

La parità di trattamento tra uomo e donna in materia di sicurezza sociale: profili di diritto comunitario

di Andrea Caligiuri

SOMMARIO: 1. La parità di trattamento tra uomo e donna quale principio fondamentale dell'ordinamento comunitario. – 2. Il ruolo della Corte di giustizia nell'attuazione del principio di parità di trattamento nel settore della sicurezza sociale. – 3. La parità di trattamento in materia di regimi legali di sicurezza sociale: una tutela mitigata? – 4. Problemi costituzionali concernenti l'attuazione del principio di parità di trattamento in materia di sicurezza sociale nell'ordinamento italiano.

1. La parità di trattamento tra uomo e donna quale principio fondamentale dell'ordinamento comunitario

L'ordinamento comunitario valorizza il principio di parità di trattamento tra uomo e donna sin dalle sue origini, sebbene inizialmente esso venisse preso in considerazione solo in riferimento alla parità di retribuzione per lo svolgimento di uno stesso lavoro (art. 119)¹. Tuttavia, nel tempo, la norma del Trattato è stata oggetto di un'intensa attività inter-

¹ Art. 119 Cee (Trattato di Roma): «Ciascuno Stato membro assicura durante la prima tappa, e in seguito mantiene, l'applicazione del principio della parità di retribuzione fra i lavoratori di sesso maschile e quelli di sesso femminile per uno stesso lavoro. Per retribuzione deve essere inteso, ai sensi del presente articolo, il salario o trattamento normale di base o minimo, e tutti gli altri vantaggi pagati direttamente o indirettamente, in contanti o in natura, dal datore di lavoro al lavoratore in ragione dell'impiego di quest'ultimo. La parità di retribuzione, senza discriminazione fondata sul sesso, implica: a) che la retribuzione accordata per uno stesso lavoro pagato a cottimo sia fissata in base a una stessa unità di misura; b) che la retribuzione corrisposta per un lavoro pagato a tempo sia uguale per un posto di lavoro uguale». Al testo originario della norma, il Trattato di Maastricht aveva aggiunto un terzo paragrafo: «3. Il presente articolo non osta a che ciascuno Stato membro mantenga o adotti misure che prevedano vantaggi specifici intesi a facilitare l'esercizio di un'attività professionale da parte delle donne, ovvero a prevenire o compensare svantaggi nella loro carriera professionale».

pretativa da parte della Corte di giustizia, la quale ne ha ampliato l'ambito di applicazione.

In particolare, con la sentenza *Defrenne II*², la giurisprudenza comunitaria ha messo in rilievo l'importanza che il principio enunciato nell'art. 119 riveste all'interno dell'ordinamento comunitario per la salvaguardia della concorrenza intracomunitaria. La Corte di giustizia, infatti, ha evidenziato come, attraverso il principio della parità di trattamento, sia possibile eliminare lo svantaggio in cui potrebbero incorrere le aziende che operano in Stati nei quali vige la parità di retribuzione rispetto alle aziende stabilite in Stati che non hanno ancora eliminato le discriminazioni. In più, essa ha sottolineato come la disposizione in esame rientri tra gli scopi perseguiti dalla Comunità. La Corte, infatti, come è messo in rilievo nel preambolo del Trattato Ce, non si limita ad un'unione economica, bensì, attraverso un'azione comune, deve garantire il progresso sociale e promuovere il costante miglioramento delle condizioni di vita e di impiego dei popoli europei. Proprio in base al suo duplice scopo, economico e sociale, il principio della parità di retribuzione è considerato un principio fondamentale dell'ordinamento comunitario. La Corte, infine, ha riconosciuto alla norma un'efficacia diretta non solo nei rapporti verticali pubblico/privato, ma anche nei rapporti di lavoro interprivati; l'art. 119 attribuisce quindi ai singoli delle posizioni giuridiche soggettive che i giudici nazionali devono tutelare³.

Successivamente, la giurisprudenza comunitaria ha fatto un ulteriore passo in avanti rispetto alla lettera del Trattato, riconoscendo l'esistenza di un diritto fondamentale della persona umana a non essere discriminata in ragione del sesso, che deve essere tutelato alla stregua di principio generale del diritto comunitario⁴ e sulla base di questa giuri-

² CGCe, sentenza 8 aprile 1976, causa 43/75, *Defrenne c. Sabena (Defrenne II)*, in *Racc.* 1976, p. 455.

³ Prima della sentenza *Defrenne II*, soltanto la dottrina più attenta si era posta il problema dell'applicazione diretta dell'art. 119. Cfr. VOGEL-POLSKY, *L'art. 119 du Traité de Rome peut-il être considéré comme self-executing?*, in *Journal des Tribunaux*, 1967, pp. 283 ss.

⁴ V. in tal senso, sentenze 15 giugno 1978, causa 149/77, *Defrenne c. Sabena (Defrenne III)*, in *Racc.* 1978, p. 1365; 20 marzo 1984, cause riunite 75/82 e 117/82, *Razzouk e Beydoun c. Commissione*, in *Racc.* 1984, p. 1509; 30 aprile 1996, C-13/94, *P. c. S.*, in *Racc.* 1996, p. I-2143. In merito alla sentenza *Defrenne III*, si veda RASTRELLI, *Principio di non discriminazione e principio di uguaglianza nel Trattato Cee*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 1979, pp. 90 ss.

sprudenza che, nella sentenza del 10 febbraio 2000 nelle cause riunite *Deutsche Post e Brunhilde Schrage*⁵, si è registrato un mutamento di atteggiamento della Corte in relazione alle finalità perseguite attraverso il principio di parità retributiva espresso nell'art. 119. Infatti, l'eliminazione delle distorsioni di concorrenza tra le imprese situate nei diversi Stati membri è diventato un obiettivo di carattere secondario rispetto alla finalità sociale perseguita dalla disposizione. La disposizione in esame rappresenterebbe, innanzitutto, l'espressione di un diritto fondamentale della persona umana⁶.

Dalla giurisprudenza della Corte emerge, dunque, che l'ordinamento comunitario riconosce un *diritto a non essere discriminato in ragione del proprio sesso*, di cui il principio di parità di trattamento tra uomo e donna, così come definito dall'articolo 119, costituirebbe soltanto una specificazione.

È infine opportuno notare che la Corte, nel definire il diritto fondamentale a non essere discriminato in ragione del proprio sesso, non fa riferimento né alle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri⁷, né alla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali⁸, né agli altri trattati internazionali in materia di diritti umani conclusi dagli Stati membri⁹. La Corte, diversamente dalle altre

⁵ CGCe, sentenza 10 febbraio 2000, cause riunite C-270/97, *Deutsche Post*, e C-271/97, *Brunhilde Schrage*, in *Racc.* 2000, p. 929.

⁶ CGCe, sentenza 10 febbraio 2000, cause riunite C-270/97, *Deutsche Post*, e C-271/97, *Brunhilde Schrage*, cit.

⁷ Si tenga comunque presente che il principio della parità retributiva tra uomo e donna è esplicitamente affermato in numerose costituzioni degli Stati membri: art. 5, ul. co., Cost. finlandese; art. 37, co. 1, Cost. italiana; art. 59, co. 1, lett. a, Cost. portoghese; art. 35, par. 1, Cost. spagnola.

⁸ Nell'ambito della CEDU, il divieto di non discriminazione è legato funzionalmente al godimento dei diritti e delle libertà garantiti dalla Convenzione (art. 14). La Corte europea dei diritti umani ha precisato, tuttavia, che «*on peut relever que la progression vers l'égalité des sexes constitue aujourd'hui un objectif important des États membres du Conseil de l'Europe. Partant, seules des raisons très fortes pourraient amener à estimer compatible avec la Convention une distinction fondée sur le sexe*» (sentenza del 28 maggio 1985, *Abdulaziz, Cabales e Balkandali c. Regno Unito*, par. 78). Solo con il Protocollo 12 il divieto di non discriminazione assume a principio autonomo. Il Protocollo in questione è entrato in vigore nel 2005, ma è stato ratificato da soli 15 Stati, tra i quali non figurano gli Stati membri della Ce ad eccezione della Finlandia e dell'Olanda.

⁹ Solo quando si è dovuta stabilire la natura di principio fondamentale dell'ordinamento comunitario in relazione all'art. 119 Ce, la Corte di giustizia ha fatto riferimento alla Carta sociale europea del 18 novembre 1961 e alla Convenzione n. 111 dell'Organizzazione

ipotesi nelle quali cerca di ricostruire un principio generale attraverso il ricorso a fonti eteronome, sembra desumere il principio di parità di trattamento attraverso un procedimento di generalizzazione e di astrazione delle disposizioni comunitarie in vigore.

La giurisprudenza comunitaria relativa all'eliminazione della discriminazione basata sul sesso è stata recepita nel Trattato di Amsterdam. Il principio della parità di trattamento, da disposizione isolata in tema di parità retributiva, si è trasformato in un *acquis* assai importante ed esteso nel settore dell'uguaglianza. L'articolo 2 Ce riconosce l'uguaglianza tra uomini e donne come uno dei principi fondamentali e come uno degli obiettivi della Comunità. L'articolo 3, par. 2 Ce assegna alla Comunità il compito specifico di promuovere l'uguaglianza tra uomini e donne in tutte le sue attività¹⁰. Il Trattato, infine, ha aumentato significativamente la capacità della Comunità di prendere provvedimenti nel settore della parità di trattamento tra uomini e donne dando al legislatore comunitario basi giuridiche specifiche per la sua azione (articoli 13, 137, par. 1, lett. i, e 141, Ce)¹¹.

internazionale del lavoro, del 25 giugno 1958, concernente la discriminazione in materia di impiego e di professione. Un tale riferimento ha avuto tuttavia un carattere meramente confermativo dell'interpretazione del contenuto e della portata dell'art. 119 (v., ad esempio, CGCe, sentenza 15 giugno 1978, causa 149/77, *Defrenne c. Sabena (Defrenne III)*, cit..

¹⁰ In merito alle novità introdotte dal Trattato di Amsterdam, si veda MORI, *La parità tra uomo e donna nel Trattato di Amsterdam*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 1998, pp. 571 ss.

¹¹ L'art. 141 Ce (Trattato di Amsterdam) è l'ex art. 119, che così dispone: «1. Ciascuno Stato membro assicura l'applicazione del principio della parità di retribuzione tra lavoratori di sesso maschile e quelli di sesso femminile per uno stesso lavoro o per un lavoro di pari valore. 2. Per retribuzione si intende, a norma del presente articolo, il salario o trattamento normale di base o minimo e tutti gli altri vantaggi pagati direttamente o indirettamente, in contanti o in natura, dal datore di lavoro al lavoratore in ragione dell'impiego di quest'ultimo. La parità di retribuzione, senza discriminazione fondata sul sesso, implica: a) che la retribuzione corrisposta per uno stesso lavoro pagato a cottimo sia fissata in base a una stessa unità di misura; b) che la retribuzione corrisposta per un lavoro pagato a tempo sia uguale per uno stesso posto di lavoro. 3. Il Consiglio, deliberando secondo la procedura di cui all'art. 251 e previa consultazione del Comitato economico e sociale, adotta misure che assicurino l'applicazione del principio delle pari opportunità e della parità di trattamento tra uomini e donne in materia di occupazione e impiego, ivi compreso il principio della parità delle retribuzioni per uno stesso lavoro o per un lavoro di pari valore. 4. Allo scopo di assicurare l'effettiva e completa parità tra uomini e donne nella vita lavorativa, il principio della parità di trattamento non osta a che uno Stato membro mantenga o adotti misure che prevedano vantaggi specifici diretti a facilitare l'esercizio di un'attività professionale da parte del sesso sottorappresentato ovvero a evitare o compensare svantaggi nelle carriere professionali». La portata delle norme del Trattato in materia di parità di trattamento non

2. Il ruolo della Corte di giustizia nell'attuazione del principio di parità di trattamento nel settore della sicurezza sociale

La questione dell'attuazione del principio di parità di trattamento tra uomo e donna in materia di sicurezza sociale è stato oggetto di attenzione sia da parte del legislatore comunitario sia da parte della Corte di giustizia, sebbene nell'art. 119 (ora art. 141) Ce non si faccia alcun riferimento a questo aspetto. In materia, comunque, è necessario operare talune distinzioni a seconda che si stia considerando la parità di trattamento applicata ai regimi professionali di sicurezza sociale oppure ai regimi legali di sicurezza sociale.

Come è noto, a partire dalla sentenza *Defrenne I*¹², è stato affermato che vantaggi aventi il carattere di prestazioni previdenziali, in linea di principio, non sono estranei alla nozione di retribuzione. Tuttavia, la giurisprudenza ha precisato che ciò è vero solo laddove le prestazioni previdenziali costituiscano vantaggi pagati dal datore di lavoro al lavoratore in ragione dell'impiego di quest'ultimo, nei casi in cui la legge ammette che con il consenso del lavoratore esse si sostituiscano alle prestazioni corrisposte dai regimi previdenziali nazionali¹³. È sulla base

sono state alterate dal contenuto dell'articolo 23 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, documento al quale, peraltro, non si riconosce carattere giuridico vincolante. Per una più ampia analisi del valore giuridico della Carta di Nizza si veda, tra gli altri, LUGATO, *La rilevanza giuridica della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in *Riv. dir. internaz.*, 2001, pp. 1009 ss.; POCAR, *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in *Commentario breve ai Trattati della Comunità e dell'Unione europea*, Padova, 2001, pp. 1178 ss.. Resta comunque da notare che la Carta è richiamata, sempre più spesso, accanto ad altri strumenti internazionali in materia di diritti umani, sia da parte della Corte di giustizia (es. sentenza 27 giugno 2006, causa 540/03, Parlamento c. Consiglio) sia delle corti costituzionali degli Stati membri (es. Corte cost. it., sentenza n. 45/2005), col fine di confermare l'interpretazione del contenuto e della portata di un determinato diritto fatta da quei giudici. Solo con l'approvazione del «Progetto di Trattato che modifica il Trattato sull'Unione europea e il Trattato che istituisce la Comunità europea», approvato durante il Consiglio europeo informale di Lisbona del 18 e 19 ottobre 2007, la Carta dei diritti fondamentali acquisterà rango di fonte primaria dell'ordinamento comunitario.

¹² CGCe, sentenza 25 maggio 1971, causa 80/70, *Defrenne c. Belgio (Defrenne I)*, Racc. 1971, p. 445.

¹³ Cfr. CGCe, sentenze 13 maggio 1986, causa 170/84, *Bilka-Kaufhaus*, Racc. 1986, p. 1607; 17 maggio 1990, causa 262/88, *Barber*, in Racc. 1990, p. I-1889; sentenze 6 ottobre 1993, C-109/91, *Ten Oever*, *ivi*, 1993 p. I-4879; 14 dicembre 1993, C-110/91, *Moroni*, Racc. 1993, p. I-6591; 22 dicembre 1993, C-152/91, *Neath*, *ivi*, 1993, p. I-6953; 28 settembre 1994, C-200/91, *Coloroll*, *ivi*, 1994, p. I-4389; 28 settembre 1994, C- 57/93, *Vroege*, Racc. 1994, p. I-4541; 28 settembre 1994, C-128/93, *Fisscher*, *ivi*, 1994, p. I-4583; 28 settembre 1994, C-7/93, *Beune*, *ivi*, 1994, p. I-447; 11 dicembre 1997, C-246/96, *Magorrian*, *ivi*, 1997,

di queste valutazioni che, ad esempio, si è ritenuto in contrasto con il diritto comunitario la fissazione di un requisito di età che varia, a seconda del sesso, per le pensioni versate nel contesto di un regime privato che sostituisce, almeno in parte, il regime legale, anche se la differenza tra l'età di pensionamento degli uomini e quella delle donne è analoga a quella stabilita dal regime legale nazionale; o, ancora, si è affermato che i regimi pensionistici del settore pubblico rientrano nel concetto di retribuzione ai sensi dell'art. 119 (ora art. 141) se derivano dal rapporto di lavoro con la pubblica amministrazione¹⁴.

È stato chiarito, invece, che non possono rientrare nell'ambito della nozione di retribuzione i regimi o le prestazioni previdenziali, specie le pensioni di vecchiaia, direttamente disciplinate dalla legge al di fuori di qualsiasi concertazione nell'ambito dell'impresa o della categoria professionale interessata, e che siano obbligatorie per categorie generali di lavoratori. Infatti, detti regimi permettono ai lavoratori di fruire di un sistema legale di sicurezza sociale al cui finanziamento sia i lavoratori, sia i datori di lavoro sia, eventualmente, la pubblica amministrazione contribuiscono non tanto in funzione del rapporto di lavoro, quanto piuttosto in base a considerazioni di politica sociale.

Dunque, secondo la giurisprudenza comunitaria solo le prestazioni ed i contributi dei lavoratori dipendenti versati nell'ambito di un sistema pensionistico professionale privato possono rientrare nel concetto di «retribuzione» ai sensi dell'art. 119 (ora art. 141) Ce¹⁵. L'ampliamento dell'ambito di applicazione della disposizione in esame è tanto più significativo se si pensa al fatto che esso produce effetti diretti

p. I-7153; 16 maggio 2000, C-78/98, *Preston*, *ivi*, 2000, p. I-3201; 25 maggio 2000, C-50/99, *Jean-Marie Podesta Caisse de retraite par répartition des ingénieurs cadres et assimilés (CRICA)* e altri, *ivi*, 2000, p. I-4039.

¹⁴ CGCe, sentenze del 28 settembre 1994, C-7/93, *Beune*, *cit.*; 17 aprile 1997, C-147/95, *Evrenopoulos*, in *Racc.*, 1997, p. I-2057; 29 novembre 2001, C-366/99, *Griesmar*, *ivi*, 2001, p. I-9383; 13 dicembre 2001, C-206/00, *Henri Mouflin*, *ivi*, 2001, p. I-201; 12 settembre 2002, C-351/00, *Niemi*, *ivi*, 2002, p. I-7007.

¹⁵ È stato sottolineato che l'atteggiamento della Corte di giustizia di non ricomprendere i regimi legali di sicurezza sociale nell'ambito dell'art. 119 risponde alla concezione prevalente della teoria economica di non configurare il complesso degli oneri previdenziali legali a carico del datore di lavoro oltre che come «costo del lavoro» anche come «salario previdenziale» sul piano della qualificazione giuridica. Tale complesso di oneri è dunque ben distinguibile dal concetto di retribuzione inteso in senso ampio. Sul punto si veda SANDULLI, *Parità di sicurezza sociale tra uomo e donna nell'ordinamento italiano e nelle direttive comunitarie*, in *Dir. lav.*, 1987, I, p. 503.

negli ordinamenti degli Stati membri e dunque il singolo ha la possibilità di tutelare direttamente innanzi al giudice nazionale una eventuale violazione del suo diritto alla parità di trattamento.

La Corte di giustizia si è preoccupata, tuttavia, degli effetti nel tempo delle sue pronunce, dato che le stesse avrebbero prodotto conseguenze economiche rilevanti per gli Stati membri. In merito, la Corte ha affermato che ai fini dell'applicazione dell'art. 119 (ora art. 141), le prestazioni in virtù di un regime professionale di sicurezza sociale non sarebbero state considerate come retribuzione se e nella misura in cui esse potessero essere attribuite a periodi di occupazione precedenti il 17 maggio 1990 (data della sentenza *Barber*)¹⁶, eccezion fatta per i lavoratori o i loro aventi diritto che, prima di detta data, avessero già intentato un'azione giudiziaria o introdotto un reclamo equivalente secondo il diritto nazionale applicabile¹⁷.

Sebbene il principio della parità delle retribuzioni si applichi direttamente negli ordinamenti degli Stati membri, per l'attuazione di detto principio è stata necessaria comunque l'adozione di misure com-

¹⁶ CGCe, sentenza del 17 maggio 1990, causa 262/88, *Barber*, cit. Sul punto, si veda DE VOS, *La notion de «Rémunération» au sens de l'article 119 du Traité de Rome et son application dans le temps au regard de l'arrêt Barber et des arrêts postérieures de la Cour de justice des Communautés européennes*, in *Rev. dr. soc.*, 1995, p. 156 ss. Nello stesso senso, le sentenze 6 ottobre 1993, C-109/91, *Ten Oever*, in *Racc.* 1993, p. I-4879; 14 dicembre 1993, C-110/91, *Moroni*, *ivi*, 1993, p. I-6591; 22 dicembre 1993, C-152/91, *Neath*, *ivi*, 1993, p. I-6935; e le sentenze 28 settembre 1994, C-408/92, *Smith et al.*, *ivi*, 1994, p. I-4435; C-200/91, *Coloroll*, cit.; C-7/93, *Beune*, cit.; C-28/93, *Van den Akker*, *ivi*, 1994, p. I-4527; C-57/93, *Vroege*, cit.; C-128/93, *Fischer*, cit.

¹⁷ L'impatto della sentenza *Barber* è stato tale che il principio in essa enunciato è diventato oggetto di un Protocollo allegato al Trattato sull'Unione europea: v. il Protocollo sull'articolo 119 del Trattato che istituisce la Comunità europea (1992), allegato al Trattato sull'Unione europea. In dottrina, si veda HERVEY, *Legal Issues concerning the Barber Protocol*, in O'KEEFFE e TWOMEY, *Legal Issues of the Maastricht Treaty*, London, 1994, p. 329. Con le sentenze del 28 settembre 1994, C-57/93, *Vroege*, e C-128/93, *Fischer*, la Corte di giustizia ha stabilito che il Protocollo sull'articolo 119 del Trattato che istituisce la Comunità europea non ha alcun effetto sul diritto all'affiliazione ad un regime pensionistico professionale, che resta disciplinato dalla sentenza del 13 maggio 1986 nella causa 170/84 *Bilka-Kaufhaus* e che la limitazione degli effetti nel tempo della sentenza del 17 maggio 1990, nella causa C-262/88 *Barber* non si applica al diritto all'affiliazione ad un regime pensionistico professionale. Infine, a partire dalla citata sentenza 28 settembre 1994, C-57/93, *Vroege*, è stato precisato che la limitazione nel tempo degli effetti dell'art. 119 (ora art. 141), risultante dalla sentenza *Barber* e dal Protocollo, avrebbe riguardato solo quelle discriminazioni che i datori di lavoro e i regimi pensionistici avrebbero potuto ragionevolmente ritenere tollerati in base alle eccezioni transitorie previste dal diritto comunitario applicabile in materia di pensioni professionali.

plementari che ne chiarissero la portata e recepissero, di volta in volta, le evoluzioni giurisprudenziali in materia.

L'art. 1, par. 2, della direttiva 76/207/Cee del Consiglio, del 9 febbraio 1976, relativa all'attuazione del principio della parità di trattamento fra gli uomini e le donne per quanto riguarda l'accesso al lavoro, alla formazione ed alla promozione professionali e le condizioni di lavoro prevedeva che, per garantire la graduale attuazione del principio della parità di trattamento in materia di sicurezza sociale, il Consiglio adottasse, su proposta della Commissione, disposizioni che ne precisassero in particolare il contenuto, la portata e le modalità di applicazione. A tale scopo il Consiglio aveva adottato la direttiva 79/7/Cee, del 19 dicembre 1978, relativa alla graduale attuazione del principio della parità di trattamento tra gli uomini e le donne in materia di sicurezza sociale¹⁸, il cui art. 3, par. 3, conferiva al Consiglio stesso la possibilità di adottare disposizioni per garantire l'attuazione del principio di parità di trattamento nei regimi professionali. È sulla base della possibilità offerta da questa norma che il Consiglio adottò la direttiva 86/378/Cee del 24 luglio 1986¹⁹, oggi completamente sostituita dalla direttiva 2006/54/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio del 5 luglio 2006 riguardante l'attuazione del principio delle pari opportunità e della parità di trattamento fra uomini e donne in materia di occupazione e impiego (rifusione)²⁰.

Quest'ultima direttiva, come quelle che l'hanno preceduta, è stata adottata sulla base dell'art. 141 (*ex art.* 119) Ce; tuttavia, ci si è chiesti se l'art. 13 Ce potesse costituire una base giuridica più appropriata, o quantomeno concorrente, per l'adozione da parte del legislatore comunitario di atti volti a garantire la parità di trattamento nei regimi professionali di sicurezza sociale²¹. In merito, la Commissione europea ha e-

¹⁸ In *GUCe*, L 6 del 10 gennaio 1979, pp. 24 ss.

¹⁹ La direttiva 86/378/Cee del Consiglio del 24 luglio 1986 relativa all'attuazione del principio della parità di trattamento tra gli uomini e le donne nel settore dei regimi professionali di sicurezza sociale (in *GUCe*, L 225 del 12 agosto 1986, p. 40 ss.) è stata modificata, successivamente, dalla direttiva 96/97/Ce del Consiglio del 20 dicembre 1996 (in *GUCe*, L 46 del 17 febbraio 1997, pp. 20 ss.).

²⁰ In *GUUE*, L 204 del 26 luglio 2006, p. 23 ss.

²¹ Art. 13 Ce (Trattato di Amsterdam): «Fatte salve le altre disposizioni del presente trattato e nell'ambito delle competenze da esso conferite alla Comunità, il Consiglio, deliberando all'unanimità su proposta della Commissione e previa consultazione del Parlamento europeo, può prendere i provvedimenti opportuni per combattere le discriminazioni fonda-

sciuso una tale possibilità nella proposta relativa alla Direttiva che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro²². In quel documento, volto a dare attuazione al principio di pari trattamento tra le persone, proprio sulla base dell'art. 13, la Commissione ha dichiarato espressamente che le «cause di discriminazione cui fa riferimento la (...) proposta coincidono con quelle esposte all'articolo 13 del Trattato, ad eccezione delle discriminazioni fondate sul sesso. Tale esclusione ha una duplice giustificazione. In primo luogo, la base giuridica appropriata per la legislazione comunitaria in materia di parità di trattamento e di opportunità tra le donne e gli uomini in ambito occupazionale e lavorativo è costituita dall'articolo 141 del Trattato. In secondo luogo, le direttive del Consiglio 76/207/Cee e 86/613/Cee hanno già stabilito il principio della parità di trattamento tra le donne e gli uomini in questo ambito»²³. Dunque, la parità di trattamento tra uomo e donna in materia di regimi professionali di sicurezza sociale, pur se in principio è ricompresa nella nozione di discriminazione basata sul sesso, si realizzerebbe solo attraverso gli strumenti e nelle forme previste dall'art. 141 Ce. In questo senso, si conferma la tesi che l'art. 141 sia una specificazione in materia retributiva del diritto fondamentale a non essere discriminato sulla base del proprio sesso.

3. La parità di trattamento in materia di regimi legali di sicurezza sociale: una tutela mitigata?

Mentre risultano chiari i presupposti giuridici e le forme attraverso le quali il principio della parità di trattamento tra uomini e donne trova attuazione nell'ambito dei regimi professionali di sicurezza sociale,

te sul sesso, la razza o l'origine etnica, la religione o le convinzioni personali, gli handicap, l'età o le tendenze sessuali».

²² COM/99/0565 def., in *GUCe*, C 177E del 27 giugno 2000, pp. 42 ss.

²³ Il legislatore comunitario ha adottato questa impostazione con la direttiva 2000/78 del Consiglio del 27 novembre 2000 che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro (in *GUCe*, L 303 del 02 dicembre 2000, p. 16 ss.), punto 13 dei *consideranda* della direttiva.

l'individuazione di una base giuridica per la realizzazione di detta parità di trattamento in materia di regimi *legali* appare ben più complessa.

Attualmente, la materia è regolata dalla già citata direttiva 79/7/Cee. Questa venne adottata sulla base dell'art. 308 (*ex art.* 235) Ce, norma spesso utilizzata nei casi per i quali il Trattato non prevede l'attribuzione alle istituzioni degli specifici poteri di azione necessari per raggiungere uno degli scopi della Comunità.

La direttiva si applica alla popolazione attiva nonché ai lavoratori pensionati o invalidi²⁴; essa individua il suo ambito di applicazione a) nei regimi legali che assicurano una protezione contro i rischi per malattia, invalidità, vecchiaia, infortunio sul lavoro e malattia professionale, disoccupazione e b) nelle disposizioni concernenti l'assistenza sociale, nella misura in cui siano destinate a completare i regimi legali su indicati o a supplire ad essi²⁵. La direttiva non si applica, invece, alle disposizioni concernenti le prestazioni ai superstiti, né a quelle concernenti le prestazioni familiari, a meno che non si tratti di prestazioni spettanti per i rischi di cui alla lett. a)²⁶. La direttiva, infine, prevede la possibilità in capo agli Stati di escludere alcune materie dal suo campo di applicazione, quali, ad esempio, la diversa determinazione di limiti di età tra uomo e donna per la concessione della pensione di vecchiaia e di fine lavoro²⁷.

Nella seconda metà degli anni ottanta, la Commissione europea ha proposto, senza successo, di estendere l'applicazione del principio di parità di trattamento a quei settori per i quali era esclusa o differita in virtù della direttiva 79/7/Cee²⁸. Da allora in poi, uno sviluppo significativo in materia di attuazione del principio di parità di trattamento tra

²⁴ Art. 2 della direttiva.

²⁵ Art. 3, par. 1, della direttiva.

²⁶ Art. 3, par. 2, della direttiva. E' stato notato che l'ambito di operatività della norma è relativamente ristretto se raffrontato con la previsione degli eventi indicati dalla Convenzione OIL n. 102 del 28 giugno 1952 concernente norme minime di sicurezza sociale; sul punto SANDULLI, *Parità di sicurezza sociale tra uomo e donna nell'ordinamento italiano e nelle direttive comunitarie*, cit., p. 501.

²⁷ Art. 7 della direttiva.

²⁸ Proposta di Direttiva che completa l'attuazione del principio della parità di trattamento tra uomini e donne nei regimi legali e professionali di sicurezza sociale, COM/87/494 def., in *GUCe*, C 309 del 19 novembre 1987, p. 10 ss.. Per il ritiro della proposta, si veda in *GUCe* C 5 del 9 gennaio 2004, p. 2.

uomo e donna ha interessato soltanto i regimi professionali di sicurezza sociale.

L'assenza di progressi nell'attuazione del principio di parità di trattamento in materia di regimi legali di sicurezza sociale sembra legata alla mancanza di una base giuridica adeguata all'interno del Trattato. Alla luce dei mutamenti normativi introdotti dal Trattato di Amsterdam, oggi è possibile affermare che anche la parità di trattamento nei regimi legali di sicurezza sociale rientra tra le finalità della Comunità sulla base dell'art. 2 Ce; tuttavia, rimangono ancora incerti i poteri d'azione di cui disporrebbero le istituzioni comunitarie nel realizzare tale scopo.

Una base giuridica per l'adozione di atti relativi alla parità di trattamento in materia di regimi legali di sicurezza sociale potrebbe essere individuata nell'art. 137, par. 1, lett. c), del Trattato²⁹. Tale norma, infatti, indica la «sicurezza sociale» quale settore nell'ambito del quale la Comunità può adottare misure che sostengono o completano l'azione degli Stati membri; tuttavia, l'adozione di atti specifici sulla base di questa norma è resa difficile dalla procedura di voto all'unanimità richiesta al Consiglio.

La richiesta dell'unanimità in seno al Consiglio è anche alla base della mancata utilizzazione dell'art. 13 Ce, altra norma cui si potrebbe ricorrere per attuare una reale parità tra uomo e donna in materia di regimi legali di sicurezza sociale. Le potenzialità offerte da questa norma, che conferisce al Consiglio il potere di adottare misure per eliminare le diverse forme di discriminazione, tra cui quelle fondate sul sesso, possono essere valutate alla luce della direttiva 2000/43 del Consiglio del 29 maggio 2000³⁰, con cui il legislatore comunitario ha garantito la parità di trattamento a prescindere dalla razza e dall'origine etnica anche «in relazione alla protezione sociale, comprese la sicurezza sociale e l'assistenza sanitaria».

²⁹ Art. 137, par. 1, lett. i), Ce (Trattato di Amsterdam): «Per conseguire gli obiettivi previsti all'articolo 136, la Comunità sostiene e completa l'azione degli Stati membri nei seguenti settori: ...i) parità tra uomini e donne per quanto riguarda le opportunità sul mercato del lavoro ed il trattamento sul lavoro...».

³⁰ Direttiva 2000/43 del Consiglio del 29 maggio 2000 che attua il principio di parità di trattamento tra persone indipendentemente dalla razza e dall'origine etnica, in *GUCe*, L 180 del 19 luglio 2000, pp. 22 ss.

La modalità di voto sembra, dunque, la causa principale della mancanza di un'azione più incisiva della Comunità nell'attuazione di una piena parità anche in materia di regimi legali di sicurezza sociale. Appare evidente l'interesse degli Stati membri, per ragioni di ordine economico e demografico, a non vedere imposti vincoli comunitari alla propria politica di redistribuzione della ricchezza nazionale. Un'assenza di volontà politica da parte degli Stati membri è forse dovuta anche al fatto che un'azione comunitaria più incisiva a favore della parità di trattamento in materia di regimi legali di sicurezza sociale non perseguirebbe alcuno scopo economico, quale potrebbe essere quello del corretto funzionamento del mercato interno, che continua invece ad essere uno, anche se non il principale, dei fini perseguiti dall'azione comunitaria quando attua la parità di trattamento in materia di regimi professionali di sicurezza sociale in base all'art. 141. Né essa perseguirebbe uno scopo di alta valenza sociale e politica quale la lotta al razzismo e alla xenofobia che è l'obiettivo della direttiva 2000/43/Ce, il cui campo di applicazione riguarda anche la protezione sociale.

In assenza di atti normativi specifici che abbiano riformato la materia, deve essere invece messo in rilievo l'atteggiamento della Corte di giustizia nell'interpretazione della direttiva 79/7/Cee. La giurisprudenza comunitaria, infatti, ha evidenziato come l'art. 4, par. 1, della citata direttiva³¹ appaia sufficientemente preciso e incondizionato da poter essere fatto valere in giudizio da parte dei singoli dinanzi ai giudici nazionali³². Ne consegue che nei casi in cui sia constatata una discriminazione nei confronti di persone di un determinato sesso incompatibile col diritto comunitario, il giudice nazionale è tenuto a disapplicare la normativa interna, senza attenderne la previa rimozione da parte del legislatore e

³¹ Art. 4, par. 1, direttiva 79/7/Cee: «Il principio della parità di trattamento implica l'assenza di qualsiasi discriminazione direttamente o indirettamente fondata sul sesso, in particolare mediante riferimento allo stato matrimoniale o di famiglia, specificamente per quanto riguarda: – il campo di applicazione dei regimi e le condizioni di ammissione ad essi, – l'obbligo di versare i contributi e il calcolo degli stessi, – il calcolo delle prestazioni, comprese le maggiorazioni da corrispondere per il coniuge e per le persone a carico, nonché le condizioni relative alla durata e al mantenimento del diritto alle prestazioni».

³² Cfr. CGCe, sentenze 4 dicembre 1986, causa 71/85, *Federatie Nederlandse Vakbeweging*, in *Racc.* 1986, p. 3855; 24 marzo 1987, causa 286/85, *McDermott e Cotter*, *ivi*, 1987, p. 1453; 24 giugno 1987, causa 384/85, *Borrie Clarke*, *ivi*, 1987, p. 2865; 1 luglio 1993, C-154/92, *Van Cant*, *ivi*, 1993, p. I-3811.

ad applicare ai componenti del gruppo sfavorito lo stesso regime che viene riservato alle persone dell'altra categoria³³.

La Corte di giustizia ha ampliato anche l'ambito di applicazione della direttiva 79/7/Cee; il caso *Sarah Margaret Richards e Secretary of State for Work and Pensions*³⁴, riguardante il diritto al trattamento pensionistico di vecchiaia dei transessuali, ne è un esempio. Pur ribadendo che spetta agli Stati membri determinare le condizioni del riconoscimento giuridico del mutamento di sesso di una persona, il giudice comunitario ha dichiarato che la direttiva costituisce l'espressione, nell'ambito della sicurezza sociale, del principio di parità di trattamento tra uomini e donne, che è uno dei principi fondamentali del diritto comunitario. Inoltre, in conformità con la sua consolidata giurisprudenza, la Corte di giustizia ha sottolineato che il diritto di non essere discriminati in ragione del proprio sesso costituisce anche uno dei diritti fondamentali della persona umana, di cui essa deve garantire l'osservanza. Di conseguenza, la Corte ha stabilito che la sfera d'applicazione della direttiva non può essere ridotta soltanto alle discriminazioni dovute all'appartenenza all'uno o all'altro sesso, ma tenuto conto del suo scopo e della natura dei diritti che mira a proteggere, la direttiva deve applicarsi anche alle discriminazioni che trovano la propria base nel mutamento di sesso in quanto tale.

³³ CGCe, sentenza 21 giugno 2007, C-231-232-233/06, *Jonkman et al.*, con nota di RECANATI, in questa *Rivista*, 2007, 741. Nel caso di specie, la Corte ha ritenuto non in linea con la direttiva del Consiglio 19 dicembre 1978, 79/7/Cee, relativa alla graduale attuazione del principio di parità di trattamento tra gli uomini e le donne in materia di sicurezza sociale, la normativa belga che, nell'intento di parificare il trattamento pensionistico delle hostess di volo a quello degli assistenti di volo di sesso maschile, richiedeva il pagamento dei contributi di regolarizzazione maggiorato di interessi diversi da quelli diretti a compensare la svalutazione monetaria ed in un'unica soluzione, anche nei casi in cui tale ultima condizione renda praticamente impossibile o eccessivamente difficile la regolarizzazione perseguita.

³⁴ CGCe, sentenza 27 aprile 2006, C-423/04, *Richards*; per un commento, si veda PANAIOTTI, *Il diritto antidiscriminatorio di genere al vaglio della Corte di Giustizia e della Corte costituzionale*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2006, II, pp. 765 ss.. Nel caso in esame, il giudice comunitario era stato chiamato a valutare la compatibilità della direttiva 79/7/Cee con una disciplina nazionale inglese che non prevedeva il pieno riconoscimento giuridico del mutamento dell'identità sessuale dei transessuali ai fini pensionistici. L'applicazione di quest'ultima normativa, infatti, aveva indotto l'amministrazione statale competente a rifiutare la concessione della pensione di vecchiaia alla persona transessuale passata al sesso femminile, sebbene la stessa avesse raggiunto il requisito di età minima richiesto alle donne dalla legge britannica per accedere al trattamento pensionistico.

L'importanza di una tale pronuncia sta nell'aver valorizzato il fatto che anche la parità di trattamento in materia di regimi legali di sicurezza sociale è un ambito nel quale si esplica il diritto fondamentale a non essere discriminati in ragione del proprio sesso.

4. Problemi costituzionali concernenti l'attuazione del principio di parità di trattamento in materia di sicurezza sociale nell'ordinamento italiano

In tema di adattamento dell'ordinamento interno alla normativa comunitaria occorre sottolineare che né la direttiva 86/378/Cee sulla parità nei regimi professionali di sicurezza sociale, né la direttiva 79/7/Cee hanno comportato innovazioni rilevanti del sistema nazionale di sicurezza sociale, in quanto il principio di parità di trattamento è risultato essere tutelato in maniera più ampia dalle norme costituzionali rispetto a quanto previsto dal diritto comunitario.

Se questo non è stato specificatamente evidenziato in relazione alla parità nei regimi professionali di sicurezza sociale, dato il ruolo marginale delle forme integrative di previdenza fino a pochi anni fa³⁵, ciò è chiaramente emerso nell'attuazione del principio di parità di trattamento nel regime legale di sicurezza sociale. In particolare, è sulla legittimità di stabilire una diversa età pensionabile tra uomo e donna che si è evidenziata la differente sensibilità dell'ordinamento italiano rispetto alla direttiva 79/7/Cee. Come è noto, la direttiva lascia agli Stati membri la facoltà di escludere dal campo di applicazione della stessa la fissazione dei limiti di età per la concessione della pensione di vecchiaia e di fine lavoro. L'esercizio di una tale facoltà da parte del legislatore italiano³⁶

³⁵ Forme pensionistiche complementari sono state previste a partire dal d.lgs. 21 aprile 1993, n. 124, poi più volte modificato ed integrato da leggi successive, da ultimo, dal d.lg. 5 dicembre 2005, n. 252.

³⁶ Si fa riferimento, in particolare, al testo originario della legge n. 604 del 1966 (art. 11) che prevedeva la libertà di recesso del datore di lavoro in caso di lavoratori i quali avessero maturato il diritto a pensione di vecchiaia, restando la differenza tra uomini e donne, per i quali le due età erano fissate rispettivamente al 60° ed al 55° anno. Si fa inoltre riferimento alla legge n. 903 del 1977 (art. 4), che subordinava il diritto delle lavoratrici, in possesso dei requisiti per la pensione di vecchiaia, di continuare a prestare la propria opera fino agli stessi limiti di età stabiliti per l'uomo, ad una opzione da esercitarsi entro la data di maturazione dei predetti requisiti.

ha posto, tuttavia, problemi di legittimità costituzionale con riferimento agli articoli 3 e 37, co. 1, della Costituzione.

In base all'art. 37 Cost., la donna lavoratrice non solo ha gli stessi diritti e, a parità di lavoro, la stessa retribuzione che spetta all'uomo, ma ha anche il diritto a che le siano assicurate condizioni di lavoro tali da consentirle di adempiere alla sua «essenziale» funzione familiare e una protezione adeguata, in modo da consentirle di assolvere sia ai propri doveri lavorativi, sia alle funzioni strettamente familiari. La norma costituisce un'applicazione, nel settore del lavoro, del disposto più generale dell'art. 3 Cost., il quale, come è noto, assicura a tutti i cittadini la pari dignità sociale e l'eguaglianza dinanzi alla legge. La Corte costituzionale, tuttavia, ha precisato che la Costituzione non ha inteso attuare un livellamento generale, né un'eguaglianza meccanicamente applicata nel settore del lavoro; infatti, sulla base di esigenze di ordine giuridico e sociale, possono essere ragionevolmente ammesse delle differenziazioni di rapporti e di situazioni tra uomini e donne³⁷.

Proprio in considerazione di mutamenti di ordine giuridico e sociale, la Corte costituzionale, che in un primo momento aveva ritenuto non fosse né irrazionale né arbitraria la differenza di trattamento della donna rispetto all'uomo per quanto concerne l'età del conseguimento della pensione di vecchiaia³⁸, ha successivamente mutato atteggiamento. La Corte ha stabilito, infatti, che i precetti costituzionali di cui agli articoli 3 e 37, co. 1, non consentivano più di regolare l'età lavorativa della donna in modo difforme da quanto previsto per gli uomini, non soltanto per quanto concerne il limite massimo di età, ma anche riguardo alle condizioni per raggiungerlo³⁹. La Corte ha ribadito, invece, che non contrasta con il principio di parità la previsione di un limite di età diverso tra uomini e donne per il conseguimento della pensione di vecchiaia – anche se ciò implica il venir meno per le prime della coincidenza tra età per ottenere la pensione di vecchiaia ed età lavorativa – in

³⁷ Corte cost., sentenza n. 123 del 1969.

³⁸ *Ibidem*.

³⁹ Corte cost., sentenza n. 137 del 1986, in *Foro it.*, 1986, I, pp. 1749 ss.

quanto tale previsione è giustificata dall'esistenza di esigenze peculiari della donna medesima⁴⁰.

Dunque, da questo richiamo pur sintetico della giurisprudenza costituzionale, emerge che nell'ordinamento italiano si è realizzata una compiuta attuazione del principio della parità di trattamento in materia di regimi legali di sicurezza sociale⁴¹, garantendo ad uomini e donne gli stessi limiti di età per la concessione delle prestazioni previdenziali di vecchiaia, diritto non riconosciuto, ad oggi, dall'ordinamento comunitario.

⁴⁰ Corte cost., sentenza n. 498 del 1988, in *Foro it.*, 1988, I, p. 1769 ss. Il principio è stato ribadito con la sentenza interpretativa di rigetto della Corte cost. n. 256 del 2002, la quale fornisce l'interpretazione della normativa vigente nel senso che i limiti per il pensionamento di vecchiaia sono stati spostati in avanti per tutti i lavoratori, mantenendo una differenza a beneficio delle donne (in *Mass. giur. lav.*, 2003, p. 45 e ss., con commento di PILEGGI).

⁴¹ Alla giurisprudenza costituzionale su descritta ha fatto riferimento, in più occasione, la Corte di cassazione: Cass., 24 aprile 2003, n. 6535, *Possidente c. Congregazione Ancelle Divina Provvidenza*, in *Foro it.*, 2003, I, p. 2577 ss.; Cass. 1 giugno 2006, n. 13045, *Casa risparmio Fermo c. Pomanti*, in *Not. giur. lav.*, 2006, pp. 493 ss.