differenza sino a quando il regime di parità non fosse stato realizzato nei regimi di previdenza sociale. Ma la questione, come noto, è stata sanata con un protocollo aggiuntivo al Trattato di Maastricht (c.d. Prot. Barber) e poi con la direttiva 96/97/CE di modifica della direttiva 86/378[66], sicchè attualmente si può parlare di piena coincidenza tra quanto disposto in materia di parità dal Trattato e le regole in materia di previdenza occupazionale, oggi trasfuse nella direttiva 2006/54.

Ciononostante l'aporia di fondo del sistema resta: in assenza di forti interventi di armonizzazione nel campo della sicurezza sociale da un lato e in assenza di disposizioni volte alla realizzazione dell'uguaglianza sostanziale, l'unico campo in cui la Corte di giustizia può incidere seriamente è quello riconducibile al principio di uguaglianza formale e su questo terreno la differenza di età è senz'altro la più vistosa e di immediata percezione. E' questo che spiega perché tra tutti i potenziali fattori che incidono sulla parità di accesso al welfare – su cui si tornerà tra breve- l'età ha prevalso, trasformando – in questo campo - il divieto di discriminazioni in un cavallo di Troia[67]. Il mai sopito dibattito sulla legittimità delle azioni positive in ambito comunitario ha fatto il resto: la mancanza di chiarezza sui limiti di ammissibilità di tali azioni ha contribuito ad alimentare una giurisprudenza, per così dire, sempre più legata a un'idea di uguaglianza formale e bidirezionale e sempre meno alla *ratio* di tutela della dignità e dei diritti dei gruppi svantaggiati che è all'origine del diritto antidiscriminatorio. Il divieto di discriminazioni di

[64] Corte di giustizia 29 novembre 2001, C-366/99, *Griesmar*

[65] Affermano che la direttiva 86/378 è stata "superata" dalla giurisprudenza della Corte di giustizia, ROCCELLA TREU, *Diritto del lavoro della Comunità europea*, Padova, 2009, p. 286; secondo IZZI, *I fondi pensione e il principio di parità di trattamento*, cit., p. 65, "non sono state necessarie particolari forzature".

[66] Su cui v. IZZI, *I fondi pensione e il principio di parità di trattamento*, cit., p. 62

[67] V. nello stesso senso ma in generale sui divieti di discriminazione, MILITELLO, *Principio di uguaglianza e di non discriminazione tra Costituzione italiana e Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea (artt. 3 Cost.; art. 20 e art. 21 carta di Nizza)*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".INT – 77/2010, p. 19, secondo la quale "l'eguaglianza ha finito per giocare nel sistema comunitario la funzione di favorire l'integrazione economica, più che la sua tipica funzione ridistributiva".

genere si è così talvolta prestato ad azioni poste in essere dal genere più forte per avvalersi delle più agevoli condizioni di accesso al welfare talvolta concesse a quello più debole; e sulle decisioni del legislatore e dei giudici comunitari le esigenze di equilibrio finanziario non hanno giocato un ruolo irrilevante[68]. Il tradimento si potrebbe anche perdonare, se, pur nell'impossibilità di realizzare una parificazione verso l'alto, cioè estendendo i benefici a tutti, quanto meno si realizzasse un equilibrio diverso, nel quale quegli ostacoli che avevano giustificato l'attribuzione del vantaggio sono in qualche modo eliminati o compensati. Il giudizio non può invece che essere negativo se la vicenda si risolve in una semplice negazione dei diritti in origine destinati ai soggetti svantaggiati[69].

Occorre allora interrogarsi su quali siano le reali ragioni che determinano la presenza di rilevanti differenze di genere nell'accesso e nel godimento delle prestazioni previdenziali e quali siano le contromisure adottate dagli Stati o che possano essere realizzate a livello comunitario.

Di nuova generazione è infine l'ultima carta della Corte: la direttiva 2004/113/CE, che estende la parità di genere all'accesso a beni e servizi e la loro fornitura, il cui campo di applicazione copre tutti i beni e servizi offerti al pubblico e comprende conseguentemente anche i prodotti assicurativi, vale a dire il terzo pilastro dei sistemi di welfare, per il quale si prescrivono alcune limitazioni all'utilizzo di fattori attuariali differenziati (v. *infra* § 4).

4. Modelli di welfare ed effetti di genere

Il genere rappresenta, insieme alla famiglia, uno dei fattori esogeni di mutamento dei sistemi previdenziali. La maggiore autonomia e la maggiore presenza delle donne sul mercato del lavoro incidono considerevolmente anche sui sistemi di welfare[70] contribuendo, in particolare alla loro sostenibilità.

Tuttavia, si devono considerare anche gli effetti che le riforme e in particolare quelle attuate più di recente possono avere sul genere e sugli altri gruppi svantaggiati ai quali è dedicato il diritto antidiscriminatorio. Più che ragionare per modelli di welfare, sotto questo profilo appare più utile evidenziare quali sono o possono essere i vantaggi e gli svantaggi che alcune fondamentali scelte di politica sociale comportano. Gli studi esistenti in argomento sono basati sui modelli di welfare in generale, ma

[68] V. IZZI, *I fondi pensione e il principio di parità di trattamento*, cit., p. 73; ROCCELLA TREU, *Diritto del lavoro della Comunità europea* . cit., p. 317

[69] V. FREDMAN, *The Poverty of Equality* , cit., p. 91; LANQUETIN, *Les retraites des femmes. Quelle égalité?,* DS, 2003, p. 960; MASSE-DESSEN, LANQUETIN, *France*, cit., p. 44

[70] JESSOULA, *La politica pensionistica*, cit., p. 61.

è evidente che alcuni dei profili, sui quali in questa sede si porrà maggiore attenzione, sono particolarmente rilevanti per la previdenza complementare.

In linea generale si può partire dall'osservazione che la scelta tra sistema pubblico o privato di tutela non ha di per sé un rilevante impatto di genere, che dipende invece, fondamentalmente dall'entità e dalle modalità di calcolo delle pensioni e dalla quantità di solidarietà e ridistribuzione presente nei diversi sistemi. E' pacifico che più il calcolo delle prestazioni è legato alla vita lavorativa, maggiormente le discriminazioni subite dalle donne e dagli altri soggetti svantaggiati durante la vita attiva si ripercuoteranno sull'entità delle prestazioni: per come è strutturato il sistema, si è giustamente osservato, nessun progresso nella parità di genere nei sistemi pensionistici potrà essere realizzato fintanto che non vi sarà uguaglianza di retribuzioni; ogni ulteriore passo avanti potrà essere compiuto solo attraverso l'adozione di schemi volti a compensare generosamente la cura dei figli[71].

Per quanto riguarda i sistemi a capitalizzazione, in particolare, si può anzitutto osservare che i vantaggi derivanti in termini di rendimento dei contributi versati saranno per le donne tanto minori quanto minori sono gli elementi di solidarietà presenti nel sistema e a seconda del modello prescelto. Incide considerevolmente la scelta tra sistema a contribuzione o a prestazione definita: nel primo l'impatto sul genere dipende fondamentalmente dalla modalità di calcolo della prestazione e cioè dal fatto che questa sia realizzata mediante un conto solamente individuale o mediante la ridistribuzione collettiva dei rendimenti: solo nel primo caso gli svantaggi che hanno le donne nella vita lavorativa si ripercuoteranno inesorabilmente sul piano pensionistico[72]. Il passaggio al sistema contributivo, come si è accennato, si è realizzato in Svezia a seguito della riforma pensionistica del 1998[73]; nel Regno Unito nel corso degli anni '90; in Italia la contribuzione definita è obbligatoria per tutti i lavoratori subordinati in base all'art. 2, d. lgs. 252/07. In Olanda e in Francia invece il passaggio incontra numerosi ostacoli e opposizione da parte dei lavoratori, soprattutto in quanto comporta la perdita dei meccanismi ridistributivi e solidaristici presenti nei fondi a prestazione

[71] V. MC CRUDDEN, *United Kingdom,* cit., p. 130, ove l'A. afferma che "as long as women do not take part in gainful employment to the same extent than men nor have the same incomes the system as such will, of course, not further gender equality with regards to pensions".
[72] SUNDEN, *A Discussion on Retirement Income Security,* cit. p. 63.
[73] V. la Relazione di CORTI e SARTORI, p. p. 15

definita[74]. Peraltro si deve altresì considerare che in questi ultimi sistemi, soprattutto ove i trattamenti sono parametrati sulle ultime retribuzioni, l'impatto di genere é diverso sulle varie fasce di lavoratori: sono avvantaggiate le lavoratrici con carriere discontinue e decisamente svantaggiate quelle che hanno carriere ininterrotte ma con orari e retribuzioni limitati.

Analogamente l'utilizzo di sistemi attuariali diversificati per uomini e donne determina ancora prestazioni più basse per le donne, mentre l'utilizzo di tabelle unisex ha un effetto redistributivo a favore del genere femminile. L'uso di tabelle di calcolo unisex risulta diffuso in Danimarca, Francia, Islanda, Olanda, Svezia e Grecia, ma per molti paesi non esistono dati attendibili in quanto la scelta varia da fondo a fondo. Belgio, Germania, Italia, Regno Unito sono tra i paesi in cui risultano utilizzati criteri differenziati[75]. Nel Regno Unito, l'utilizzo di sistemi di calcolo differenziati per genere determina, secondo gli ultimi dati disponibili, pensioni occupazionali delle donne inferiori del 20-25% rispetto a quelle degli uomini[76].

L'uso di tabelle attuariali differenziato è ammesso dalla direttiva 2006/54/CE ed è stato considerato legittimo dalla Corte di giustizia[77]. Esso risulta invece parzialmente limitato dalla nuova direttiva 2004/113 relativa all'accesso a servizi e beni. L'art. 6 in particolare impone agli Stati di garantire che in tutti i nuovi contratti stipulati dopo il 21 dicembre 2007, si possa tenere conto del sesso quale fattore di calcolo dei premi e delle prestazioni a fini assicurativi e di altri servizi finanziari, ma, se ben intendo, tale calcolo può avere rilevanza sul piano complessivo della valutazione degli equilibri di gestione, non potendo invece lo stesso determinare differenze nei premi e nelle prestazioni. La disposizione appare però temperata da una deroga che, pur non essendo formulata in modo del tutto chiaro, appare comunque assai rilevante, in quanto si consente agli Stati di ammettere, ma solo entro il termine del 21 dicembre 2007, differenze proporzionate nei premi e nelle prestazioni individuali ove il fattore sesso sia determinante nella valutazione dei rischi, in base a pertinenti e accurati dati attuariali e statistici".

---

[74] V. per la MASSE-DESSEN, LANQUETIN, *France,* cit., p. 43 e per l'Olanda FERRANTE, *La previdenza complementare nell'ordinamento olandese*, cit., p. 9

[75] PRECHAL, BURRI, *EU Rules on Gender Equality: how are they transposed into national law? European Communities*, 2009, p. 17

[76] SARGEANT, *Gender Equality and the Penions Acts 2007-2008,* ILJ, 2009, vo. 38, n. 1, p. 116

[77] Corte di giustizia 22 dicembre 1993, *Neath*; Corte di giustizia 28 settembre 1994, C200/91, *Coloroll*, in argomento v. anche IZZI, *I fondi pensione e il principio di parità di trattamento*, cit., p. 81.

La stretta commistione esistente tra 2° e 3° pilastro pone il problema di stabilire se e in che misura le nuove disposizioni siano applicabili anche alla previdenza complementare di tipo occupazionale. Il problema si pone in modo diverso nei vari Paesi, a seconda della disciplina e delle commistioni esistenti. In quelli in cui il lavoratore è semplicemente libero di scegliere a quale fondo aderire, dal punto di vista dei lavoratori assume particolare rilevanza l'informazione sul punto, che a sua volta rischia però di creare non pochi problemi e contraddizioni: perché mentre le donne saranno incentivate ad aderire a fondi nei quali si utilizzano tabelle unisex, gli uomini privilegeranno senz'altro quelli nei quali si usano calcoli differenziati per i vantaggini termini di prestazioni che questo comporta, annullando così l'effetto ridistributivo garantito dal calcolo unisex. Non solo: il diverso regime rischia di incidere anche sulla scelta dei singoli lavoratori tra fondi di secondo e di terzo pilastro.

In Italia il problema appare ulteriormente complicato in quanto in molti casi l'erogazione successiva delle prestazioni da parte dei fondi chiusi avviene mediante l'intervento degli operatori del mercato finanziario. L'attuazione della direttiva 2004/113/CE è avvenuta con il d. lgs. 6 novembre 2007, n. 196 che ha inserito un nuovo Titolo II bis al Libro III del codice delle pari opportunità (d. lgs. 198/06). La disposizione relativa all'utilizzo dei calcoli attuariali differenziati appare contraddittoria e poco chiara, perché riproduce l'analoga norma della direttiva senza chiarire i limiti temporali in cui è ammessa la deroga[78]. Si prevede infatti al primo comma il divieto generale di utilizzare, nei contratti stipulati successivamente alla data di entrata in vigore del decreto, i fattori di calcolo differenziati ai fini della definizione dei premi e delle prestazioni individuali, ma al secondo comma si stabilisce che "sono consentite differenze proporzionate nei premi o nelle prestazioni individuali ove il fattore sesso sia determinante nella valutazione dei rischi, in base a dati attuariali e statistici pertinenti e accurati". Per quanto riguarda invece la previdenza complementare, il nuovo art. 30 *bis* del codice, inserito con il d. gls. 5/10 ammette ancora l'utilizzo di criteri attuariali differenziati, riprendendo pedissequamente quanto stabilito dalla direttiva 2006/54/CE, aggiungendo però che tali criteri devono essere affidabili, pertinenti ed accurati. Alla Covip (la Commissione di vigilanza sui fondi pensione) è attribuita la verifica del rispetto di tali criteri, con obbligo di relazione annuale al Comitato nazionale di parità. A meno di non voler ritenere che in entrambi i casi il legislatore abbia voluto semplicemente ammettere

[78] V. i rilievi critici di RENGA, *Study of the gender dimension and discrimination in social protection, National Report, Italy*, The Gdansk Insitute for market economics, WYG International S.p. Zoo, 2008, p.34

l'utilizzo dei calcoli attuariali purchè accurati e affidabili, ciò che parrebbe in contrasto sia con il tenore letterale del primo comma dell'art. 55 *quater*, che vieta il loro utilizzo nei nuovi contratti, sia con la direttiva 2004/113, che contiene un'analoga disposizione, il codice sembrerebbe introdurre un regime differenziato tra la previdenza complementare rientrante nell'ambito di applicazione del d. lgs. n. 252/05 e quella libera di terzo pilastro: soltanto a quest'ultima sarebbero posti più stringenti limiti nell'utilizzo dei calcoli attuariali (sebbene solo nei nuovi contratti). Il quadro si complica ulteriormente quando si tratta di stabilire a quale dei due regimi debba attenersi l'istituto assicuratore, bancario o finanziario al quale il fondo pensionistico istituito e disciplinato a norma del d.lgs. 252/05 si rivolge per la stipulazione di convenzioni finalizzate non più alla gestione delle risorse bensì all'erogazione delle prestazioni previdenziali. In questo caso la tutela sembrerebbe passare per la possibilità di considerare le polizze assicurative private stipulate sulla base di tali convenzioni come offerta al pubblico, dalla quale discende l'applicazione dell'art. 55 *quater*. Tale conclusione trova conforto nella definizione del campo di applicazione della direttiva 2004/113/CE, che esclude sostanzialmente soltanto le transazioni effettuate nell'ambito della vita privata e familiare[79].

Per concludere sul punto, il meritorio tentativo di introdurre limiti all'utilizzo di calcoli attuariali differenziati operato dalla direttiva 2004/113 si scontra, ancora una volta, con la complessità del quadro giuridico comunitario in materia di discriminazioni e con l'altrettanta complessità dei sistemi di welfare nazionali. Per risolvere le contraddizioni che si possono realizzare l'unica via appare il superamento delle due diverse discipline contenute nelle direttive 2006/54/CE e 2004/113/CE e la generalizzazione del divieto di utilizzo di sistemi attuariali differenziati per determinare contributi e prestazioni. In Svezia il problema non si pone affatto, in quanto la libertà di scelta del fondo a cui aderire si coniuga perfettamente con il generalizzato uso di criteri attuariali unisex. Ci si domanda se una tale generalizzazione richieda ancora un lungo e faticoso procedimento legislativo o se la Corte di giustizia non possa già oggi giungere ad una tale conclusione in applicazione del generale principio di parità di trattamento, ora sancito nella Carta di Nizza (v. infra § 12)

[79] Sul campo di applicazione della direttiva v. MAFFEIS, *Libertà contrattuale e divieto di discriminazione,* RTDPC, 2008, p. 401; LA ROCCA*, Le discriminazioni nei contratti di scambio di beni e servizi*, in BARBERA (a cura di), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio, cit.,* p.289 s.

5. Previdenza complementare, famiglia e discriminazioni di genere

Incide considerevolmente sul genere, sia pure in via indiretta, anche la presenza di prestazioni ai superstiti. In merito occorre anzitutto sfatare la falsa percezione che si tratti di prestazioni a "favore delle donne" che ne sarebbero le maggiori beneficiarie in quanto essendo più longeve sopravvivono maggiormente al coniuge. Le prestazioni ai superstiti costituiscono in realtà un beneficio a favore delle coppie e, più in specifico di un determinato modello di famiglia e non del singolo (uomo o donna che sia), perché i veri svantaggiati da questa forma di tutela sono i single e le famiglie in cui tutti i componenti lavorano, che attraverso il sistema previdenziale finanziano le famiglie monoreddito[80]. Si tratta di prestazioni che, come si vedrà, son state spesso oggetto di valutazioni di legittimità da parte della Corte di giustizia CE e che hanno posto delicati problemi giuridici, dovuti alla presenza di Paesi che riconoscono il beneficio solo alle vedove e non ai vedovi e che oggi pongono l'ulteriore problema della loro compatibilità rispetto al divieto di discriminazioni per orientamento sessuale (v. infra § 6). Per altro verso si deve anche tenere presente che si tratta di prestazioni che hanno un negativo impatto sul piano occupazionale, in quanto la loro presenza disincentiva la partecipazione femminile al mercato del lavoro[81].

Benchè le norme che riservano al solo genere femminile le prestazioni ai superstiti da parte dei sistemi di previdenza complementare (per quelli obbligatori è invece tuttora ammessa la deroga) siano state considerate illegittime dalla Corte di giustizia[82], in diversi Paesi europei sono presenti varie forme di prestazioni previdenziali reversibili. In particolare esse sono in uso nel sistema olandese[83] e nel Regno Unito[84], dove sono previste anche particolari regole da applicarsi in caso di separazione dei coniugi e dove, in alcuni casi di riscossione anticipata del montante contributivo, il 50% viene trattenuto a favore del coniuge o del *civil partner*. Forme di reversibilità non sono previste in Italia, ma l'iscritto al fondo di previdenza complementare può decidere a chi debba essere restituito il montante contributivo accantonato in caso di morte (ammettendosi anche una restituzione in forma di rendita; cfr. art. 11 c.

[80] SUNDEN, *A Discussion on Retirement Income Security,* cit., p. 67; nello stesso senso con riferimento all'Olanda v. FERRANTE, *La previdenza complementare nell'ordinamento olandese*, cit., p. 9
[81] SUNDEN, *A Discussion on Retirement Income Security,* cit., p.67
[82] Corte di giustizia, 6 ottobre 1993, C-109/91, *Ten Oever*
[83] FERRANTE, *La previdenza complementare nell'ordinamento olandese*, cit., p.6
[84] MC CRUDDEN, *United Kingdom*, cit., p. 130.

5 d. lgs. n. 252/05). La questione è delicata. Da un lato questa soluzione ha il vantaggio di consentire l'accesso alle prestazioni da parte di coppie – etero e omosessuali - non coniugate e non ammesse in generale a simili trattamenti, ovviando così a una differenza da sempre più parti considerata non più giustificata alla luce dell'evoluzione sociale. Dall'altro si crea una sorta di tutela fai da te, che potrebbe non corrispondere a reali ed effettive altre esigenze. Equiparando la posizione degli eredi a quella del diverso beneficiario indicato dall'iscritto, si rischia di privare di tutela soggetti che sarebbero altrimenti legittimari: si pensi al caso di morte di un aderente al fondo che pur lasciando figli minori destini il proprio montante contributivo a un'altra persona. Emerge qui un altro punto di significativo distacco rispetto alla disciplina del trattamento di fine rapporto, che in base all'art. 2122 c.c. in caso di morte del lavoratore deve essere ripartito tra il coniuge, i figli e i parenti entro il terzo grado viventi a carico, secondo accordo reciproco o, in mancanza, in base al bisogno di ciascuno.

Nell'ambito della previdenza complementare ha un effetto rilevante sul piano discriminatorio il trade off tra obbligatorietà o volontarietà del sistema e con esso la sussistenza di possibili opzioni di *opt out* dai regimi legali. Come la presenza o meno di prestazioni ai superstiti, la volontarietà di adesione alla previdenza complementare ha impatti differenziati a seconda sia della vita familiare sia di quella lavorativa del soggetto che si deve iscrivere. La scelta di aderire o no a un fondo pensionistico complementare è infatti fondamentalmente una scelta di risparmio, che come tale viene effettuata molto più dalla famiglia che dal singolo. In presenza di due redditi da lavoro può essere frequente la scelta di iscrizione di uno solo dei due coniugi al regime di previdenza complementare e ciò soprattutto se, come si è rilevato sopra, il sistema consente l'erogazione di prestazioni ai superstiti o se nell'equilibrio familiare uno dei due coniugi lavora a tempo parziale: in questo caso l'esiguità delle prestazioni previdenziali che verranno conseguite dal lavoratore con reddito inferiore potrebbe influire considerevolmente, e negativamente, sulla sua scelta di adesione. Con questo non si vuole in alcun modo suggerire la necessità di generalizzare l'obbligatorietà dell'adesione alla previdenza complementare, opzione che presuppone valutazioni e considerazioni di più ampio respiro, più semplicemente si vuole sottolineare l'esigenza di tenere conto anche di questo fattore nel valutare l'impatto di genere dei sistemi di previdenza complementare e l'eventuale necessità che alla volontarietà dell'adesione facciano da pendant una serie di meccanismi volti a controbilanciare tale negativo impatto. I dati relativi alla copertura della previdenza complementare differenziati per genere sono scarsamente comparabili tra loro, anche

perchè risalgono a fonti e anni diversi. La Svezia, che registra in tasso di copertura pari al 90% degli occupati (con punte del 100% nel pubblico impiego) non segnala significative variazioni di genere. Modesta è anche la differenza in Olanda dove risulta privo di copertura solo il 9,2% dei lavoratori ma si rilevano comunque alcune differenze, in quanto solo il 6% dei lavoratori maschi risulta privo di tutela, contro il 20% delle lavoratrici[85]. In Germania la copertura arriva al 57% dei lavoratori attivi, ma per le donne si arresta al 29%[86]; in Italia, secondo gli ultimi dati disponibili[87] il 66,2% dei lavoratori dipendenti iscritti sono uomini e il 33,8% donne (la percentuale femminile si abbassa ulteriormente nel lavoro autonomo arrivando solo al 27,9%). La copertura previdenziale occupazionale nel Regno Unito è oggi caratterizzata per una sostanziale parificazione nell'accesso e nel godimento della prestazione da parte delle donne lavoratrici a tempo pieno, mentre una significativa differenza si registra per le lavoratrici a tempo parziale: benché la percentuale sia cresciuta negli ultimi anni, nel 2002 solo il 33% delle lavoratrici part-time era iscritta a forme di previdenza complementare[88]. Tenta di porre rimedio a tale situazione il *Pension Act 2008*, che ha imposto alle imprese che occupano più di 5 dipendenti l'automatica iscrizione dei lavoratori ai fondi occupazionali. Si stima tuttavia che la riforma inizierà a produrre effetti benefici solo a partire dal 2050, lasciando così insoluto il problema ancora per almeno due generazioni di donne[89].

Più controversa ancora è la sussistenza di regimi di opt out, che in alcuni casi incide decisamente in modo negativo sui diritti a prestazioni di previdenza complementare delle donne. E' quanto avvenuto ad esempio nel Regno Unito, dove la possibilità di contract out non è stata formulata solo come alternativa tra pensione statale e pensione complementare, ma in passato anche come alternativa tra pensione statale e *dependent wife's pension*, in vigore nel Regno Unito praticamente fino agli anni '90. In sostanza la donna coniugata doveva scegliere se costituire una propria pensione statale autonoma o se accedere alla pensione complementare del marito. La prima era però concessa solo se dalla data del matrimonio a quella del pensionamento la donna avesse avuto una copertura contributiva per almeno metà del tempo (c.d. *half-test*). L'incertezza di poter superare l'*half test* ha portato la maggior parte delle donne a

[85] SJERPS, *The Netherlands*, in *Report on Directive 79/7/EEC and Directive 86/378/EEC , cit.,* p. 97
[86] SCHIEK, *Germany,* cit., p.48
[87] V. La relazione annuale Covip per il 2009 in http://www.covip.it/documenti/RelazioniAnnuali/2009RelAnnuale.pdf, p. 194
[88] MC CRUDDEN, *United Kingdom*, cit., p. 133
[89] SARGEANT, *Gender Equality and the Pensions Acts 2007-2008,* p. 146

scegliere la *dependent's wife pension*, significativamente più bassa[90]. La norma è stata da tempo abrogata, ma ancora oggi, secondo alcune ricerche, tra le ragioni della mancata adesione femminile ai fondi occupazionali il primo posto è attribuito all'aspettativa di un trattamento previdenziale integrativo derivante da quello percepito dal marito[91].

La presenza di varie modalità di uscita dal fondo di previdenza complementare e di riscatto incide parimenti sulla scelta del singolo di iscriversi alla previdenza complementare. Per quanto riguarda il caso italiano, si segnala in particolare il mancato raccordo tra la disciplina dell'anticipazione del trattamento di fine rapporto, consentita dal'art. 32 d. gls. 151/01 durante i periodi di fruizione dei congedi parentali e quella relativa alle anticipazioni concesse dai fondi di previdenza complementare contenuta nell'art. 11 d. gls. 252/05 che si limita a prevedere tale facoltà, ma con un anticipazione percentualmente ridotta e una tassazione più onerosa[92].

Last but not least, incide sul genere la presenza nei sistemi di previdenza di forme di contribuzione figurativa di vario genere riconosciute in relazione ai periodi dedicati alla cura dei figli[93]. Si tratta anzi di una delle questioni cruciali da affrontare, sia in un'ottica di aumento della base occupazionale attraverso strategie di conciliazione dei tempi di vita e di lavoro, sia dal punto di vista più strettamente previdenziale redistributivo. Come è stato da più parti già osservato, il riconoscimento ai fini previdenziali del lavoro di cura non solo consente e incentiva una migliore conciliazione dei tempi di vita e di lavoro e una maggiore partecipazione delle donne al mercato del lavoro; esso rappresenta anche una misura fondamentale alternativa alla più bassa età pensionabile per compensare lo svantaggio occupazionale. Questo genere di misure deve essere in ogni caso conforme al principio di parità, in particolare si deve distinguere tra misure di tutela della maternità, che è legittimo riservare al genere femminile, e misure relative alla cura dei figli, che la Corte di giustizia ha chiaramente ritenuto ammissibili solo nella misura in cui siano concesse anche al lavoratore "in grado di provare di aver preso a carico l'allevamento dei figli". Sono state così ritenute discriminatorie le norme francesi che accordavano solo alle donne maggiorazioni di anzianità utile ai fini del calcolo della pensione in

[90] FREDMAN, *The Poverty of Equality*, cit., p. 92
[91] SARGEANT, *Gender Equality and the Pensions Acts 2007-2008*, cit., p. 146
[92] DE SIMONE, *Riforma del Tfr e previdenza complementare tra neopaternalismo pubblico e autonomia privata,* LD, 2008, p. 622; RENGA, *Study of the gender dimension and discrimination in social protection, cit.,* p. 34
[93] SUNDEN, *A Discussion on Retirement Income Security,* cit. p. 67

relazione ai periodi dedicati alla cura dei figli[94] nonché le disposizioni, sempre francesi, che riservavano il diritto al pensionamento anticipato solo alla lavoratrice e non al lavoratore il cui coniuge fosse divenuto gravemente invalido[95]. Se misure di questo genere riservate alle donne sono sinora state valutate dalla Corte di giustizia come misure finalizzate a ridurre o a compensare gli svantaggi che la donna incontra nella vita lavorativa e considerate più o meno legittime nei limiti in cui lo sono le azioni positive, a diversa conclusione si deve giungere riguardo alla legittimità di analoghe misure formulate in modo sessualmente neutro. Anche sotto questo profilo, tuttavia, il diritto comunitario si è rivelato, almeno sino al più recente periodo, abbastanza limitato. L'art. 9 della direttiva 2006/54/Ce considera espressamente esempio di discriminazione "interrompere il mantenimento o l'acquisizione dei diritti durante i periodi di congedo di maternità o di congedo per motivi familiari prescritti in via legale o convenzionale e retribuiti dal datore di lavoro". La norma, è stato opportunamente rilevato, incontra due limiti non irrilevanti: essa sembra operare solo con riferimento ai congedi obbligatori (in quanto utilizza l'espressione "prescritti") e retribuiti dal datore di lavoro. La Corte di giustizia[96] ha ritenuto discriminatoria la legge tedesca che escludeva dal calcolo della somma dovuta dal datore di lavoro e titolo di versamento dei contributi di previdenza complementare la quota di retribuzione erogata alla lavoratrice durante il congedo di maternità ad integrazione dell'indennità concessa alla stessa dall'ente previdenziale pubblico. Se la conclusione appariva abbastanza pacifica, ciò che è più interessante rilevare è che nella decisione i giudici hanno prestato particolare attenzione proprio al carattere retributivo delle somme corrisposte dal datore di lavoro. Resta quindi senza risposta, il problema della tutela per tutti i casi in cui il congedo sia facoltativo e/o sia indennizzato dagli enti previdenziali anziché dal datore di lavoro[97]. La nuova direttiva 2010/18/UE che attua l'accordo quadro riveduto in materia di congedo parentale prevede alla 19° osservazione generale delle premesse dell'accordo che gli Stati membri dovrebbero valutare il mantenimento dei diritti alle prestazioni di previdenza sociale durante il periodo minimo di congedo parentale, così come il ruolo del reddito tra i vari fattori rilevanti per l'esercizio del congedo parentale. La clausola 5 introduce espressamente un principio di non discriminazione nei confronti dei genitori che usufruiscono dei congedi, il quale impone che tutte le questioni di previdenza sociale legate all'accordo siano esaminate e

[94] Corte di giustizia, 29 novembre 2001, C366/99 *Griesmar*
[95] Corte di giustizia 13 dicembre 2001, C-206/00 *Mouflin*
[96] Corte di giustizia 13 gennaio 2005, C-356/03, *Meyers*
[97] IZZI, *I fondi pensione e il principio di parità di trattamento*, cit., 78

determinate “tenendo conto dell'importanza della continuità del diritto alle prestazioni di previdenza sociale nell'ambito dei diversi regimi, in particolare del diritto all'assistenza sanitaria”.

Anche la direttiva 2004/113/Ce si occupa della questione, stabilendo espressamente che i costi inerenti alla gravidanza e alla maternità non possono determinare differenze nei premi o nelle prestazioni individuali. Nel 20° considerando si precisa inoltre che un trattamento meno favorevole delle donne a motivo della gravidanza e della maternità dovrebbe essere considerato una forma di discriminazione diretta fondata sul sesso e pertanto vietato nel settore assicurativo e dei servizi finanziari connessi, ribadendosi espressamente che i costi inerenti ai rischi collegati alla gravidanza e alla maternità non possono essere addossati ai membri di un solo sesso.

In attesa dell’attuazione delle nuove disposizioni stabilite dalla direttiva sui congedi parentali da parte degli Stati, e considerati i limiti derivanti dall’ambito di applicazione della direttiva 2004/113, un’eventuale estensione della copertura previdenziale piena ai periodi di congedo sembra presupporre preliminarmente un intervento volto a statuire che la mancata corresponsione al lavoratore dell’integrale contribuzione durante i periodi di congedo costituisce una discriminazione (diretta nel caso della maternità, indiretta nel caso del congedo parentale) di genere in materia retributiva. Se una simile conclusione pare auspicabile, d’altra parte essa appare tutt’altro che scontata, in quanto la Corte di giustizia si è sempre espressa negativamente relativamente alla sussistenza di un diritto alla retribuzione piena anche con riferimento al periodo di astensione obbligatoria dal lavoro per maternità, che infatti sia la Corte, sia la direttiva 92/85 parificano sul piano economico alla malattia[98].

In Svezia la contribuzione del datore di lavoro prosegue anche nei periodi di congedo per malattia, maternità e cura dei figli[99], mentre in Italia il quadro normativo non appare del tutto soddisfacente: né il d.lgs. 252/05, concernente la disciplina generale della previdenza complementare, né il t.u. 151/01, contenente la disciplina dei congedi, né infine il Codice delle pari opportunità prevedono espressamente la prosecuzione del versamento dei contributi durante i periodi di congedo. Ai fini del calcolo del TFR (e quindi della sua destinazione alla previdenza complementare), si deve computare la retribuzione come se il lavoratore avesse svolto la prestazione, e nel silenzio della legge, alla medesima conclusione dovrebbe giungersi per gli ulteriori contributi versati dal

[98] Corte di giustizia CE, 8 settembre 2005, C-191/03, *McKenna*
[99] V. la Relazione di CORTI e SARTORI, p. 17

datore di lavoro, per i quali invece spesso la prassi è quella di effettuare il versamento solo in proporzione alla retribuzione ridotta percepita[100].

PARTE SECONDA: OLTRE IL GENERE

6. Previdenza complementare e orientamento sessuale

Dopo il genere, l'orientamento sessuale è stato il primo motivo di discriminazione che la Corte di giustizia ha dovuto affrontare, sia per quanto riguarda la legittimtà di trattamenti differenziati sul piano del rapporto di lavoro, sia per quanto riguarda l'accesso alle prestazioni previdenziali. La ragione della vivacità del contenzioso giurisprudenziale in materia è stata ben sottolineata e può essere ricondotta alla strategia seguita dai movimenti di tutela delle persone omosessuali volta ad ottenere per via giudiziale il riconoscimento del diritto all'autodeterminazione e al godimento dei diritti fondamentali della persona tra cui, per quanto qui interessa, rileva in particolare il riconoscimento del diritto a contrarre matrimonio e/o agli effetti giuridici che discendono. Non è possibile in questa sede affrontare tutte le complesse questioni che la lotta all'omofobia pone e nemmeno ripercorrere il tortuoso percorso giurisprudenziale che ha portato le più alte Corti a delimitare il campo di applicazione del divieto di discriminazioni per orientamento sessuale. Senza entrare nel merito dell'opportunità o della fondatezza della scelta operata dalle Corti[101], ci si limita in questa sede a rilevare che il diritto comunitario distingue nettamente la situazione della persona che ha cambiato sesso - tutelata dal divieto di discriminazioni di genere - da quella della persona che più semplicemente manifesta o ha un orientamento omosessuale, tutelata dalla direttiva 2000/78/CE. Ai limitati fini di questa ricerca interessa in primo luogo osservare che tale distinzione rileva anzitutto in quanto da essa discende il diverso campo di applicazione del divieto di discriminazioni, esteso a tutti gli aspetti previdenziali per i primi, in quanto soggetti alle direttive in materia di discriminazioni di genere e limitato alle condizioni di lavoro per i secondi, in quanto soggetti solo alla direttiva 2000/78/CE. Se e quanto questa distinzione abbia ancora rilevanza alla luce delle nuove disposizioni del Trattato di Lisbona è questione che sarà approfondita nella III parte della relazione. Per il momento ci si limita ad osservare che già l'entrata in vigore della direttiva 2000/78/CE ha inciso considerevolmente nel campo della

[100] Avviene ad esempio in Fonchim
[101] Si rinvia in proposito a CALAFA', *Le discriminazioni basate sull'orientamento sessuale*, in BARBERA (a cura di), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio,* cit., p. 171 e spec. p. 177 e ss.

previdenza complementare. La ragione è abbastanza semplice e lineare: il divieto di discriminazioni si applica alle condizioni di lavoro e tra queste vi è senz'altro la retribuzione; i contributi e le prestazioni versati ai regimi di previdenza complementare sono retribuzione (v. retro 3B), dunque i divieti di discriminazioni contenuti nella direttiva 2000/78/CE si applicano anche ai regimi di previdenza complementare. E' questa la ragione che ha portato la Corte di giustizia ad una significativa evoluzione del suo precedente costante orientamento. Sino all'entrata in vigore della direttiva, la Corte aveva sempre sostenuto l'inapplicabilità del divieto di discriminazioni di genere e dell'art. 141TCE alle differenze di trattamento direttamente o indirettamente fondate sull'orientamento sessuale e, in particolare a quelle basate sul matrimonio, affermando chiaramente che la condizione per accedere a determinati elementi della retribuzione connessi allo stato civile non è l'orientamento sessuale bensì la natura giuridica del legame familiare instaurato, materia quest'ultima che rientra nella competenza esclusiva degli Stati membri. Prima dell'entrata in vigore della direttiva 2000/78/Ce sono stati conseguentemente negati ai partner dello stesso sesso il diritto all'accesso a determinati servizi forniti dal datore di lavoro[102] e il diritto agli assegni familiari[103].

E' toccato invece proprio a una prestazione di previdenza complementare fare da apripista all'interpretazione del nuovo divieto di discriminazioni. E, paradossalmente, è toccato proprio all'istituto – le pensioni ai superstiti – che tra tutti sembra in generale il più discutibile e giuridicamente problematico, per il modello sessuato di welfare[104] che riproduce e per gli effetti negativi che ha sia sull'occupazione femminile, sia sulla scelta di aderire o no a fondi di previdenza complementare. Nella sentenza *Maruko*, la Corte non solo ha affermato che le prestazioni ai superstiti dei regimi professionali rientrano nell'ambito di applicazione della direttiva 2000/78/Ce, essa ha soprattutto stabilito che costituisce discriminazione diretta non riconoscere il diritto alla prestazione ai superstiti al partner dello stesso sesso che abbia contratto con il lavoratore un'unione solidale (si usa qui l'espressione unione solidale per riferirsi indistintamente alle varie forme di unione civile diverse dal matrimonio) quando tale unione è equiparata dall'ordinamento giuridico nazionale al matrimonio. Le novità dell'affermazione sono due. La prima è che la discriminazione è stata considerata diretta. In passato la Corte aveva sempre affermato che, poiché i benefici erano riservati a coloro che avevano contratto matrimonio, la differenza di trattamento era basata

[102] Corte di giustizia, 17 febbraio 1998, C-249/96, *Grant*
[103] Corte di giustizia, 31 maggio 2001, C-122/99P e C-125/99P., *D.*
[104] ALES, *Il modello sessuato di ruolo sociale e i suoi antidoti: l'*adult model worker *nell'ordinamento italiano*, LD, 2008, p. 533

sullo stato civile – cioè un criterio apparentemente neutro - e non direttamente sull'orientamento sessuale, per cui tale differenza di trattamento costituiva discriminazione indiretta. Nella nuova sentenza, invece, la Corte ha affermato che poiché secondo il diritto tedesco applicabile al caso del sig. Maruko, l'unione civile equiparata al matrimonio è riservata a persone dello stesso sesso, la discriminazione è diretta. L'affermazione ha il vantaggio di escludere l'ammissibilità di giustificazioni alla differenziazione, ammesse solo a fronte di trattamenti derivanti dall'applicazione di criteri apparentemente neutri[105], ma ha anche una conseguenza negativa, che ha portato diversi commentatori a ritenere la sentenza molto più conservatrice di quanto appaia a prima vista[106]. Perché possa applicarsi il divieto di discriminazioni, occorre che l'unione civile risponda a due requisiti: che sia ammessa solo tra persone dello stesso sesso e sia destinata a produrre gli stessi effetti giuridici del matrimonio. Si è così osservato che ove invece si trattasse di unioni ammesse anche tra partner di sesso diverso e producenti effetti più limitati rispetto al matrimonio, non solo non si potrebbe parlare di discriminazione diretta, e si dovrebbe valutare la sussistenza di una discriminazione indiretta, ma si aprirebbe anche la difficile questione della comparabilità della situazione del lavoratore che ha contratto un'unione con una persona del suo stesso sesso a quella del lavoratore coniugato anziché a quella di un'altra persona che ha contratto un'unione con eterosessuale. In altri termini, si potrebbe sostenere che poiché determinate prestazioni sono riconosciute al coniuge e non al partner di altro sesso che ha contratto un'unione solidale, la comparazione dovrebbe essere effettuata con quest'ultimo e non si configurerebbe una discriminazione per orientamento sessuale. La sentenza Maruko, è stato altresì rilevato, ponendo questi limiti, ha posto la Corte al riparo da un aperto conflitto con le Corti nazionali, che possono ritenere, e in taluni casi, come avvenuto in Italia, hanno ritenuto, il matrimonio tra eterosessuali protetto da uno *status* particolare.

Tuttavia, non è detto che i limiti delineati dalla Corte siano effettivamente così stringenti: la sentenza *Maruko*, pur rilevando che lo stato civile e le prestazioni che ne derivano costituiscono materie che rientrano nella competenza degli Stati membri e che il diritto comunitario non pregiudica tale competenza, sottolinea anche che gli Stati, nell'esercizio delle proprie competenze, devono rispettare il diritto

[105] ERIKKSON, *European Court of Justice: Broadening the scope of European nondiscrimination law,* I-CON, 2009, n. 7, p. 731 e spec. p. 743

[106] V. ERIKKSON, *European Court of Justice, cit.,* p.743; PERUZZI, *Da Mangold in poi. L'interpretazione delel direttive 2000/43/CE e 2000/78/CE nelle pronunce pregiudiziali della Corte di giustizia*, in CALAFA', GOTTARDI, *Il diritto antidiscriminatorio,* cit., p.105

comunitario, e in particolare le disposizioni relative al principio di non discriminazione, onde nel momento in cui essi decidessero di legittimare le unioni tra persone omosessuali, dovrebbero comunque evitare discriminazioni. Una lettura coerente con i principi di parità di trattamento imporrebbe dunque di ritenere le unioni tra coppie omosessuali equiparate al matrimonio in tutti i casi in cui l'accesso a tale istituto non sia loro consentito e di considerare le due situazioni non comparabili solo con riferimento a quei paesi in cui la legge riconosce sia il matrimonio, sia le unioni solidali tra persone dello stesso sesso. Il vero limite della sentenza appare allora piuttosto un altro, e cioè il fatto che sia rimesso ai giudici nazionali il compito di verificare se l'unione sia o no equiparabile quanto ad effetti giuridici al matrimonio. Ancora una volta il peso delle diversità nazionali incide considerevolmente sull'attuazione del principio di parità.

Sollecitato da più risoluzioni del Parlamento europeo[107], il matrimonio tra persone dello stesso sesso è una realtà ancora in pochi Stati dell'Unione: esso è stato ammesso nei Paesi Bassi a partire dal 2001, in Belgio dal 2003, in Spagna dal 2005, Norvegia dal 2008, in Svezia dal 2009, in Portogallo e in Islanda dal 2010. Il 15 aprile 2010 la Corte costituzionale italiana con la sentenza n. 138 ha affermato che il suo riconoscimento è rimesso alla discrezionalità del legislatore ordinario, il quale, come noto nel dibattito nazionale, non vi ha ancora provveduto. Altri Paesi riconoscono alle persone omosessuali il diritto di costituire unioni civili i cui effetti sono con più o meno ampia intensità equiparati al matrimonio.

Ammette unioni solo tra persone dello stesso sesso con effetti equiparati a quelli del matrimonio espressamente anche sul piano della previdenza sociale la Germania[108]; anche il Regno Unito ha riconosciuto le unioni solo tra persone dello stesso sesso con il *Civil Partnership Act* del 2004, che equipara l'unione al matrimonio sostanzialmente sotto tutti gli aspetti, compresi espressamente quelli sul piano delle condizioni di lavoro: l'art. 251 vieta le discriminazioni sia a causa di matrimonio, sia a causa della *Civil Partnership*, l'art. 253 equipara ai coniugi i *civil partner* sul piano delle assicurazioni sulla vita e gli artt. 255 e s. disciplinano l'accesso alle prestazioni pensionistiche[109], anche qui con piena

[107] V. le risoluzioni del Parlamento europeo dell'8 febbraio 1994 e del 5 luglio 2001

[108] Cfr. la l. 16 febbraio 2001, modificata con l. 15 dicembre 2004, *Gesetz über die Eingetragene Lebenspartnerschaft* (c.d. *LpartG*)

[109] Il testo aggiornato del *Civil Partnership Act* si puo leggere in http://www.statutelaw.gov.uk/legResults.aspx?LegType=All+Legislation&searchEnacted=0&extentMatchOnly=0&confersPower=0&blanketAmendment=0&sortAlpha=0&PageNumber=0&NavFrom=0&activeTextDocId=975804

parificazione rispetto ai coniugi. L'*Equality Act* del 2006 assicura l'accesso delle coppie omosessuali alle pensioni di terzo pilastro.

Molto più discutibile appare la situazione in Italia e in Francia.

In Francia la legge n. 99-944, riformata nel 2006 e nel 2007 riconosce la possibilità di concludere un *pacte civil de solidarité* a persone che aspirino ad organizzare la loro vita in comune, indipendentemente dal loro sesso, con effetti più limitati del matrimonio per quanto riguarda il diritto di successione e il regime di comunione o separazione dei beni. Sul piano del rapporto di lavoro la persona che ha stipulato un *Pacs* (c.d. *pacsé*) gode degli stessi congedi per motivi famigliari riconosciuti in caso di matrimonio; mentre sul piano della sicurezza sociale i *pacsés* sono considerati un unico nucleo familiare ai fini dell'accesso alle prestazioni, ma non sono riconosciuti destinatari di pensioni di reversibilità[110].

In Italia le unioni tra persone dello stesso sesso non sono riconosciute; come si è accennato sopra la Corte costituzionale ha ritenuto non fondata la questione di legittimità costituzionale delle norme del codice civile che riservano il matrimonio a persone di sesso diverso, affermando che la materia è affidata alla discrezionalità del Parlamento. Il d.gls. 252/05 nulla dispone conseguentemente in materia, né del resto sono previste in generale forme di pensione di reversibilità ai superstiti non coniugati. Si è peraltro sottolineato che l'art. 11 del d. lgs. 252/05, non tipizzando le prestazioni a cui si accede al momento del raggiungimento dell'età pensionabile consentirebbe ai fondi di ampliare gli eventi coperti dalla tutela, includendovi di conseguenza anche eventualmente le prestazioni ai superstiti[111]. L'art. 14 tuttavia stabilisce che in caso di morte della persona iscritta al fondo di previdenza complementare i contributi versati possono essere riscattati dagli eredi o dal diverso beneficiario indicato dall'aderente.

Con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona i diritti riconosciuti dalla Cedu acquistano piena vincolatività e rango di fonti primarie del diritto dell'Unione[112], il che pone la questione della legittimità della riserva della possibilità di contrarre matrimonio solo a coppie dello stesso sesso. Se in una prima sentenza la Corte europea aveva ritenuto discriminatorio e illegittimo il diniego di contrarre matrimonio a persone che avevano cambiato sesso[113], con una più recente sentenza[114] essa ha affermato che l'art. 12 della Cedu consente ma non impone agli stati di permettere i

[110] V. l'analisi dettagliata in http://fr.wikipedia.org/wiki/Pacs%C3%A9
[111] CIOCCA, in CINELLI, p. 345
[112] CARUSO, *I diritti sociali fondamentali dopo il trattato di Lisbona (tanto tuonò che piovve),* WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".INT – 81/2010
[113] Corte europea dei diritti dell'uomo, 11 luglio 2002, *Goodwin c. Royaume Uni*
[114] Corte europea dei diritti dell'uomo, 24 giugno 2010, *Schwalf c. Kopf* c. Austria

matrimoni tra persone omosessuali[115]. Ad analoga conclusione è giunta, come si è già accennato, la Corte costituzionale italiana, negando che la giurisprudenza della Corte europea in materia di matrimonio di persona che ha cambiato sesso sia estensibile alla questione del matrimonio tra persone dello stesso sesso[116].

7. La previdenza complementare e il divieto di discriminazioni per motivi di età

L'età è il più giovane dei fattori di discriminazione vietati dall'ordinamento comunitario: l'ultimo ad essere riconosciuto nelle Costituzioni degli Stati membri e il meno tutelato dall'Unione europea. La direttiva 2000/78/CE infatti introduce una rilevante deroga alle regole generali in materia di discriminazioni. Mentre per tutti gli altri fattori una differenza di trattamento direttamente basata sul motivo di discriminazione vietato può essere ammessa e giustificata soltanto dal legislatore, per l'età la direttiva prevede una clausola di giustificazione generale, come avviene per le discriminazioni indirette. In altri termini, anziché escludere solamente dall'ambito di applicazioni del divieto di discriminazioni dirette le c.d. *GOR*, cioè i requisiti indispensabili per lo svolgimento della prestazione, si ammette qualsiasi esclusione, giustificabile *ex post* dal perseguimento di una finalità legittima con mezzi appropriati e necessari. Si è discusso molto in dottrina sulla portata di tale clausola, sostenendosi da più parti[117] che essa imponga comunque agli Stati membri di definire le esclusioni in questione, ma di diverso avviso è stata la Corte di giustizia, secondo la quale gli Stati non sono obbligati a predefinire in modo puntuale e a priori le finalità che giustificano la deroga al divieto di discriminazioni per età, godendo di un ampio margine di discrezionalità nella realizzazione degli obiettivi stabiliti dalla direttiva comunitaria e nella definizione dei propri obiettivi di politica sociale[118].

Sia per la deroga, sia per la scarsa chiarezza nella sua formulazione, sia infine per l'incertezza dei confini relativi all'ambito di

[115] Per un primo commento v. CRIVELLI, *Il matrimonio omosessuale e la ripartizione di competenze tra legislatore e organo di giustizia costituzionale: spunti da una recente decisione del tribunale costituzionale portoghese*, in http://www.associazionedeicostituzionalisti.it/rivista/2010/00/Crivelli001.pdf

[116] Corte costituzionale, 23 marzo 2010, n. 138

[117] V. LOI, *La ragionevolezza come predicato delle differenze di trattamento*, RGL, 2008, I, 482 e spec. 502, BONARDI, *Le discriminazioni basate sull'età*, in BARBERA (a cura di), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, cit., p. 125 e spec. p.135, e ivi ulteriori richiami di dottrina

[118] Corte di giustizia Ce, 5 marzo 2009, C-388/07 *Age Concern England*, nota e citata in ambito comunitario come il caso *Heyday*

applicazione del divieto di discriminazioni per età, che non riguarda un solo gruppo predefinito e ben delineato, ma diverse categorie di persone[119], il fattore età si sta rilevando uno dei più difficili da applicare e soprattutto fonte di elevata litigiosità[120].

Come si è rilevato con riferimento all'orientamento sessuale, anche riguardo all'età si può anzitutto osservare che i trattamenti di previdenza professionale possono a pieno titolo ritenersi compresi nel divieto di discriminazioni contenuto nella direttiva 2000/78/CE, in quanto sia i contributi, sia le prestazioni sono considerati retribuzione e quindi rientrano nelle condizioni di lavoro[121]. Conferma di ciò si ha nel testo della direttiva: il considerando 14° stabilisce che la direttiva non pregiudica le disposizioni nazionali che stabiliscono l'età pensionabile, senza tuttavia chiarire se si riferisca solo alle pensioni di primo pilastro o a tutte le prestazioni pensionistiche, anche di 2° e 3° pilastro. Ma sia l'art. 3, sia il 13° considerando escludono dal campo di applicazione della direttiva solo la previdenza obbligatoria non assimilabile a retribuzione a norma dell'art. 141 TCE[122]. Dunque si può ritenere che la direttiva copra anche i regimi di previdenza occupazionale. Tuttavia sono comunque concesse importanti deroghe. In particolare, all'art. 6, c.2 è stabilito espressamente che "gli Stati membri possono prevedere che la fissazione per i regimi professionali di sicurezza sociale di un'età per poter accedere o aver titolo alle prestazioni pensionistiche o all'invalidità, compresa la fissazione per tali regimi di età diverse per lavoratori o gruppi o categorie di lavoratori e l'utilizzazione, nell'ambito di detti regimi, di criteri di età nei calcoli attuariali non costituisca una discriminazione fondata sull'età".

L'ambito di manovra concesso agli Stati membri in questo settore appare dunque assai ampio, anche se i confini tra le differenze di trattamento ammesse e quelle vietate non sembrano del tutto ben definiti.

---

[119] V. FREDMAN, *The Age of Equality*, p. 37; GIJZEN, *The Netherlands*, in SARGEANT (a cura di), *The Law on Age Discrimination in the EU,* Kluwer Law, 2008, p. 164 ss. sia inoltre consentito rinviare a BONARDI, *Le discriminazioni basate sull'età*, in BARBERA (a cura di), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio, cit.,* p. 129

[120] V. MEENAN, *Age Discrimination in the EU and the Framework Directive*, che considera l'età "the most enigmatic ground"; SCHMIDT, *Germany*, entrambi in SARGEANT (a cura di), *The Law on Age Discrimiation,* cit., risp. p. 10 e p. 29

[121] V. il 13° considerando, per il quale direttiva non si applica ai regimi di sicurezza sociale e di protezione sociale le cui prestazioni non sono assimilate ad una retribuzione, nell'accezione data a tale termine ai fini dell'applicazione dall'artico 141 del trattato CE, e nemmeno ai pagamenti di qualsiasi genere, effettuati dallo Stato allo scopo di dare accesso al lavoro o di salvaguardare posti di lavoro.

[122] In questo senso v. SCHMIDT, *Germany*, cit., p. 46

La tutela appare inoltre fortemente differenziata per quanto riguarda le pensioni di terzo pilastro, considerata la mancanza di una direttiva volta a garantire la parità nell'accesso a beni e servizi, come invece avviene per il genere. La questione non si pone in quegli Stati in cui per disposizioni costituzionali o in base alla legislazione di attuazione delle nuove direttive del 2000 è stabilito un campo di applicazione generale e uniforme per tutti motivi di discriminazione, esteso quindi anche sostanzialmente alla sicurezza sociale e all'accesso ai beni e servizi. In questi casi la distinzione tra i vari pilastri di previdenza sembra perdere rilevanza consentendo un'applicazione uniforme del diritto a prescindere dall'inquadramento della forma di tutela nel primo piuttosto che nel secondo o nel terzo pilastro. E' questa la situazione di Irlanda, Bulgaria, Slovenia, Romania, Lussemburgo, Finlandia, Portogallo, Spagna, Cipro, Estonia, Grecia e Francia[123]. In altri paesi il campo di applicazione dei divieti di discriminazione è invece definito in modo più o meno ampio. L'età risulta in ogni caso il fattore meno protetto, essendo in molti casi ammesse varie forme di deroga[124]. I paesi che non vanno oltre la tutela nelle condizioni di lavoro così come definita dalla direttiva 2000/78/Ce sono Danimarca, Malta, Svezia, Olanda, Polonia e Regno Unito.

In Germania la legge 18 agosto 2006 *Allgemeines Glkeichbehandlungsgesetz – AGG* ha stabilito un ambito di applicazione generale, ma facendo salva l'applicazione della *Betriebsrentenpensiongesetz – BRG,* la legge in materia di previdenza occupazionale. L'esclusione è finalizzata a garantire il rispetto del divieto di discriminazione (di genere) contenuto in tale legge, ma ha posto rilevanti problemi. Infatti, secondo alcuni autori essa impedirebbe l'applicazione degli altri divieti di discriminazione in questo settore e si tratterebbe di un "*amazing*" inadempimento alla direttiva comunitaria, mentre secondo altri le disposizioni dell'AGG sarebbero comunque applicabili[125].

L'AETA olandese[126], all'art. 8.2 e 8.3 esclude dal campo di applicazione del divieto di discriminazioni l'età per accedere alle pensioni occupazionali e l'uso dei criteri attuariali nello stesso ambito, lasciando così intendere che, salve le due deroghe espresse, la previdenza

[123] V. MCCOLGAN, NIESSEN, PALMER, *Comparative analyses on National measures to combat discrimination outside employment and occupation*, dec. 2006, in http://www.migpolgroup.com/publications_detail.php?id=191
v. in argomento anche BELL**** in http://cms.horus.be/files/99935/MediaArchive/pdf/Extending%20EU%20Anti-Discrimination%20Law%20final.pdf
[124] MCCOLGAN, NIESSEN, PALMER, *Comparative analyses* cit., p. 5
[125] V. SCHMIDT, *Germany,* cit., p. 37
[126] *Act on Equal treatment on Grounds of Age*, 17 dicembre 2003

complementare occupazionale è in generale coperta dal divieto di discriminazioni per età[127].

Il fattore età rileva e incide sull'accesso alle prestazioni pensionistiche in vari modi e con diversi effetti.

Un primo ordine di questioni discende dall'ammissibilità di soglie minime di età per l'iscrizione ai fondi di previdenza complementare, per la determinazione dell'entità dei contributi dovuti, per la portabilità della posizione pensionistica e, infine, nei regimi a prestazioni definite, per la determinazione dell'entità delle prestazioni. Soglie di età minima per l'iscrizione ai fondi di previdenza complementare sono previste in Svezia, dove, secondo gli accordi interconfederali che regolano la materia, l'iscrizione è riservata agli impiegati del settore privato tra i 25 e i 65 anni, agli operai tra i 21 anni e i 65 anni, e ai dipendenti pubblici tra i 28 e i 65 anni. E' in corso un processo di abbassamento di tali soglie proprio in ragione del sospetto di illegittimità per violazione del divieto di discriminazione per motivi di età[128]. Nel Regno Unito la presenza di simili soglie è segnalata a livello aziendale, ma non risultano, per quanto consta, dati precisi in merito. Si riporta che mentre alcune imprese incentivano l'adesione immediata dei giovani ai fondi occupazionali, altre richiedono un minimo di età o di anzianità[129]. La legge dispone però l'adesione automatica e obbligatoria ai fondi a partire dal 2012, ma tra i vari requisiti stabiliti per l'obbligatorietà dell'iscrizione del lavoratore vi è l'età di 22 anni; i più giovani conservano la facoltà di scegliere se aderire o no[130]. Per quanto riguarda la Germania, sono stati segnalati problemi derivanti dalla minore retribuzione prevista da alcuni contratti collettivi per i giovani, che potrebbero ripercuotersi sull'entità della contribuzione; così come sono state segnalate soglie di età e di anzianità contributiva per l'accesso al diritto alla portabilità della prestazione pensionistica[131]. Sempre in Germania una particolare soglia è stabilita per il diritto alle pensioni di reversibilità, riconosciute a condizione che il coniuge superstite non sia più giovane di 15 anni dell'iscritto al fondo. La questione è stata affrontata dalla Corte di giustizia nel caso *Bartsch*[132], ma i giudici, pilatescamente, si sono limitati ad affermare che il diritto comunitario non contiene un divieto di qualsiasi discriminazione fondata

[127] DIJZEN, *The Netherlands, cit*., p. 174 e s.
[128] V. la Relazioen di CORTI e SARTORI, p. 29
[129] SARGEANT, *United Kingdom*, in SARGEANT, *The Law on Age Discrimination,* cit., p. 209
[130] http://www.direct.gov.uk/en/Pensionsandretirementplanning/Companyandpersonalpensions/DG_183783
[131] SCHMIDT, *Germany,* cit., p. 45
[132] Corte di giustizia, 23 settembre 2008, C-427/06, *Bartsch*

sull'età e che nel caso di specie non era applicabile la direttiva 2000/78/CE, non essendo ancora scaduto il termine per la sua attuazione. La sentenza si segnala anche per l'importante *revirement* della Corte rispetto a quanto dalla stessa affermato nella sentenza *Mangold* circa l'applicabilità del divieto nella fase antecedente il termine di attuazione della direttiva, ma non fornisce ancora una risposta (che arriverà solo indirettamente con alcune sentenze successive) alla questione, per noi dirimente, se la direttiva ammetta o no simili differenze di trattamento, considerate discriminatorie dalla dottrina tedesca[133]. Anche per quanto riguarda l'Italia, dove l'adesione è volontaria per tutti i lavoratori, ma soggetta alla regola del silenzio-assenzo da esprimersi entro 6 mesi dall'inizio del rapporto di lavoro, sono segnalati problemi di possibili discriminazioni nei confronti dei giovani, derivanti dalla minore retribuzione percepita soprattutto in ragione dell'applicazione di contratti di inserimento comportanti il sottoinquadramento dei lavoratori[134].

Il problema dell'utilizzo del criterio dell'età per il calcolo alle prestazioni si è posto invece in Olanda, dove si è discusso della legittimità delle disposizioni che – nei regimi in cui le prestazioni sono calcolate sulla base dell'ultima retribuzione percepita – non tengono conto degli incrementi salariali percepiti oltre una certa età o che si basano, anziché sull'ultima retribuzione, sulla media di quelle percepite negli ultimi anni o che, infine, prevedono forme sostitutive di indicizzazione delle ultime retribuzioni. Si tratta di clausole volte ad impedire il c.d. *Backserver Duty*, cioè la remunerazione *ex post*, sotto forma pensionistica, della prestazione passata del lavoratore, ma che, ove basate direttamente o indirettamente sull'età pongono il dubbio di compatibilità con il nuovo divieto di discriminazioni. L'ETC, un organo semigiudiziale avente funzioni in materia di parità, ha affermato in proposito che la finalità di contenere i costi pensionistici e di evitare promozioni nell'ultimo periodo lavorativo finalizzate all'incremento della prestazione previdenziale possono considerarsi legittime, ma che tra le varie clausole utilizzate, occorre preferire quella basata sull'utilizzo di un meccanismo di indicizzazione medio, da applicarsi una volta raggiunto un certo massimo retributivo, in quanto avente un impatto meno discriminatorio rispetto agli altri. La tendenza è di conseguenza nel senso della sostituzione di tale meccanismo a quelli basati sull'età o sull'anzianità aziendale[135].

[133] SCHMIDT,*Germany*, cit., p. 45
[134] V. RENGA, *Study of the gender dimension and discrimination in social protection, cit.,* p. 32 e s.
[135] DIJZEN, *The Netherlands, cit.,* p. 182 ss.

La Corte di giustizia non si è mai espressa su queste specifiche questioni, ma alcune importanti sentenze riguardano in generale la legittimità della fissazione di soglie di età per l'accesso al lavoro o per il godimento di determinati benefici sul piano del rapporto di lavoro. Una volta statuito dalla Corte che sono ammesse le giustificazioni anche alle discriminazioni dirette basate sull'età, il giudizio viene effettuato verificando che la finalità perseguita dal legislatore sia legittima e che il mezzo utilizzato per raggiungerla sia proporzionato e necessario. In un primo importante caso[136] la Corte si è pronunciata sulla legittimità dell'esclusione dei periodi lavorativi antecedenti il compimento del 18° anno di età ai fini del riconoscimento dell'anzianità aziendale da parte di un datore di lavoro pubblico austriaco. L'esclusione rispondeva, secondo la difesa austriaca, a due esigenze: da un lato a quella di incentivare le persone al proseguimento degli studi secondari fino al diploma e, dall'altro, a consentire l'accesso dei giovani non diplomati e meno qualificati all'occupazione attraverso un alleggerimento del costo del lavoro durante la prima fase di ingresso nel mondo del lavoro. Tali obiettivi sono stati ritenuti dalla Corte di giustizia conformi ai requisiti di legittimità stabiliti dall'art. 6.1 della direttiva 2000/78/CE, in quanto rispondenti a finalità di politica sociale rimesse alla discrezionalità degli Stati membri. Tuttavia la Corte non ha mancato di rilevare l'incoerenza (se non addirittura la contraddittorietà) di tali finalità osservando come sia arduo "simultaneamente favorire ciascuno di tali due gruppi (i diplomati e i non aventi titolo di studio) a scapito dell'altro" (punto 46 della sentenza). Inoltre la Corte ha rilevato che se è legittimo ricompensare l'esperienza acquisita, non lo è differenziare tale ricompensa in base all'età in cui tale esperienza viene effettuata.

Nella sentenza 12 gennaio 2010, C-229/08, *Wolf*, relativa al limite massimo di età per l'accesso al lavoro di vigile del fuoco, la Corte ha ritenuto la soglia di età massima legittima, in quanto giustificata dalla necessità di svolgere compiti che richiedono un rilevante impegno fisico. L'assunzione in età avanzata – ha rilevato la Corte- comporterebbe che un numero eccessivo di funzionari non potrebbe essere assegnato ai compiti più impegnativi, compromettendo il buon funzionamento del servizio. La sentenza è importante perché in questo caso la finalità per la quale era introdotta la differenza di trattamento in base all'età non rientra, come nella precedente giurisprudenza, tra gli obiettivi di politica sociale e più in specifico del mercato del lavoro che la Corte generalmente ammette (salvi i casi di palese contraddittorietà, come si è visto sopra), bensì tra le esigenze aziendali organizzative del datore di

[136] Corte di giustizia, 18 giugno 2009, C-88/08, *Hütter*

lavoro. Tuttavia si deve avvertire che le affermazioni della Corte paiono difficilmente estensibili a qualsiasi attività lavorativa e pare dunque difficile ritenere che in qualunque impresa le esigenze di particolare impegno fisico possano giustificare politiche del personale (e quindi anche politiche di previdenza occupazionale) differenziate in base all'età: i vigili del fuoco rientrano nel personale addetto a servizi di soccorso, per i quali la direttiva 2000/78/CE prevede espresse eccezioni. Inoltre è importante notare che il giudizio della Corte è avvenuto sulla base di una valutazione approfondita e tutt'altro che approssimativa: rilevante ai fini della valutazione dei giudici è stata infatti la produzione da parte del governo tedesco di specifici studi di medicina del lavoro dai quali emergeva chiaramente come le specifiche prestazioni dei vigili non possano essere svolte efficacemente da persone con oltre 45 anni (v. il punto 41). Ben diversa è stata infatti la conclusione della Corte nel caso *Kücükdeveci*[137], in cui i giudici hanno ritenuto del tutto inadeguata la finalità di assicurare flessibilità nella gestione dei rapporti di lavoro alla base dell'esclusione del periodo di lavoro antecedente il compimento dei 25 anni ai fini del calcolo dell'indennità di preavviso.

La questione più rilevante che il nuovo divieto di discriminazione per età pone è però quella della legittimità delle disposizioni che prevedono, con varie formulazioni, il pensionamento obbligatorio al raggiungimento dell'età pensionabile. L'accordo che prevede l'automatica cessazione del rapporto di lavoro al raggiungimento dell'età pensionabile è frequente nella contrattazione collettiva tedesca ed è esplicitamente fatto salvo dall'AGG, ma la dottrina tedesca dubita della sua legittimità. Si ritiene infatti che la deroga ammessa dall'art. 6 della direttiva 2000/78/CE riguardi solo i regimi pensionistici di primo pilastro, mentre per i regimi professionali si debba applicare la regola generale della giustificazione della differenza di trattamento così introdotta. Si afferma conseguentemente che né l'interesse del datore di lavoro alla programmazione del turn over aziendale e alla realizzazione di determinate politiche in materia di età del personale, né l'esigenza di fissare una soglia di età massima per evitare di sottoporre il lavoratore anziano a continue verifiche della persistenza della capacità e dell'idoneità di lavoro appaiono finalità legittime tali da giustificare la deroga al divieto di discriminazioni[138].

Nel Regno Unito il pensionamento obbligatorio ha costituito per lungo tempo un elemento strettamente connesso al sistema di previdenza

[137] Corte di giustizia, 19 gennaio 2010, C-555/07, *Kücükdeveci*, su cui v. *infra* nel testo, §**

[138] SCHIMDT, *Germany*, p. 37

complementare, le cui origini sono individuate proprio nello scambio tra automatica cessazione del rapporto di lavoro e pensione integrativa a prestazione definita, dove la fissazione di un'età massima di lavoro (normalmente inferiore a quella di accesso alla pensione statale) consentiva al datore di lavoro il ricambio occupazionale e il controllo della spesa pensionistica. Considerato dagli esperti inglesi discriminatorio, il sistema del *mandatory retirement* è stato rivisto dal legislatore con le recenti riforme. Alla cessazione del rapporto all'età stabilita contrattualmente è stato sostituito un meccanismo in base al quale il datore di lavoro che intenda licenziare il lavoratore a motivo del raggiungimento dell'età pensionabile deve dargli un lungo preavviso; il dipendente, nelle more del preavviso può richiedere la prosecuzione del rapporto e la richiesta deve essere valutata ma non necessariamente accolta dal datore di lavoro. Si cerca così di coniugare il divieto di discriminazioni per età con il delicato meccanismo di accesso alle pensioni occupazionali, ma il nuovo sistema è stato fortemente criticato, in quanto fonte di rilevanti difficoltà applicative e di contenzioso, e ciò soprattutto per la macchinosità con cui è formulato tutto il meccanismo dei termini di preavviso e per le scadenze temporali in esso previste[139].

Dal 1987 la legge francese non consente l'automatica cessazione del rapporto al momento del compimento dell'età pensionabile (cfr. artt. 122-14-12 e 122-14-13 Code du Travail) ma è legittimo e non deve essere giustificato il licenziamento in caso di raggiungimento dell'età che dà accesso alla pensione: ai 60 anni se la persona beneficia di una pensione complementare, ai 65 anni negli altri casi; dal 2010 non sarà più consentito alla contrattazione collettiva prevedere forme di pensionamento obbligatorio anticipato[140]. Anche in Olanda e in Italia è considerato legittimo il licenziamento della persona che ha raggiunto l'età pensionabile[141].

La questione della legittimità del licenziamento per accesso al pensionamento - affrontata ormai in diverse occasioni dalla Corte di giustizia – è alquanto delicata perché presuppone una chiara presa di posizione circa l'ampiezza della facoltà di deroga concessa dall'art. 6 della direttiva.

Con la sentenza 16 ottobre 2007, C-411/05, nel caso *Palacios de la Villa* la Corte è stata chiamata ad esprimersi sulla conformità al diritto comunitario della legge spagnola che affida ai contratti collettivi la

[139] KILPATRICK, *The New UK Retirement Regime,* cit., p.1 e spec. 8
[140] LAULOM, *France,* in SARGEANT (a cura di), *The Law on Age Discrimiation,* cit., p. 55 e spec. p. 75
[141] V. per l'Olanda DIJZEN, *The Netherlands,* cit., p. 169 e per l'Italia BONARDI, *Le discriminazioni basate sull'età*, cit., p.160

possibilità di prevedere forme di pensionamento obbligatorio. La questione era riferita alle prestazioni di previdenza di primo pilastro, ma il caso, come ha chiaramente affermato la Corte, riguardava le condizioni di lavoro, in applicazione della distinzione, da tempo affermata per la parità di genere[142], tra la cessazione del rapporto di lavoro – rientrante nelle condizioni di lavoro - e misure di previdenza legale (di primo pilastro). E' però ormai evidente che tale distinzione perde di significato quando si ha a che fare con la previdenza occupazionale, sia perché anch'essa riconducibile, come si è più volte rilevato, alle condizioni di lavoro, sia per la stretta connessione di fatto esistente tra i due istituti. Con una motivazione sbrigativa i giudici hanno ritenuto tali clausole conformi alla direttiva, in quanto rispondenti alla legittima finalità di politica sociale di promuovere l'accesso all'impiego "per mezzo di una migliore distribuzione di quest'ultimo sotto il profilo generazionale" (punto 53). La decisione solleva perplessità. Non tanto perchè la Corte considera assolutamente legittima la finalità occupazionale perseguita, quanto per la totale mancanza di un effettivo il giudizio di appropriatezza e necessarietà della misura stabilita, giudizio che viene molto sbrigativamente rinviato ai giudici nazionali[143]. In passato la Corte aveva invece affermato – con riferimento ad un caso di discriminazioni indirette di genere nella cessazione del rapporto di lavoro – che l'attitudine di un provvedimento a promuovere l'occupazione non costituisce una giustificazione sufficiente: lo Stato deve fornire anche elementi idonei sulla scorta dei quali si possa ragionevolmente ritenere lo strumento adottato idoneo al perseguimento del fine perseguito. In riferimento alla c.d. staffetta tra vecchi e giovani, diversi studi hanno posto seriamente in dubbio l'idea che il pensionamento degli anziani possa effettivamente contribuire alla creazione di posti di lavoro per i giovani. Tale idea si basa infatti su di una visione assai semplicistica del mercato del lavoro, smentita dai dati, dai quali emerge che i livelli di disoccupazione di vecchi e giovani non sono direttamente e non inversamente proporzionali[144].

In una seconda sentenza relativa al sistema di pensionamento inglese, noto come il caso *Heyday,* la Corte ha almeno parzialmente corretto il tiro ed è entrata maggiormente nel merito delle complesse questioni attinenti all'interpretazione dell'art. 6 della direttiva 2000/78/CE. Ribadita l'attinenza della materia alle condizioni di lavoro

[142] Corte di giustizia 26 febbraio 1986, C-152/84, *Marshall*; v., per la distinzione, BALLESTRERO, *La conciliazione tra lavoro e famiglia,* cit., p. 166

[143] Rileva che il giudizio viene effettuato in modo meno stringente anche LOI, *La ragionevolezza come predicato delle differenze di trattamento*, cit., p. 508

[144] V. FREDMAN, *The Age of Equality*, p. 27; Bonardi, *Le discriminazioni basate sull'età,* cit., p. 130 es.

coperte dalla direttiva, la Corte si è espressa sulla legittimità non più del pensionamento obbligatorio ma del licenziamento intimato in ragione del raggiungimento dell'età pensionabile. Ma in questo caso non si è trattato solo dell'età stabilita per l'accesso alla pensione statale (c.d. *SRA, Statutory Retirement Age*), ma anche di quella inferiore applicata nell'azienda e che coincide con l'età – stabilita contrattualmente o dal datore di lavoro - di accesso alla pensione occupazionale (c.d. *NRA, Normal Retirement Age*). La Corte in questo caso ha precisato che la differenza di trattamento può considerarsi legittima sulla base di finalità di politica e mercato del lavoro, ma non in ragione di "motivi individuali propri della situazione del datore di lavoro, come la riduzione dei costi o il miglioramento della competitività" (punto 46). Come in *Palacios de la Villa*, la Corte ribadisce che tale valutazione spetta al giudice nazionale, ma si premura di fornire alcune utili indicazioni, affermando che si deve dimostrare sia la legittimità della finalità perseguita, sia la proporzionalità del mezzo utilizzato "in funzione di un'elevata soglia probatoria" (punto 68).

Anche in un giudizio successivo la Corte, pur ribadendo che la valutazione della finalità di politica sociale è rimessa ai giudici nazionali, ha effettuato un severo giudizio di adeguatezza. L'analisi è stata particolarmente puntuale con riferimento al limite tedesco di 68 anni per lo svolgimento della professione di dentista con il regime convenzionato pubblico, dove solo le finalità di tutela della salute e la presenza di un complesso sistema di eccezioni e deroghe al limite massimo di età hanno portato al giudizio positivo della Corte, peraltro temperato e limitato sotto alcuni profili[145].

8. Lavoro non standard e previdenza complementare

Diversi fattori incidono in misura rilevante sull'accesso alle prestazioni di previdenza complementare dei lavoratori non standard: la precarietà dell'impiego, la riduzione d'orario e retribuzioni tropo basse costituiscono spesso degli ostacoli all'accesso e al godimento delle prestazioni di previdenza complementare. La situazione sembra particolarmente grave nei sistemi ad adesione volontaria, in quanto i livelli bassi di reddito e l'incertezza circa il proprio futuro occupazionale costituiscono fattori che incidono anche sulla scelta – che si è visto essere basata sulla struttura familiare molto più che sulla condizione individuale – di realizzare o no una forma di risparmio per il futuro, oltre che, ovviamente e prima ancora, sulla possibilità di farlo.

[145] Corte di giustizia, 12 gennaio 2010, C-341/08, *Petersen*.

Dal punto di vista giuridico, ad ogni modo, i principali problemi che si pongono sono quelli relativi ai limiti posti all'iscrizione e quelli relativi alla maturazione di requisiti minimi di anzianità contributiva per accedere alle prestazioni, a cui si aggiunge la complessa questione della conservazione dei diritti e della loro portabilità da un fondo all'altro a seguito del cambio di lavoro. Rinviando alle relazioni di carattere generale per quest'ultimo aspetto, si affronteranno qui le questioni specifiche derivanti dall'applicazione del principio di non discriminazione.

Per i lavoratori a tempo parziale e a termine una tutela deriva dall'applicazione del principio di parità rispetto agli altri lavoratori comparabili, come noto, sancito espressamente dalle direttive comunitarie 1997/81/CE e 1999/70/CE. La prima, in un'ottica di incentivazione del lavoro a tempo parziale, assicura, alla clausola 4, il diritto dei part-timer a non essere trattati in modo meno favorevole rispetto ai lavoratori a tempo pieno comparabili per il solo motivo di lavorare a tempo parziale, ferma restando l'applicazione, "ove opportuno", del principio del *pro rata temporis*. Agli Stati e/o alle parti sociali è inoltre consentito, previo espletamento di una procedura di consultazione e fermo restando l'obbligo di rivalutare periodicamente la situazione – prevedere che per accedere a determinate condizioni salariali o di impiego possano essere stabiliti particolari requisiti di anzianità o salariali.

Disposizioni analoghe sono contenute nella direttiva 1999/70/Ce in materia di contratto a termine, che alla clausola 4, dopo la statuizione del principio di parità di trattamento, sempre contemperato dal principio del *pro rata temporis*, prevede che "i criteri del periodo di anzianità di servizio relativi a particolari condizioni di lavoro dovranno essere gli stessi sia per i lavoratori a tempo determinato sia per quelli a tempo indeterminato, eccetto quando criteri diversi in materia di periodo di anzianità siano giustificati da motivazioni oggettive".

In entrambe le forme di lavoro dunque il principio di non discriminazione è contemperato, sul piano generale dalla possibilità di addurre giustificazioni oggettive (adeguate e proporzionate) della disparità di trattamento e dall'altro dalla facoltà concessa agli Stati di prevedere specifiche soglie per l'accesso a determinati diritti[146].

Un ulteriore specifico limite è inoltre contenuto nel punto 2 della clausola 1 della direttiva sul lavoro a tempo parziale, il quale consente agli Stati membri di escludere dall'ambito di applicazione delle tutele dei lavoratori a tempo parziale quelli che lavorano su base occasionale,

[146] Sul carattere compromissorio delle clausole di parità v. BARNARD *EC Employment Law, Oxford University Press, 2006,* p. 480

esclusione che, come noto, è stata ritenuta legittima dalla Corte di giustizia nella nota (e assai criticata) sentenza *Wippel*, relativa ad un contratto di lavoro a chiamata[147].

Sono esclusi dal campo di applicazione oggettivo del principio di parità di trattamento, in entrambe le direttive, i regimi di sicurezza sociale. Nulla si dice invece riguardo ai regimi di previdenza occupazionale, ma è ormai pacifico in dottrina che in linea generale questi rientrino nelle condizioni di lavoro e, quindi, nell'ambito di applicazione delle direttive, anche se si tratta di diritti ai quali sembrano attagliarsi perfettamente le possibilità di deroga concesse agli Stati membri. L'esclusione per legge o sulla base della contrattazione collettiva del lavoro minore da diverse forme di tutela è tuttora prevista in diversi paesi. Sia la legislazione francese, sia quella tedesca consentono alla contrattazione collettiva di introdurre deroghe al principio di non discriminazione; sono di conseguenza frequenti clausole dei contratti collettivi che limitano ai lavoratori a tempo pieno particolari indennità o benefici, anche se le Corti supreme nazionali affermano che le differenziazioni sono ammissibili solo in via eccezionale, sulla base di giustificazioni oggettive come il rendimento, la qualifica, le esperienze o altri requisiti professionali[148]. La *Cour de Cassation* francese è inoltre molto rigida nel delimitare le eccezioni ammesse, affermando che, salvo la materia retributiva, il principio di uguaglianza comporta l'attribuzione degli stessi diritti e, in particolare, che l'anzianità di servizio deve essere considerata in base alla complessiva durata del rapporto e non riproporzionata.

Si riporta che in Olanda un quinto dei lavoratori a termine lamenti di non aver accesso alla pensione[149]; e che in Svezia i lavoratori a termine sono iscritti ai fondi di previdenza complementare solo se il rapporto di lavoro ha durata di almeno due mesi[150].

Nel Regno Unito le pensioni occupazionali sono state tradizionalmente e per un lungo periodo tipicamente associate con il tempo pieno: generalmente i lavoratori part-time o con retribuzioni basse non erano ammessi[151]. Le soglie minime per accedere alla tutela sono

---

[147] Corte di giustizia CE 12 ottobre 2004, C-313/02, *Wippel*

[148] V. FUCHS, *The Transposition of EU Antidiscrimination legislation into German Labour Law,* W.P. C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".INT-53/07

[149] HOUWING, VERHOULP, VISSER, *The Netherlands*, in CARUSO, SCIARRA (a cura di), *Flexibility and Security in Temporary Work: a Comparative and European Debate*, W.P. C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".INT 56/07, in http://www.lex.unict.it/eurolabor/ricerca/wp/int/caruso_sciarra_n56-2007int.pdf

[150] ENGBLOM, *Sweden*, in CARUSO, SCIARRA (a cura di), *Flexibility and Security*, cit., p. 101.

[151] FREDMAN, *The Poverty of Equality*, cit., p. 92

state abolite nel Regno Unito nel 1995 con l'approvazione delle *Employment Protection (Part-Timer Employees) Regulations*. Ma sussistono tuttora limiti di tipo diverso, causati dalla presenza di altre soglie di reddito. Anzitutto *il contract out* è ammesso solo al superamento della soglia di £4,940. Al di sotto di tale limite l'adesione ai sistemi di previdenza complementare può essere solo aggiuntiva e non sostitutiva della pensione pubblica, ciò che aumenta per il futuro la tutela previdenziale, ma che nell'immediato può costituire un disincentivo in ragione della doppia contribuzione che in questo modo si deve pagare. Inoltre, secondo il nuovo regime destinato ad entrare in vigore nel 2010, l'iscrizione automatica alla previdenza complementare sarà subordinata al raggiungimento di un reddito previsto in proiezione di £ 5,035 all'anno (€ 4.175, 52), se non lo si raggiunge, l'adesione è rimessa alla libera scelta del singolo[152]. Con specifico riferimento ai lavoratori a termine si deve inoltre osservare che le *Fixed-term Employees (Prevention of Less Favourable Treatment) Regulations 2002*[153] non contengono disposizioni espresse in materia di accesso alle pensioni occupazionali, dovendosi pertanto applicare la regola generale del divieto di trattamenti meno favorevoli sancita dall'art. 3. Tuttavia, nel sito del Governo britannico, si segnala che il lavoratore a termine ha diritto di accesso alle pensioni occupazionali, ma a condizione che il rapporto abbia durata superiore ai due anni[154].

In Italia la disciplina della previdenza complementare di cui al d. lgs. 252/07 si applica a tutti i lavoratori, indipendentemente dal tipo di contratto stipulato, sia esso a termine, part-time o riconducibile alle altre forme di lavoro disciplinate dal d. lgs. n. 276/03. E' però anche qui segnalata la presenza di fondi che escludono lavoratori con contratti a termine di durata inferiore a 3 mesi[155].

Anche in Germania il problema delle soglie minime si è posto considerevolmente, portando a importanti interventi da parte della Corte di giustizia Ce. Qui la strada verso la parità dei lavoratori non standard è, come noto, passata anzitutto dalla tutela di genere: le discriminazioni soprattutto nell'accesso alla previdenza occupazionale dei lavoratori a

---

[152] V. http://www.direct.gov.uk/en/Pensionsandretirementplanning/Companyandpersonalpensions/DG_183783

[153] In http://www.opsi.gov.uk/si/si2002/20022034.htm#3

[154] http://www.direct.gov.uk/en/Employment/Employees/EmploymentContractsAndConditions/DG_10027735

[155] RENGA, *Study of the gender dimension and discrimination in social protection, cit.*, p. 32

orario ridotto sono infatti state in prima battuta considerate discriminazioni indirette di genere, tutelate pertanto dall'art. 141 TCE (ora art. 157 TFUE). Il *leading case* è rappresentato dalla sentenza della Corte di giustizia nel caso *Bilka*[156], nella quale i giudici hanno ritenuto discriminatorio escludere i dipendenti ad orario ridotto dal regime pensionistico aziendale, qualora dalla decisione sia colpito un numero molto più elevato di donne che di uomini, a meno che non si dimostri che detto provvedimento sia dovuto a considerazioni obiettive ed estranee a qualsiasi discriminazione basata sul sesso[157]. In un altro caso la Corte si è occupata dell'esclusione dal diritto all'indennità di malattia previsto dalla legge tedesca dei lavoratori che prestano servizio meno di 10 ore al giorno o di 45 al mese, affermando che si tratta di una discriminazione vietata dall'art. 119 TCe (ora art. 157 TFUE) qualora il lavoro minore sia svolto da un numero significativamente più alto di donne[158]. Ad analoga conclusione è giunta la Corte con riferimento al diritto stabilito dal contratto collettivo ad un premio annuale, dal quale erano esclusi i lavoratori con orario inferiore alle 15 ore settimanali o a una determinata soglia di reddito[159]. Solo con riferimento ai regimi di previdenza sociale obbligatoria la Corte[160] ha ritenuto legittima l'esclusione dei lavoratori con orario inferiore a 15 ore settimanali, in quanto giustificata da una finalità di politica sociale, individuata nel fine di non scoraggiare queste forme di lavoro e di evitare che vengano effettuate in modo sommerso.

Quanto ai requisiti minimi di accesso alle prestazioni, la situazione più problematica risulta quella svedese, essendo sono richiesti 30 anni di contribuzione, ridotti proporzionalmente in caso di attività ridotta. A questo requisito si aggiungeva però un altro limite: il riconoscimento dell'anzianità avveniva su base annuale e solo a condizione che nell'anno si fosse raggiunta una soglia minima di attività calcolata in percentuale sul tempo pieno (il 20%, pari a 8 ore settimanali, per gli impiegati, 832 ore per gli operai, il 40% dell'orario per i dipendenti pubblici). Come riportato nella relazione di Corti e Sartori, tali soglie sono state eliminate con la legislazione attuativa delle direttive 1997/81/Ce in materia di lavoro a tempo parziale e 1999/70/Ce in materia di lavoro a termine[161].

---

[156] Corte di giustizia Ce, 16 maggio 1986, C-170/84, *Bilka*
[157] V. anche Corte di giustizia 10 febbraio 2000, C-50/96 *Deutsche Telekom AG*; sui problematici effetti retroattivi della sentenza v. IZZI, *I fondi pensione e il principio di parità di trattamento*, cit., p. 70
[158] Corte di giustizia, 13 luglio 1989, c-171/88, *Rinner-Kuehn*
[159] Corte di giustizia**,** 9 settembre 1999, C-281/97, *Krüger*
[160] Corte di giustizia, 14 dicembre 1995, C-317/93, *Nolte*
[161] V. la relazioen di CORTI e SARTORI.

E' sotto quest'ultimo, sia pure limitato, profilo che la Corte di giustizia compie un vero e proprio salto di qualità con la recente sentenza *Inps*[162] che pur non riguardando direttamente i regimi di previdenza complementare ha comunque implicazioni assai rilevanti. Anzitutto la Corte amplia considerevolmente l'ambito di applicazione dell'art. 141 TCE (ora art. 157 TFUE), qualificando come retribuzione tutte le pensioni che dipendono da un rapporto di lavoro che lega il lavoratore al datore di lavoro, ad esclusione di quelle derivanti da un sistema legale al cui finanziamento contribuiscono i lavoratori, i datori di lavoro e, eventualmente, i pubblici poteri in misura meno dipendente da un rapporto di lavoro siffatto che da considerazioni di politica sociale"[163]. Si supera così (un'altra volta) la distinzione tra regimi legali di sicurezza sociale e regimi professionali: quanto paventato (ma non ancora del tutto avveratosi) rispetto alla parità di genere trova ora applicazione analogica al lavoro atipico: in sostanza, tutte le prestazioni connesse all'attività lavorativa rientrano nelle condizioni di lavoro. E se questa regola ha potuto essere espressa dalla Corte con riferimento al regime generale di invalidità, vecchiaia e superstiti dell'Inps – regime sinora pacificamente considerato di previdenza sociale legale e ricondotto (per quanto riguarda le discriminazioni di genere) nell'ambito di applicazione della direttiva 79/7/CEE – a maggior ragione sarà valida per i regimi di previdenza complementare. In conclusione: i trattamenti previdenziali erogati da regimi di previdenza professionale – siano essi integrativi o sostitutivi di quelli obbligatori, siano essi erogati dal datore di lavoro direttamente o da fondi appositamente costituiti o da enti pubblici (si pensi al caso del fondo residuale Inps) – sono soggetti al divieto di discriminazioni nei confronti dei lavoratori a tempo parziale sancito dalla clausola 4 della direttiva 97/81/CE; ma alla stessa conclusione si può pacificamente giungere anche per quanto riguarda i lavoratori a termine in base alla clausola 4 della direttiva 99/70/CE.

La sentenza della Corte quindi rimette seriamente in discussione la legittimità di alcune disposizioni che limitano fortemente le possibilità di accesso dei lavoratori non standard alle prestazioni di previdenza complementare.

Più complesso è stabilire quali siano le potenzialità e i limiti di una simile estensione. In primo luogo, si deve anzitutto rilevare che l'affermazione è per ora limitata al criterio del calcolo dell'anzianità necessaria al fine della fruizione del diritto alle prestazioni e non si estende alla loro entità, che rimane vincolata al principio del *pro rata*

[162] Corte di giustizia, 10 giugno 2010, C-395/08 *Inps*
[163] Cfr. il punto 41 della sentenza C-.395/08, *Inps*

temporis. Un ulteriore limite che sembra ravvisabile e che peraltro è tutt'altro che irrilevante attiene all'ambito di applicazione della nuova dottrina della Corte. Tra i criteri delineati dai giudici perché una prestazione pensionistica rientri nella nozione di retribuzione spicca in particolare quello del calcolo della prestazione pensionistica in base all'ultima retribuzione. Criterio abbondantemente utilizzato quando si è trattato di valutare la legittimità dei regimi previdenziali dei dipendenti pubblici, ma non espressamente considerato quando si è trattato dei regimi di previdenza integrativi. Se tale requisito venisse considerato di generale validità, sarebbe presto destinato a minare alle fondamenta i pochi risultati sinora raggiunti in materia di parità nel campo della previdenza, in quanto verrebbero esclusi tutti i regimi – oggi in tendenziale aumento in tutta Europa – a contribuzione definita. Ma come si è visto, nella sentenza *Maruko* la Corte ha ribadito l'applicazione del principio di parità a tutti i regimi di previdenza occupazionale, indipendentemente dalle modalità di calcolo delle prestazioni. Si può quindi dubitare che il criterio della commisurazione della prestazione all'ultima retribuzione abbia effettivamente valenza discretiva. Non l'ha avuta con riferimento al caso italiano, né per quanto riguarda la legittimità della differenza di età pensionabile nel regime obbligatorio dei dipendenti pubblici né nel caso del calcolo delle prestazioni pensionistiche dei lavoratori con part-time verticale. Il discrimine tra ciò che rientra nelle condizioni di retribuzione e di lavoro, protetto dal principio di parità e ciò che rientra nel campo della previdenza e sicurezza sociale, escluso dall'ambito di applicazione delle regole sancite nelle direttive comunitarie sembra essere piuttosto un altro, e cioè la presenza – più o meno preponderante – di elementi pensionistici aggiuntivi finanziati mediante la fiscalità generale e di elementi ridistributivi solidali delle prestazioni.

L'ambito di applicazione del principio di parità sembra quindi decisamente ampliato, con rilevanti implicazioni sul piano istituzionale. In primo luogo perchè un'altra volta sembra superato il dettato normativo delle direttive antidiscriminatorie di nuova generazione e di quelle in materia di lavoro atipico, che espressamente escludono dal proprio campo di applicazione i profili di sicurezza sociale. E' senz'altro presto per poter valutare quali potranno essere le conseguenze future di un simile ampliamento, ma si può sin da ora osservare che, ancora una volta, l'estensione dei divieti di discriminazione appare diretta conseguenza della volontà di applicare i principi fondamentali dell'ordinamento. Si legge infatti nel punto 28 della sentenza che, poiché non si può desumere espressamente dalle clausole dell'accordo quadro "se le condizioni di lavoro o le condizioni d'impiego (..) comprendano o meno le condizioni attinenti ad elementi quali le retribuzioni e le pensioni (…) si devono

prendere in considerazione (…) il contesto e gli obiettivi perseguiti dalla normativa cui appartiene tale clausola". Al punto 31 della sentenza si rileva, proseguendo il discorso, che la clausola di parità persegue "un fine che rientra tra gli obiettivi fondamentali inscritti nell'art.1 dell'accordo sulla politica sociale e ripresi all'art.136, primo comma, CE, come pure al terzo comma del preambolo del TFUE e ai punti 7 e 10, primo comma, della Carta comunitaria dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori". Da tali obiettivi discende "un principio di diritto sociale che non può essere interpretato in modo restrittivo" (punto 32). La Corte non menziona affatto la Carta dei diritti fondamentali di Nizza e non valuta in alcun modo se questa abbia un impatto sulla questione che le è stata sottoposta, ma è evidente che la prospettiva appare significativamente mutata.

Se la Corte di giustizia sembra aver posto un argine alle difficoltà derivanti dalla modalità di calcolo pro rata dell'anzianità necessaria per l'accesso alle prestazioni pensionistiche, restano ancora irrisolti – ed evidenti in tutta la loro portata – altri rilevanti problemi. Non ha risposta, allo stato attuale, la questione delle eventuali limitazioni nell'accesso alla previdenza complementare che si possono porre con riferimento ad altre importanti forme di lavoro e, in particolare i vari istituti contrattuali di lavoro a chiamata (c.d. secondo il fabbisogno o *job on call*). Si tratta di forme di lavoro che la Corte di giustizia nel caso *Wippel* ha ritenuto legittime ma per le quali la stessa ha escluso la possibilità di applicazione del principio di parità di trattamento, in quanto riguardanti "rapporti di lavoro aventi oggetto e causa differenti" e pertanto "non comparabili". Si deve peraltro rilevare che nel caso Wippel ad essere posto in discussione non era il trattamento meno favorevole riservato ai lavoratori aventi questo tipo di rapporto, quanto la legittimità in sé del contratto di lavoro secondo il fabbisogno. L'oggetto della controversia era la rivendicazione da parte della sig.ra Wippel del diritto a una retribuzione corrispondente all'orario pieno di lavoro, benché la stessa avesse effettivamente lavorato molto di meno. I giudici inoltre in quel caso avevano comunque ricondotto in linea di principio il contratto di lavoro secondo il fabbisogno nell'alveo della tutela apprestata dalla direttiva 97/81/CE, sicchè è presumibile che sia stato proprio il fatto che la lavoratrice avesse rivendicato una retribuzione non ridotta secondo il principio del *pro rata temporis* ad aver determinato la decisione del giudice. Il caso *Wippel* pare dunque costituire, ad avviso di chi scrive, più un incidente di percorso che un ostacolo al riconoscimento del diritto alla parità di trattamento dei lavoratori a chiamata.

Il più grande ostacolo all'acquisizione delle prestazioni previdenziali del lavoro non standard sembra rimanere tuttora quello dell'esiguità dei

contributi versati, dovuta sia ai bassi salari, sia alle frequenti interruzioni di carriera, e, più in generale, all'alternanza tra periodi di lavoro e di non lavoro. Una prima, e forse la più rilevante, questione è dunque quella relativa alla possibilità di accumulare contributi e anzianità lavorativa durante i periodi di disoccupazione e/o di non lavoro.

Il *Pension Act* britannico del 2008 ha tentato di porre un parziale rimedio al problema attraverso l'obbligo per i datori di lavoro di iscrivere i lavoratori ai fondi occupazionali e creando forme c.d. di personal account al fine di consentire a chi si trova in una fase di interruzione della carriera di continuare a versare i contributi, ma risulta che le adesioni siano state veramente limitate: secondo i dati, solo lo 0,1% delle persone che non lavorano aderisce[164]. E' previsto che a partire dal 2012 l'adesione alla previdenza complementare sia automatica, ma rimangono, come si è già rilevato, alcuni importanti limiti.

La legislazione francese prevede un sistema di calcolo *ad hoc* per le pensioni complementari dei lavoratori part-time e consente loro di aumentare la contribuzione fino a raggiungere una somma pari a quella versata dal lavoratore a tempo pieno[165].

In Italia al lavoratore è consentito espressamente per legge di proseguire il versamento dei contributi anche in assenza di lavoro, ma solo nel caso in cui si sia già raggiunta l'età pensionabile e si abbia almeno un anno di contribuzione. Solo alle persone che svolgono lavoro di cura non retribuito derivante da responsabilità familiari è consentito il versamento anche saltuario e occasionale[166]. La regola generale prevede che in caso di cessazione del lavoro la posizione del lavoratore sia conservata, ma resti, per così dire quiescente, fino all'inizio di un nuovo lavoro. Solo in alcune limitatissime situazioni particolari sono previste forme di sostegno del lavoratore da parte degli enti bilaterali (nel caso del lavoro temporaneo) o delle regioni (Trentino Alto Adige)[167].

[164] SARGEANT, *Gender Equality and the Pensions Acts 2007-2008, ILJ*, 2009, p. 146
[165] V. il sito dell'ARRCO http://www.agirc-arrco.fr/particuliers/cotiser-pour-la-retraite/travail-a-temps-partiel/
[166] Per questi aspetti si rinvia a RENGA, *Study of the gender dimension and discrimination in social protection, cit.,* p. 32
[167] V. RAVELLI, *Lavoro discontinuo e tutela previdenziale*, Brescia, 2007, p. 105 ss.

PARTE TERZA: DOPO LISBONA

9. Il quadro d'insieme

Ci si è posti all'inizio di questa ricerca una serie di domande da cui muovere per valutare quali siano i problemi che la disciplina della previdenza complementare pone con riferimento a determinate categorie di soggetti svantaggiati. Il quadro che emerge dalla ricognizione effettuata non appare – per usare un eufemismo – del tutto appagante. L'applicazione del principio di non discriminazione nel campo della previdenza complementare per le donne - i soggetti ai quali la tutela è apprestata in modo più intenso e da più tempo – ha consentito alcuni importanti progressi, ma sulle questioni più delicate e importanti il bilancio appare negativo. La questione della diversa età pensionabile si è visto, ha trasformato il diritto antidiscriminatorio da strumento nato e costruito a difesa dei soggetti più deboli in un'arma utilizzata dai soggetti più forti (in questo caso gli uomini) per accedere a determinati benefici. Le questioni fondamentali della scelta dei sistemi di calcolo delle prestazioni – a contribuzione piuttosto che a prestazione definite – delle modalità di utilizzo dei calcoli attuariali e, più in generale, della presenza nei sistemi di previdenza complementare di elementi ridistributivi rimangono nel migliore dei casi rimessi alla discrezionalità dei legislatori nazionali e in molte situazioni sono rimesse alle decisioni della contrattazione collettiva, dei fondi pensione o dei datori di lavoro. Qualche novità si delinea all'orizzonte solo per quanto riguarda la tutela della posizione contributiva durante i periodi di fruizione dei congedi di maternità e parentali, ma si tratta di misure ancora da realizzare e in ogni caso insufficienti rispetto alle questioni di fondo che si pongono.

La tutela delle coppie conviventi non coniugate e più in specifico delle coppie omosessuali registra anch'essa luci e ombre: ai modesti passi avanti fatti dalla Corte di giustizia fa da pendant l'ampia discrezionalità concessa agli Stati membri nella disciplina dello stato civile. Discrezionalità che da taluni Paesi è stata da questi strenuamente difesa nonostante i ripetuti inviti delle istituzioni comunitarie[168].

L'età si è rivelato il fattore più problematico e fonte di elevatissima litigiosità. Qualche aspetto positivo si registra, soltanto indirettamente, con riferimento alla tutela dei giovani, ove questi siano esclusi in ragione dell'età dall'iscrizione ai fondi o nel calcolo della contribuzione, ma sulla questione più delicata dello scambio tra prestazione di previdenza

[168] Ci si riferisce alla sentenza della Corte costituzionale italiana n. 139/10

complementare e pensionamento obbligatorio la situazione appare tuttora incerta.

I lavoratori non standard risultano in estrema difficoltà sul piano della tutela previdenziale, i passi avanti importantissimi della Corte di giustizia in questo campo sono stati fondamentali ma risultano ancora modesti rispetto ai problemi che la flessibilità del lavoro pone in termini di raggiungimento di pensioni adeguate. E la questione è ancora più grave se si considera che la maggior parte dei lavoratori non standard è costituita in tutta Europa da donne e giovani, sicchè ad essere colpite risultano sempre le stesse categorie di soggetti.

Sulla situazione attuale e sulle prospettive di evoluzione pesa in ogni caso il problema dei problemi: quello dell'adeguatezza delle pensioni. Il modello di previdenza a capitalizzazione a contribuzione definita in particolare si è rivelato del tutto inadeguato a coniugare la sostenibilità economica con la garanzia di prestazioni per la vecchiaia sufficienti. La questione si pone in termini profondamente drammatici nei paesi post-comunisti, dove questo modello ha sostituito i sistemi, già dilaniati, di previdenza sociale pubblici, ma è evidente anche in paesi con solide tradizioni previdenziali, come l'Italia o il Regno Unito, dove la crisi economica ha colpito profondamente i fondi previdenziali.

10. Le prospettive di riforma

Rispetto alla gravità della situazione, gli interventi che sarebbero necessari sono numerosi, onerosi e di difficile attuazione. Pesano sicuramente sulla situazione la farraginosità della legislazione, sia comunitaria, sia degli Stati membri, le ancora elevate diversità nazionali, ma soprattutto le scelte di politica sociale perseguite sia a livello nazionale, sia a livello comunitario.

La via per la soluzione dei complessi problemi che si pongono è necessariamente una via politica di riforma e riconsiderazione complessiva dei sistemi di protezione sociale. Come è stato da altre parti evidenziato[169], previdenza e diritto antidiscriminatorio sono entrambi tecniche di ridistribuzione delle opportunità e della ricchezza e sussistono fortissimi nessi di interdipendenza tra di essi: è impensabile che l'uno possa realizzare i propri obiettivi senza l'altro. Ma proprio per questo è altresì impensabile concepirli come due forme di tutela tra loro alternative e interscambiabili: senza una riforma dei sistemi di welfare il diritto antidiscriminatorio potrà contribuire ben poco a garantire pensioni

[169] V. BARBERA, *Introduzione. L'effetto trasversale del principio di non discriminazione*, RGL, 2008, I, p. 469; BONARDI, *Diritto alla sicurezza sociale e divieti di discriminazione*, *Ibidem,* p. 565

adeguate; ma a loro volta i sistemi di welfare non possono realizzare le proprie finalità se non sono formulati in modo da tenere conto del loro impatto sulle categorie di soggetti tradizionalmente discriminate. Qualche timido percorso di riforma è stato avviato da parte di alcuni Stati (si allude in particolare alle più recenti riforme adottate dalla Svezia e dal Regno Unito, di cui si è detto nel corso della trattazione) ma appare senz'altro necessario un poderoso intervento comunitario. L'attuazione della direttiva sui congedi parentali (v. *retro* § 5) rappresenta un primo passo verso un sistema previdenziale maggiormente adeguato. Pochi progressi ci si possono invece aspettare dall'approvazione della "Proposta di direttiva del Consiglio recante applicazione del principio di parità di trattamento fra le persone indipendentemente dalla religione o le convinzioni personali, la disabilità, l'età o l'orientamento sessuale" del 2 luglio 2008[170]. Essa appare troppo attenta a non pregiudicare le competenze degli Stati membri in materia di stato coniugale o di famiglia (art. 3 e 17° considerando), troppo compromissoria nel salvaguardare la libertà di utilizzo di fattori attuariali e di rischio nell'offerta di servizi assicurativi, bancari e finanziari (art. 2, c. 7 e 15° considerando), e troppo incerta nell'estendere la tutela al campo della sicurezza sociale. Se questa è infatti da un lato sancita chiaramente dall'art. 3, c.1, dall'altro però è temperata dalla possibilità di prevedere giustificazioni alle discriminazioni dirette per età nell'accesso alle prestazioni sociali (art. 2, c.6) e dalla salvezza delle competenze degli stati membri in questo campo, prevista nell'11° considerando sia con riferimento alla sicurezza sociale, sia con riguardo ai servizi di interesse economico generale.

Qualche piccola luce si intravede nel coordinamento delle politiche pensionistiche. Nella Relazione Congiunta per il 2009 sulla Protezione e sull'Inclusione Sociale[171] si rileva la persistenza di profonde disuguaglianze, si sottolinea la necessità di impedire l'uscita dal mercato del lavoro e, soprattutto, si dedica particolare attenzione al problema degli effetti negativi della disoccupazione sull'adeguatezza delle pensioni, in particolare per le donne e per i lavoratori a basso reddito. Pochi sembrano tuttavia i suggerimenti per l'avvio di rilevanti processi di riforma. Benché rafforzato dall'art. 5 TFUE[172], il metodo del coordinamento aperto sinora stenta a produrre effetti significativi nel campo pensionistico, non solo per i problemi relativi alla sua scarsa istituzionalizzazione, ma anche per le difficoltà più tecniche relative alla

[170] COM (2008)426 def.
[171] Commissione Europea, Direzione generale per l'occupazione, gli affari sociali e le pari opportunità, Unità E2 e E4, *Relazione Congiunta per il 2009 sulla Protezione e sull'Inclusione Sociale*, giugno 2009
[172] CARUSO*, I diritti sociali fondamentali dopo il trattato di Lisbona, cit.,* p. 7

definizione di un livello adeguato di prestazioni e soprattutto all'individuazione di metodi di valutazione e di indicatori generalmente condivisi. Ove esistenti, inoltre, questi appaiono tuttora costruiti sul modello idealtipico del lavoratore occupato a tempo pieno, che arriva al pensionamento all'età di 65 anni avendo maturato 40 anni di contributi[173].

Sono numerosi gli atti comunitari che si pongono il problema e si fanno carico di tenere nella giusta considerazione la questione dell'adeguatezza delle prestazioni pensionistiche da parte dei gruppi svantaggiati[174]. Ma solo recentemente si è raggiunta una maggiore consapevolezza, in particolare da parte del Social Protection Commettee, che nella sua relazione su Private Pensions Schemes, afferma chiaramente che sussiste un serio problema di adeguatezza delle prestazioni, dipendente in buona parte dall'utilizzo dei sistemi a contribuzione definita (p.12) e che espone soprattutto le persone le cui carriere sono soggette a interruzioni e i gruppi più vulnerabili al rischio di povertà (p.13).

L'ultimo approdo comunitario è il Libro Verde, intitolato Verso sistemi pensionistici adeguati, sostenibili e sicuri in Europa, della Commissione del 7 luglio 2010, con il quale si apre una consultazione sul futuro dei sistemi pensionistici, al fine di garantire "il massimo sostegno ai pensionati attuali e futuri, comprese le categorie vulnerabili" (p.2). Tra i temi affrontati ampio spazio è dedicato alle questioni della sostenibilità dei sistemi pensionistici, alle garanzie di solvibilità dei fondi e alla portabilità delle pensioni di previdenza complementare. Ma si pongono anche le importanti questioni dell'aumento del rischio di inadeguatezza delle prestazioni (p.6), dei rischi connessi alla responsabilizzazione dei singoli nella realizzazione del risparmio pensionistico e degli effetti che la stretta connessione tra i vari pilastri pensionistici e l'aumento del rischio hanno sulle categorie più vulnerabili. Un particolare aspetto problematico che viene sottolineato, sotto questo profilo è quello della mancanza di forme di accredito compensativo durante i periodi di non lavoro dovuti a disoccupazione, malattia o all'impegno in lavoro di cura (p.9).

---

[173] Per tutti questi aspetti v. RAVELLI, *Il MAC/Pensioni nel quadro del coordinamento delle politiche sociali comunitarie*, RDSS, 2009, p. 593

[174] V. tra i molti, le conclusioni del Consiglio dell'8 giugno 2009 su "*Equal opportunities for women and men: active and dignified ageing*", che sollecitano gli Stati a tenere conto del maggior rischio di povertà delle donne nella riforma dei sistemi pensionistici, tenendo conto delle interruzioni di carriera dovute a compiti di cura e ad impedire la creazione di ulteriori trappole di dipendenza (dependency traps), nonché le conclusioni del Consiglio sulla flessicurezza in tempi di crisi del 9 giugno 2009 prevedono il "*full utilisation of modern social protection systems in line with the principle of flexicurity, subsidiarity and sustainability of public finances*".

Nel Libro verde è altresì affrontato il problema strutturale posto dai sistemi pensionistici a contribuzione definita, che riguardano 60 milioni di europei, che hanno il vantaggio di allungare la vita attiva delle persone, ma che pongono a carico degli affiliati i rischi di investimento, di inflazione e longevità, rischi a cui è ben difficile fare fronte individualmente (p. 15). Per contro, si osserva che i sistemi a prestazione definita pur offrendo maggiori certezze rischiano oggi di essere insostenibili per i datori di lavoro. Si cercano quindi dei correttivi ad entrambi i sistemi, che sono individuati nel passaggio a regimi "ibridi", che prevedano la garanzia di rendimenti e trattamenti minimi, o che calcolino le prestazioni in parte con il metodo contributivo e in parte in base alle retribuzioni percepite durante tutta o una parte della vita lavorativa o altre vie che consentano di giungere a una maggiore condivisione dei rischi. La Commissione chiede dunque se sia necessaria una regolamentazione europea o codici di buone pratiche per aiutare gli Stati a raggiungere un migliore equilibrio tra rischi, sicurezza e accessibilità finanziaria.

11. La leva di Archimede

Aspettando gli esiti della consultazione, ci si chiede quale contributo possano dare le alte Corti nell'opera di rimozione di alcuni significativi ostacoli all'uguale godimento dei diritti previdenziali.

All'inizio di questa ricerca ci si era posti il quesito se i divieti di discriminazione potessero rappresentare un efficace strumento di tutela nel campo della previdenza complementare e se potessero costituire una sorta di leva di Archimede, tale da garantire il rispetto dei diritti fondamentali a prescindere dai comportamenti degli Stati e dal riparto di competenze tra questi e le istituzioni comunitarie. Ragionando sui divieti di discriminazione in generale pochi anni fa Marzia Barbera rispondeva al quesito affermando che le tecniche di tutela utilizzate dal diritto comunitario "mal si prestano a quel processo di stabilizzazione dei diritti fondamentali che può consentir loro di correggere le derive deregolative insite nell'impostazione attuale delle politiche comunitarie". Per fare questo, proseguiva Marzia Barbera, "l'Europa ha ancora bisogno di una costituzione"[175].

Ci si chiede dunque, con l'entrata in vigore dei nuovi Trattati e con il riconoscimento della stessa efficacia giuridica alla Carta dei diritti fondamentali, quale ulteriore contributo possano ora dare le alte Corti ai problemi sopra evidenziati. Un primo importante progresso si è peraltro

[175] BARBERA, *Introduzione. Il nuovo diritto antidiscriminatorio: innovazione e continuità, in BARBERA (a cura di) Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, Milano, 2007, XLVI

già registrato, sotto il profilo dell'efficacia del principio di parità. In *Mangold*, come noto, la Corte si era spinta molto avanti, affermando che "i diritti fondamentali fanno parte integrante dei principi generali del diritto dei quali la Corte garantisce l'osservanza" a prescindere dalla scadenza delle direttive che vi danno attuazione. Si era superata così la dottrina *Grant*, secondo la quale invece il riconoscimento dei diritti fondamentali non può "di per sé comportare un ampliamento dell'ambito di applicazione delle disposizioni del Trattato oltre i poteri della Comunità"[176]. Un passo indietro si era poi realizzato con le sentenze *Bartsch* e *Navas*: in entrambe i casi la Corte ha negato l'azionabilità del diritto a non essere discriminato in assenza di una specifica previsione normativa di diritto derivato[177]. La Corte ritorna ora per l'ennesima volta sui suoi passi, dando al principio di parità un'efficacia che va oltre i confini tradizionali. In *Kücükdeveci*[178] si stabilisce che "la necessità di garantire piena efficacia al principio di non discriminazione in base all'età, quale espresso concretamente nella direttiva 2000/78, comporta che il giudice nazionale, in presenza di una norma nazionale, rientrante nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione, che ritenga incompatibile con tale principio e per la quale risulti impossibile un'interpretazione conforme a quest'ultimo, deve disapplicare detta disposizione, senza che gli sia imposto né gli sia vietato di sottoporre alla Corte una domanda di pronuncia pregiudiziale". La questione non riguardava un rapporto tra cittadino e Stato, ma tra privati: l'efficacia del diritto antidiscriminatorio comunitario dunque travalica gi stretti limiti dell'efficacia solo verticale riconosciuta alle direttive, assumendo la stessa piena efficacia diretta orizzontale del diritto primario.

Si potrebbe andare anche oltre? Si potrebbe ritenere in altri termini che già oggi i divieti di discriminazione operino comunque, al di là del riparto di competenze e al di là dei limiti e delle deroghe stabilite nelle direttive? già nella sentenza *Inps*, si è visto, il diritto a non essere discriminati è stato applicato, sia pure attraverso un'argomentazione ellittica e temperandolo con il rinvio alla valutazione del legislatore nazionale, oltre i confini delle competenze comunitarie, superando il campo di applicazione della direttiva in materia di lavoro a tempo parziale. In numerose sentenze la Corte di giustizia ha affermato che tale principio si applica anche alla retribuzione e al licenziamento, materie queste, rimesse alla competenza statale[179]. Più problematico è rispondere

[176] Corte di giustizia, 17 febbraio 1998, C-249/96, *Grant*, §45
[177] V. PERUZZI, *Da mangold in poi, cit.,* p.105, per il quale nella giurisprudenza successiva a Mangold la Corte avrebbe fatto di tutto per ritornare sui suoi passi.
[178] Corte di giustizia 19 gennaio 2010, C-555/07
[179] V. CARUSO*, I diritti sociali fondamentali dopo il trattato di Lisbona , cit.,* p.16

al quesito se le nuove disposizioni consentano di travalicare i confini delineati dall'ambito di applicazione delle direttive comunitarie, ovvero se si possa andare oltre lo stretto limite delle condizioni di lavoro posto dalla direttiva 2000/78/CE e se, per quanto riguarda il genere, si debbano oggi ritenere superate le deroghe e le eccezioni contenute nelle direttive comunitarie. Indirettamente una risposta negativa a tale quesito è contenuta nella sibillina affermazione della Corte nella sentenza *Kücükdeveci*, nella quale i giudici hanno affermato sì l'efficacia diretta orizzontale del principio di non discriminazione in quanto principio che preesiste alla direttiva 2000/78/CE, ma hanno altresì scritto che il compito del giudice è quello di assicurarne il rispetto del "principio di non discriminazione in ragione dell'età, *quale espresso concretamente nella direttiva 2000/78*" (c.m.), sembrando così limitarne il raggio d'azione ai limiti stabiliti dal diritto derivato.

La Carta di Nizza sancisce un generale principio di parità all'art. 20 e all'art. 21 stabilisce un divieto di discriminazioni che – rispetto all'ordinamento previgente – si caratterizza per un più ampio catalogo di fattori attinenti alla persona, comprendendo anche le opinioni politiche, l'appartenenza ad una minoranza nazionale, il patrimonio, la nascita. Soprattutto, ciò che interessa maggiormente è che l'art. 21 stabilisce categoricamente che "è vietata qualsiasi forma di discriminazione", senza in alcun modo delimitarne l'ambito di applicazione[180]. E' pur vero che nelle Spiegazioni alla Carta si afferma che l'art. 21 "non conferisce nessuna facoltà di emanare norme contro la discriminazione…né sancisce nessun divieto assoluto di discriminazione in settori così ampi", ed è altresì vero che l'art. 51 vincola al rispetto della Carta solo nell'attuazione del diritto dell'unione e solo nei limiti del rispetto delle competenze. Ma sia la lotta alle discriminazioni, sia la protezione sociale rientrano tra le competenze dell'Unione. L'art. 3 TUE impone all'Unione di combattere le esclusioni sociali e le discriminazioni e di promuovere la giustizia e la protezione sociale, la parità tra donne e uomini, la solidarietà tra le generazioni e la tutela dei diritti del minore. Gli artt. 8 e10 TFUE attribuiscono all'Unione le finalità di eliminare le ineguaglianze e combattere le discriminazioni fondate sul sesso, la razza, la religione, la disabilità, l'età e l'orientamento sessuale, mentre l'art. 9 impone di tenere conto, tra l'altro, della "garanzia di un'elevata protezione sociale"; l'art. 19 attribuisce la specifica competenza in materia di lotta alle discriminazioni e l'art. 153 attribuisce la competenza in materia di

[180] V. le spiegazioni della Carta, in http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2007:303:0017:0035:IT:PDF, che riconoscono la competenza dell'Unione "in qualsiasi settore" ex art. 19 TFUE

condizioni di lavoro e di sicurezza sociale. La Carta di Nizza inoltre riconosce all'art. 25 "il diritto degli anziani di condurre una vita dignitosa e indipendente e di partecipare alla vita sociale e culturale" e all'art. 34, il diritto di accesso alle prestazioni di sicurezza sociale e ai servizi sociali" diritto che si riferisce anche ai profili di tutela dei lavoratori.

Vi è probabilmente spazio, quindi, per un sindacato diffuso avente ad oggetto i diritti nazionali e il diritto comunitario derivato[181]. Con riguardo a quest'ultimo in particolare, ci si deve chiedere se non sia possibile, alla luce delle nuovo diritto primario comunitario, giungere ad un superamento degli angusti limiti in cui il principio di parità è stato costretto nelle direttive comunitarie e soprattutto, delle deroghe ed eccezioni in esse contenute che, si è visto, costituiscono dei rilevanti ostacoli al pieno godimento dei diritti di previdenza complementare, soprattutto per le donne e per i lavoratori non standard. *Barber* e *Inps* rappresentano, da questo punto di vista, due precedenti non irrilevanti.

Come è stato osservato con riferimento ad altri diritti fondamentali riconosciuti dalla Carta, nel bilanciamento tra diritti e altri fattori - tra i quali rilevano nel nostro caso le esigenze di equilibrio finanziario dei fondi di previdenza, che hanno giocato un ruolo fondamentale nel limitare l'attuazione del principio di parità - il metodo di valutazione rimane sostanzialmente quello della legittimità della finalità perseguita e della necessarietà e proporzionalità dei mezzi impiegati. Ma cambia ora sostanzialmente il peso che deve essere dato ai vari fattori nel giudizio: la finalità di protezione del lavoro in particolare – ma allo stesso modo il diritto alla sicurezza sociale – sono ora direttamente tutelati dal diritto primario dei trattati e dovrebbero pesare sul piatto della bilancia dalla parte del principio di parità[182].

In conclusione, e riprendendo la metafora del torneo di carte che si è suggerita al §3, il mazzo è stato finalmente mescolato e nella nuova distribuzione delle carte la Corte di giustizia ha in mano qualche carico in più rispetto al passato. La partita è appena cominciata.

[181] SCIARABBA, *La sentenza Kücükdeveci e le prospettive della giustizia costituzionale europea*, in eurpeanrights.eu
[182] CARUSO*, I diritti sociali fondamentali dopo il trattato di Lisbona, cit.,* p.19