



Università degli Studi di Catania
Facoltà di Giurisprudenza

Fabio Ravelli

Età pensionabile nel pubblico impiego e discriminazioni di sesso secondo la Corte di giustizia (C-46/07)

WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" .IT - 83/2009



© Fabio Ravelli 2009
Facoltà di Giurisprudenza – Università di Brescia
ravelli@jus.unibs.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

Età pensionabile nel pubblico impiego e discriminazioni di sesso secondo la Corte di giustizia (C-46/07)*.

**di Fabio Ravelli
Università di Brescia**

1. L'oggetto della causa C-46/07	2
2. L'assoggettabilità della pensione erogata dall'Inpdap all'art. 141 CE: critica	3
3. La natura discriminatoria della disciplina dell'età pensionabile prevista per l'accesso al trattamento pensionistico di vecchiaia dei dipendenti pubblici italiani	6
4. La decisione della Corte nel contesto delle politiche sociali comunitarie in corso di attuazione	9
5. Osservazioni conclusive	11

*Il presente lavoro è in corso di pubblicazione in *D&L – Rivista critica di diritto del lavoro*, n. 4/2008.

1. L'oggetto della causa C-46/07

Il 13 novembre 2008 potrebbe rimanere impresso a lungo nella memoria dei cultori della previdenza sociale. Con una sentenza destinata ad avere un notevole impatto sul sistema previdenziale italiano, la Corte di giustizia ha affermato che «mantenendo in vigore una normativa in forza della quale i dipendenti pubblici hanno diritto a percepire la pensione di vecchiaia a età diverse a seconda che siano uomini o donne, la Repubblica italiana è venuta meno agli obblighi di cui all'art. 141 CE»¹.

La vicenda processuale ha visto contrapporsi, da un lato, la Repubblica italiana e, dall'altro, la Commissione europea, la quale, rilevando la non conformità al Trattato del regime pensionistico italiano per i dipendenti pubblici, aveva deciso di aprire a carico del nostro Paese una procedura d'infrazione²; a seguito dell'esito negativo della fase pre-contenziosa del procedimento, si è aperta la fase contenziosa avanti alla Corte di giustizia, conclusasi con la soccombenza del nostro paese.

Oggetto della censura dei Giudici di Lussemburgo è la differenziazione tra uomini e donne relativamente all'età pensionabile dei pubblici dipendenti, stabilita in 65 anni per i primi e in 60 anni per le seconde (cfr. la Tabella A di cui al d.lgs. n. 503/1992)³. Tale differenziazione, a detta della Corte, violerebbe il fondamentale principio di parità retributiva tra uomo e donna sancito dall'art. 141 CE⁴.

La Corte di giustizia ha fatto ricorso ad uno schema argomentativo che porta ad assoggettare il trattamento erogato dall'ente previdenziale pubblico all'ambito di applicazione dell'art. 141 CE⁵. A tale risultato si perviene considerando l'emolumento previdenziale come «retribuzione»,

1 CGCE 13 novembre 2008, causa C-46/07, *Commissione c. Repubblica italiana*, in <http://curia.europa.eu> (la sentenza non è ancora stata pubblicata in *Raccolta*).

2 Cfr. procedura di infrazione n. 2005/2114.

3 Per una sintetica ricostruzione delle riforme che hanno interessato il regime pensionistico per i dipendenti pubblici negli anni '90, cfr. P. De Blasio, *Il sistema pensionistico dei dipendenti pubblici prima e dopo le riforme*, in *Il Lavoro nella Pubblica Amministrazione*, nn. 3-4, 1999, p. 603 ss. Peraltro, ai sensi della disciplina previdenziale in vigore, è possibile accedere al trattamento di vecchiaia in altre due ipotesi. I requisiti per avere diritto alla pensione di vecchiaia si maturano anche con 40 anni di contribuzione (senza avere riguardo all'età anagrafica) oppure con 35 anni di contribuzione e l'età anagrafica prevista per la pensione di anzianità.

4 Sul principio di parità retributiva tra uomo e donna nel diritto comunitario si veda, in generale, M. Roccella, T. Treu, *Diritto del lavoro della Comunità europea*, Padova: Cedam, 2007, p. 242 ss. Si veda inoltre M. Barbera, *Discriminazioni ed eguaglianza nel rapporto di lavoro*, Milano: Giuffrè, 1991, p. 103 ss.

5 CGCE 28 settembre 1994, causa C-7/93, *Beune*, in *Racc.* 1994, p. I-4471; CGCE 29 novembre 2001, causa C-366/99, *Griesmar*, in *Racc.* 2001, p. I-9383; CGCE 12 settembre 2002, causa C-351/00, *Niemi*, in *Racc.* 2002, p. I-7007.

sulla base dell'applicazione del c.d. «criterio dell'impiego», il quale stabilisce una connessione tra la corresponsione della pensione e il rapporto intercorso tra il lavoratore e lo Stato ex datore di lavoro (il sistema pensionistico dei dipendenti pubblici viene dunque equiparato, per questa via, ad un «regime professionale»). Una volta riconosciuta la natura retributiva della pensione, si applica ad essa il principio della parità di trattamento tra uomo e donna, con riguardo sia all'importo che alle condizioni di accesso, fatta salva la possibilità per lo Stato membro, prevista dall'art. 141.4 CE, di mantenere o adottare «misure che prevedano vantaggi specifici diretti a [...] a evitare o compensare svantaggi nelle carriere professionali» (corsivo mio).

Questo, in estrema sintesi, l'*iter* logico seguito dalla Corte, la quale, nel caso di specie, non ha ritenuta giustificata da esigenze di tipo compensatorio la differenza di età pensionabile tra i due sessi contemplata dall'ordinamento italiano e ha dichiarato la sua contrarietà al diritto comunitario.

Il risultato cui i giudici sono pervenuti può ritenersi complessivamente condivisibile, sebbene qualche perplessità sorga in relazione alla correttezza di alcuni dei passaggi intermedi del ragionamento svolto. All'analisi di questi passaggi argomentativi è dedicato il paragrafo successivo.

2. L'assoggettabilità della pensione erogata dall'Inpdap all'art. 141 CE: critica

Il primo problema che la Corte si è trovata ad affrontare riguarda la determinazione delle norme applicabili al caso di specie, il che ha portato i giudici ad interrogarsi sulla natura del regime pensionistico previsto per i dipendenti pubblici italiani.

Sulla base di una giurisprudenza ormai consolidata, quando venga in considerazione il profilo della parità di trattamento, i «regimi professionali» rientrano nell'ambito di applicazione dell'art. 141 CE⁶, mentre i «regimi legali» sono assoggettati alla direttiva n. 7/79/CEE⁷. A seconda della ricostruzione accolta, gli esiti possono essere differenti: mentre l'art. 141 CE conduce ad un'applicazione assai rigida del principio di parità di trattamento, la direttiva 79/7/CEE lascia agli Stati membri margini di manovra più ampi, ad esempio proprio sotto il profilo della

⁶ A tale riguardo, il *leading case* è rappresentato da CGCE 17 maggio 1990, causa C-262/88, *Barber*, in *Racc.* 1990, p. I-1889.

⁷ Cfr. Direttiva del Consiglio del 19 dicembre 1978, n. 79/7/CEE, relativa alla graduale attuazione del principio di parità di trattamento tra gli uomini e le donne in materia di sicurezza sociale. Per un commento della direttiva cfr. F. Pennings, *Introduction to European Social Security Law*, The Hague: Kluwer Law International, 2001, p. 281 ss.

differenziazione dell'età pensionabile. L'art. 7.1 della direttiva prevede alcune eccezioni al divieto di discriminazione sancito dall'art. 4, escludendo dal proprio ambito di applicazione alcune ipotesi quali, ad esempio, la «fissazione dei limiti di età per la concessione della pensione di vecchiaia», ammettendo quindi che gli Stati membri stabiliscano un'età pensionabile differente per uomini e donne (cfr. lett. a) dell'art. 7.1).

La Corte ha risolto il problema della norma applicabile al caso di specie facendo ricorso al c.d. «criterio dell'impiego» ricavabile dall'art. 141.2 CE, secondo il quale è da considerarsi retribuzione qualsiasi emolumento versato, direttamente o indirettamente, dal datore di lavoro al lavoratore «in ragione dell'impiego» di quest'ultimo: la pensione di vecchiaia, versata dallo Stato (ex datore di lavoro) al lavoratore in ragione del pregresso rapporto di lavoro, sarebbe dunque da considerare retribuzione, per ciò stesso assoggettata al campo di applicazione dell'art. 141 CE.

Il criterio dell'impiego, sebbene ritenuto determinante, conosce alcune forme di temperamento, delineate dalla stessa Corte, la quale, in *Defrenne I*, ha stabilito che la nozione di retribuzione ex art. 141 CE «non può essere estesa ai regimi o alle prestazioni previdenziali, in ispecie alle pensioni di vecchiaia, direttamente disciplinate dalla legge al di fuori di qualsiasi concertazione nell'ambito dell'impresa o della categoria professionale interessata, e obbligatorie per categorie generali di lavoratori» (cfr. punto 7 della sentenza)⁸.

Di primo acchito, sembrerebbe che il regime pensionistico gestito dall'Inpdap possa rientrare nell'area di esenzione circoscritta da *Defrenne I*. Ad avvalorare questa conclusione vi sarebbero alcune circostanze: il regime Inpdap è regolato dalla legge; sia l'Inps che l'Inpdap, in quanto forme di previdenza obbligatorie, sono assoggettati ai medesimi principi generali di gestione stabiliti dal d.lgs. n. 479/1994; i limiti di età, fissati a 65 anni per gli uomini e 60 per le donne, sono uniformemente stabiliti, sia per i lavoratori iscritti all'Inps che per i lavoratori iscritti all'Inpdap (c.d. pensione di vecchiaia «unificata»). In altre parole, Inps e Inpdap sono entrambi partecipi, pur nella loro autonomia, di un sistema di sicurezza sociale «legale» (*statutory*).

Le ragioni di politica sociale alla base dell'esenzione formulata in *Defrenne I*, tuttavia, cedono il passo di fronte alla sussistenza di una triplice condizione che, secondo la Corte, impone di trascendere il dato formale della fonte legale della disciplina del regime pensionistico. Ricorrendo ad una formula ormai tralatizia, inaugurata in *Beune* e in seguito puntualmente riproposta, i giudici hanno affermato che «le

⁸ Cfr. CGCE 25 maggio 1971, causa C-80/70, *Defrenne I*, in *Racc.* 1971, p. 445.

considerazioni di politica sociale, di organizzazione dello Stato, di etica o anche le preoccupazioni di bilancio che hanno avuto o hanno potuto avere un ruolo nella determinazione di un regime pensionistico da parte di un legislatore nazionale non possono considerarsi prevalenti qualora la pensione interessi soltanto una categoria particolare di lavoratori, sia direttamente funzione degli anni di servizio prestati e il suo importo sia calcolato in base all'ultimo stipendio del dipendente pubblico» (cfr. punto 37 della sentenza in commento)⁹. In tal caso, infatti, il trattamento previdenziale erogato dal datore di lavoro pubblico sarebbe «del tutto simile» a quello erogato da un datore di lavoro privato ai suoi ex dipendenti (cfr. *Beune*, punto 45; *Griesmar*, punto 30). È nell'applicazione di questo triplice criterio che il ragionamento della Corte mostra qualche incertezza.

Rispetto al primo dei tre criteri, la Corte, sulla base della propria giurisprudenza precedente¹⁰, ha avuto buon gioco nel considerare i dipendenti pubblici come una «categoria particolare di lavoratori», caratterizzata da un tratto comune rinvenibile nelle «caratteristiche peculiari che disciplinano il loro rapporto di lavoro con lo Stato, con altri enti o datori di lavoro pubblici» (cfr. punto 40).

Sul fatto che l'importo della pensione tenga conto dell'anzianità contributiva – e siamo al secondo criterio – *nulla quaestio*. Tale criterio è pienamente soddisfatto.

Assai meno rigorosa è stata l'applicazione del terzo criterio, secondo cui l'importo della pensione deve essere calcolato in base all'ultima retribuzione percepita. Qui il ragionamento della Corte mostra evidenti forzature. Infatti, dapprima il criterio viene enunciato come se fosse scolpito nella roccia. In seguito, poiché il sistema di calcolo adottato dal sistema italiano tiene conto non già dell'ultima retribuzione percepita, bensì della retribuzione media degli ultimi dieci anni¹¹, i giudici

9 La medesima affermazione è presente nelle citate sentenze *Beune* (punto 45), *Griesmar* (punto 30) e *Niemi* (punto 47). Con riferimento alla sentenza *Griesmar*, si veda T. Pileggi, *Parità di trattamento retributivo e benefici pensionistici: ulteriori precisazioni dalla giurisprudenza comunitaria*, in RIDL, 2002, II, p. 677 ss.

10 Cfr. *Beune*, punto 42; *Griesmar*, punto 31; *Niemi*, punto 48. In particolare, in *Beune* si afferma a chiare lettere che «benché la nozione di "categorie generali di lavoratori" non sia stata definita dalla Corte successivamente alla citata sentenza *Defrenne I*, è esatto affermare che essa può difficilmente valere per una categoria particolare di lavoratori come quella dei dipendenti pubblici, i quali si distinguono dai lavoratori di un'impresa o di un gruppo di imprese, di un comparto economico o di un settore professionale o interprofessionale soltanto in ragione delle caratteristiche peculiari che disciplinano il loro rapporto di lavoro con lo Stato, con altri enti o datori di lavoro pubblici».

11 La Corte ha preso in considerazione la base di calcolo della pensione di coloro assoggettati al vecchio regime retributivo. Per coloro che saranno assoggettati al regime contributivo introdotto dalla l. n. 335/1995, la base di calcolo sarà costituita dalla

richiamano casi precedenti dai quali risulta che il criterio in oggetto è stato applicato in modo alquanto elastico, essendosi di volta in volta ritenuta rilevante la retribuzione corrisposta negli ultimi sei mesi (*Griesmar*), nell'ultimo anno (*Schönheit e Becker*)¹² o negli ultimi anni (*Niem*).

L'impressione, in questo come in altri casi, è che la Corte di giustizia abbia piegato alcuni parametri di giudizio all'esigenza di assicurare comunque l'applicazione dell'art. 141 CE e del principio di parità di trattamento che in esso trova attuazione. Un'ulteriore conferma, dunque, del potente «campo magnetico» esercitato dall'art. 141 CE¹³.

3. La natura discriminatoria della disciplina dell'età pensionabile prevista per l'accesso al trattamento pensionistico di vecchiaia dei dipendenti pubblici italiani

Definita la questione della norma applicabile al caso di specie, la Corte di giustizia affronta il cuore del problema: i profili discriminatori della previsione di un'età pensionabile differenziata sulla base del sesso. La Corte afferma senza mezzi termini che «la fissazione di un requisito di età che varia secondo il sesso per la concessione di una pensione che costituisce una retribuzione ai sensi dell'art. 141 CE è in contrasto con questa disposizione» (cfr. punto 55 della sentenza). Ciò che la Corte non dice apertamente è dove risieda la discriminazione, con il rischio che il profilo discriminatorio della disciplina contestata cambi a seconda del punto di osservazione assunto.

Secondo una interpretazione che è stata fornita in sede di primo commento, requisiti di età inferiori comportano prestazioni di più modesta entità, con la conseguente violazione del principio di parità retributiva¹⁴. Ad essere penalizzate, in questa prospettiva, sarebbero le donne. È però da dubitare che sia stata questa la preoccupazione principale dei giudici.

contribuzione accreditata nel corso dell'intera vita lavorativa, opportunamente rivalutata.

12 Cfr. CGCE 23 ottobre 2003, cause riunite C-4/02 e C-5/02, *Schönheit e Becker*, in *Racc.* 2003, p. I-12575.

13 L'efficace metafora è proposta da S. Fredman, *The Poverty of Equality: Pensions and the ECJ*, in *Industrial Law Journal*, Vol. 25, No. 2, 1996, p. 94.

14 Cfr. G. Cazzola, *La differenza di età pensionabile tra lavoratori e lavoratrici nel pubblico impiego viola gli obblighi comunitari: la Corte di giustizia interviene a gamba tesa nel dibattito sull'innalzamento dell'età pensionabile per le donne*, in *Bollettino Adapt*, 17 novembre 2008, n. 36. In senso analogo si è recentemente espresso il ministro Renato Brunetta nell'intervista rilasciata al quotidiano *La Repubblica*: cfr. R. Mania, *Sulle pensioni non torno indietro. Possiamo creare 2 milioni di posti*, in *La Repubblica* del 15 dicembre 2008.

Infatti, se tale fosse stata l'impostazione prescelta dalla Corte, essa avrebbe potuto tener conto di due norme appositamente pensate per neutralizzare il rischio di un depauperamento della prestazione previdenziale:

a) la norma di cui all'art. 4, comma 1, della l. n. 903/1977 (oggi: art. 30 del d.lgs. n. 198/2006), la quale consente alle donne di optare per la prosecuzione dell'attività lavorativa fino ai limiti di età previsti per gli uomini: data la propensione registrata nel pubblico impiego ad usufruire di questa possibilità¹⁵, tale norma, nel favorire l'accumulazione di un montante contributivo più consistente, è in grado di neutralizzare l'impatto sfavorevole della previsione di un'età pensionabile fissata ad una soglia inferiore;

b) la norma di cui all'art. 2, comma 21, della l. n. 335/1995 che, per taluni dipendenti pubblici per i quali era stata precedentemente stabilita un'età pensionabile più elevata, dispone: «con effetto dal 1° gennaio 1996, le lavoratrici iscritte alle forme esclusive dell'assicurazione generale obbligatoria per l'invalidità, la vecchiaia e i superstiti al compimento del sessantesimo anno di età, possono conseguire il trattamento pensionistico secondo le regole previste dai singoli ordinamenti di appartenenza per il pensionamento di vecchiaia ovvero per il collocamento a riposo per raggiunti limiti di età». In questo caso, il pensionamento al compimento dei 60 anni è da intendersi come facoltà di cui le donne possono disporre, salva la possibilità di proseguire fino all'età pensionabile superiore prevista dalla legge (es. 65 per lavoratori e lavoratrici impiegati presso i ministeri).

Eppure, nella sentenza questi profili non sono stati trattati.

I giudici hanno scelto di affrontare la questione da un'angolazione diversa. Il problema centrale sembra essere costituito dal fatto che le donne godono, sotto taluni profili, di un trattamento più favorevole di quello riservato agli uomini: infatti, per effetto dell'età pensionabile

15 Cfr. *Età pensionabile, più donne statali scelgono il rinvio*, in *Il Sole 24 Ore*, 7 dicembre 2008, da cui si ricava quanto segue: «tra il 1996 e il 2008, vale a dire dalla riforma Dini alla sentenza della Corte del Lussemburgo che impone all'Italia di allineare l'età di pensionamento di uomini e donne, sono state solo 89.710 (pari al 18,75 per cento del totale) le donne che si sono ritirate in un'età compresa tra i 60 e i 64 anni in assenza dei requisiti minimi dei 35 anni di versamenti contributivi. Su un totale di 478.571 pensionamenti di impiegate, funzionarie e dirigenti, la maggior parte ha scelto di lasciare l'ufficio dopo il 35esimo anno di lavoro (44%) anche con un'età inferiore ai 60 anni, mentre un altro 30% s'è pensionata con un'età superiore (il 13% addirittura dopo aver compiuto il limite maschile dei 65 anni). A segnare una tendenza che potrebbe rafforzarsi nei prossimi anni è il superamento nel 2005 (come si nota nel grafico), dei ritiri con un'età inferiore ai 65 anni ma con 35 anni di versamenti, comportamento virtuoso secondo i giudici europei, rispetto i pensionamenti decisi, a parità di età anagrafica, senza il requisito minimo dei versamenti».

inferiore e del maggiore tasso medio di sopravvivenza, le lavoratrici «hanno continuato a ricevere prestazioni pensionistiche di fatto fornite di un *tasso di rendimento reale* maggiore di quello degli uomini, così come hanno continuato ad assorbire dal sistema risorse finanziarie in quantità proporzionalmente maggiore»¹⁶. Tuttavia, secondo i giudici di Lussemburgo, un simile trattamento non sembra essere sorretto da un'adeguata giustificazione.

È di particolare interesse il modo in cui la Corte, nella sua motivazione, scardina l'argomento forte su cui il Governo italiano ha costruito la sua difesa, ossia che la differenziazione dell'età pensionabile sarebbe giustificata proprio dall'esigenza di assicurare l'«effettiva e completa parità tra uomini e donne», compensando gli svantaggi che queste patiscono nel corso della vita professionale.

Il Governo italiano, in altre parole, ha fatto leva sul disposto dell'art. 141.4 CE, che consente l'attribuzione di vantaggi specifici al sesso più esposto agli effetti negativi di quelle dinamiche, proprie del mercato del lavoro, che finiscono col penalizzare per lo più le donne. La linea difensiva scelta dal nostro Governo non si discosta molto da quanto viene sostenuto dalla giurisprudenza italiana. La Corte costituzionale, sulla base del combinato disposto degli artt. 3 e 37 Cost., ha sempre ammesso la legittimità della previsione di un'età pensionabile inferiore, vista come una sorta di «privilegio» per le donne giustificato dall'esigenza di tutelare la loro essenziale funzione familiare¹⁷. In sostanza, il trattamento differenziato troverebbe fondamento nel fatto che, nella nostra società, alle donne è sovente imposto lo svolgimento di un doppio lavoro, nel quale attività professionale e attività di cura a beneficio dei familiari (figli, anziani) si sommano¹⁸.

Il ragionamento della Corte di giustizia si pone decisamente in rotta di collisione con la ricostruzione tradizionalmente prospettata dai

16 Cfr. M. Cinelli, *Diritto della previdenza sociale*, Torino: Giappichelli, 2007, p. 473.

17 Cfr. La prima pronuncia in tal senso è Corte Cost. n. 123/1969, nella quale il trattamento privilegiato accordato alle donne viene giustificato sulla base di un «criterio attitudinario» che «tiene conto della costituzione, della capacità, della resistenza a particolari lavori faticosi, del rendimento e di altri fattori, che si compendiano nel termine *attitudine*». Decisamente più corretta l'interpretazione fornita dalla Consulta in epoca successiva con le sentenze nn. 137/1986, 335/2000 e 256/2002, nelle quali la specificità della donna viene ricondotta alla sua funzione nella famiglia e nella società. In dottrina, si vedano i recenti contributi di P. Olivelli, *Donne e previdenza*, in *Rivista di Diritto della Sicurezza Sociale*, n. 2, 2008, p. 367 ss. e A. Caligiuri, *La parità di trattamento tra uomo e donna in materia di sicurezza sociale: profili di diritto comunitario*, in *Rivista di Diritto della Sicurezza Sociale*, n. 1, 2008, p. 209 ss.

18 Per un'approfondita analisi dell'art. 37 Cost., e delle sue implicazioni, si veda T. Treu, *Il comma dell' art. 37*, in AA.VV., *Rapporti economici – Tomo I*, Commentario della Costituzione a cura di G. Branca. Art. 35-40, Bologna-Roma: Zanichelli, 1979, p. 146 ss.

nostri giudici nazionali (e fedelmente ripresa dal Governo). Nel soffermarsi sul significato da attribuire all'art. 141.4 CE, la Corte di giustizia afferma che «i provvedimenti nazionali contemplati da tale disposizione debbono, in ogni caso, contribuire ad aiutare la donna a vivere la propria vita lavorativa su un piano di parità rispetto all'uomo»; sicché «la fissazione, ai fini del pensionamento, di una condizione d'età diversa a seconda del sesso non è tale da compensare gli svantaggi ai quali sono esposte le carriere dei dipendenti pubblici di sesso femminile aiutando queste donne nella loro vita professionale e ponendo rimedio ai problemi che esse possono incontrare durante la loro carriera professionale» (cfr. punto 58 della sentenza).

Nel fissare requisiti di età diversificati a seconda del sesso, il legislatore italiano ha adottato un approccio basato su forme di «compensazione *ex post*», che sembrano voler risarcire le donne per una situazione di svantaggio considerata immanente, strutturale. Nell'ambito delle politiche previdenziali, sono state invece meno battute strade volte a promuovere l'effettiva partecipazione della donna al mercato del lavoro mediante la predisposizione di misure capaci di compensare gli svantaggi «durante» lo svolgimento della vita professionale e non «alla fine» di essa.

Rigettando la logica della compensazione *ex post*, la quale non traduce fedelmente il significato della norma di cui all'art. 141.4 CE, la Corte di giustizia invita implicitamente l'Italia a spostare il *focus* della tutela sulla «vita lavorativa».

4. La decisione della Corte nel contesto delle politiche sociali comunitarie in corso di attuazione

Non si deve ritenere che la sentenza della Corte sia giunta come un fulmine a ciel sereno. Il clima culturale era, ed è, assai favorevole all'assunzione di una decisione che mostra di essere in linea con il pensiero dominante rispetto al problema della ristrutturazione dei sistemi europei di *welfare*. Diversi segnali lasciavano presagire un simile epilogo, soprattutto se si considera che spesso la Corte è stata sensibile al contesto ambientale sul quale le sue sentenze andavano ad incidere.

La Commissione da anni insiste sulla necessità di riformare i sistemi pensionistici nazionali, esposti agli effetti negativi dell'invecchiamento della popolazione. Una delle soluzioni individuate per alleviare la pressione esercitata dall'attuale *trend* demografico è quella del progressivo innalzamento dell'età pensionabile, in modo da favorire la sostenibilità finanziaria del *welfare* pubblico¹⁹.

19 Cfr. Comunicazione della Commissione al Consiglio, al Parlamento europeo e al Comitato

A sua volta, l'innalzamento dell'età pensionabile è strettamente connesso all'obiettivo, fissato a Lisbona nel 2000, dell'incremento del tasso di occupazione dei lavoratori con un'età compresa tra i 55 e i 64 anni, in un'ottica di *active ageing*. La promozione di forme di attivazione della forza lavoro più anziana, oltre che implicare interventi volti alla modifica della struttura del mercato del lavoro, può passare (e spesso passa) anche per il riavvicinamento dei requisiti di età previsti per gli uomini e le donne, assumendo di norma come parametro di riferimento il requisito più elevato.

Politiche occupazionali e politiche di *welfare*, dunque, condividono il medesimo orizzonte, saldandosi le une alle altre nell'ambito di una strategia integrata²⁰.

Vi è inoltre un profilo di diritto positivo che la Corte non ha espressamente menzionato, ma di cui ha probabilmente tenuto conto ai fini della decisione finale. La direttiva n. 79/7/CEE, pur ammettendo alcune deroghe al principio di parità di trattamento, ad esempio con riferimento all'età pensionabile, considera tali deroghe transitorie e richiede che gli Stati membri valutino periodicamente se esse siano giustificate (cfr. art. 7.2 della direttiva). La prospettiva, dunque, è quella del progressivo superamento delle differenze tra uomini e donne in materia di età pensionabile, non certo il loro mantenimento per un periodo di tempo indefinito²¹.

Non è un caso che la parificazione dei requisiti anagrafici di accesso alla pensione di vecchiaia costituisca la regola negli ordinamenti previdenziali di molti Stati membri: analizzando i regimi di *welfare* dei paesi che più si avvicinano al nostro – quelli dell'Europa a 15 – ci si accorgerà che solo in Italia l'ipotesi di parificare l'età pensionabile di uomini e donne non è stata presa in considerazione nemmeno per il futuro²².

In un contesto come quello appena descritto, era forse inevitabile

economico e sociale, *La futura evoluzione della protezione sociale nel lungo periodo: pensioni sicure e sostenibili*, COM (2000) 622 def., Bruxelles, 11.10.2000.

20 Cfr., ad es., *Joint Report on Social Protection and Social Inclusion 2008*, p. 50 ss.

21 Questo concetto è stato recentemente ribadito dalla Commissione nel rapporto *Adequate and Sustainable Pensions – Synthesis Report 2006* (p. 140 ss.).

22 Cfr. S. Leitner, *Sex and Gender Discrimination within EU Pension Systems*, in *Journal of European Social Policy*, Vol. 11 (2), 2001, p. 99 ss. e, più recentemente, MISSOC 2007. La parificazione dei requisiti anagrafici ai fini della pensione di vecchiaia è prevista dagli ordinamenti di Danimarca, Finlandia, Francia, Germania, Irlanda, Lussemburgo, Paesi Bassi, Portogallo, Spagna, Svezia. In Grecia tale parificazione riguarda gli assicurati a partire dal 1993, mentre in Belgio essa opererà a partire dal 2009. La previsione della stessa età pensionabile per uomini e donne si colloca invece su un orizzonte temporale di più lungo periodo nel Regno Unito (dal 2020) e in Austria (dal 2033).

che l'Italia – dopo essere stata oggetto degli «amichevoli» suggerimenti della Commissione²³ – incorresse in una procedura di infrazione e, a seguito di questa, in una censura da parte della Corte di giustizia.

5. Osservazioni conclusive

Quello descritto nei paragrafi precedenti è il quadro giuridico in cui si inserisce la sentenza C-46/07. È però necessario provare a fare qualche riflessione su quello che accadrà in futuro per effetto di tale pronuncia. Nel breve periodo, è da dubitare che vi saranno novità rilevanti, e questo per due ragioni: la prima di ordine politico; la seconda di ordine giuridico.

La ragione politica è semplice. Al momento non pare esservi la volontà di affrontare un percorso politicamente rischioso come quello che porterebbe ad un'ulteriore revisione dell'età pensionabile, e questo non solo per l'opposizione del mondo sindacale, ma anche per le perplessità sollevate, in modo trasversale, da molti esponenti politici (anche di Governo)²⁴.

La ragione giuridica, almeno nel breve periodo, potrebbe fornire una sponda alla prevedibile inerzia dei decisori politici. Mi riferisco al fatto che la Corte di giustizia, contrariamente a quanto superficialmente detto e scritto da molti *mass-media* italiani, si è limitata a stabilire che la disciplina dell'età pensionabile dei dipendenti pubblici contrasta con l'art. 141 CE. Nulla di più, nulla di meno. Si tratta quindi di una «sentenza di mero accertamento, e non di una sentenza di accertamento costitutivo (annullamento dei provvedimenti nazionali riconosciuti come incompatibili), né, tanto meno, di condanna»²⁵. È ben vero che, ai sensi dell'art. 228.1 CE, in capo allo Stato membro sorge l'obbligo di «prendere i provvedimenti che l'esecuzione della sentenza della Corte di giustizia comporta». Tuttavia, si tratta, nella fase iniziale, di un obbligo non coercibile, poiché sprovvisto di sanzione. Perché si giunga ad una vera e propria sentenza di condanna, sulla base della quale applicare sanzioni economiche, è necessario che la Commissione, rilevato il persistere

23 Cfr. *Adequate and Sustainable Pensions*, cit., p. 194, dove si raccomanda all'Italia di incrementare il tasso di occupazione delle donne e dei lavoratori più anziani (55-64enni), nonché di prendere in considerazione la misura della parificazione dei requisiti di accesso ai trattamenti pensionistici, innalzando l'età pensionabile delle donne, così da attenuare il divario attualmente esistente con gli uomini.

24 È di questi giorni la proposta di un ministro del Governo in carica di ridefinire l'età pensionabile dei dipendenti pubblici in conformità a quanto stabilito dalla Corte di giustizia. La proposta, oltre ad incontrare la prevedibile ostilità dell'opposizione e dei sindacati – che su questo tema hanno ritrovato un'unità di azione che sembrava irrimediabilmente smarrita – ha suscitato le reazioni negative anche di una parte della stessa maggioranza.

25 Cfr. L. Daniele, *Diritto dell'Unione europea*, Milano: Giuffrè, 2008, p. 271.

dell'inadempimento dello Stato membro, dia avvio ad una seconda procedura di infrazione per violazione dell'obbligo di cui all'art. 228²⁶. E un simile *iter* richiede tempo.

Ad ogni modo, il fatto che per ora la Corte si sia limitata ad accertare la violazione dell'Italia, senza che ad essa abbia fatto seguito l'irrogazione di sanzioni, non modifica la sostanza delle cose: in capo al nostro paese è sorto l'obbligo di adottare tutte le misure idonee a ripristinare la conformità dell'ordinamento giuridico nazionale al Trattato, e si sa che gli obblighi comunitari, anche quando non siano coercibili, debbono essere presi sul serio.

Di conseguenza, la questione dell'età pensionabile delle donne, seppur scomoda, deve essere affrontata; possibilmente, senza pregiudizi.

Com'era prevedibile, contro la sentenza della Corte di giustizia si è levata la voce di una parte consistente del mondo politico e sindacale. L'argomento sostenuto da coloro che si dicono contrari alla parificazione dell'età pensionabile si basa sulla considerazione che le donne, che già patiscono una condizione di svantaggio durante la vita lavorativa, si troverebbero ad essere ulteriormente penalizzate.

Ma è proprio così? La parificazione dell'età pensionabile auspicata dalla Corte di giustizia si tradurrebbe necessariamente in un *vulnus* per le donne? Il tema è alquanto complesso e la brevità di questo contributo non consente di dare una risposta adeguatamente approfondita. Nondimeno, qualche sintetica osservazione può essere svolta.

1) Occorre prendere atto del carattere discriminatorio della disciplina dell'età pensionabile prevista per i dipendenti pubblici: la sentenza della Corte di giustizia e gli obblighi che da essa discendono devono costituire, comunque la si pensi, il punto di partenza, trattandosi di un dato che non si può ignorare. Ciò premesso, l'approccio più corretto

26 Cfr. art. 228.2 CE: «Se ritiene che lo Stato membro in questione non abbia preso detti provvedimenti, la Commissione, dopo aver dato a tale Stato la possibilità di presentare le sue osservazioni, formula un parere motivato che precisa i punti sui quali lo Stato membro in questione non si è conformato alla sentenza della Corte di giustizia.

Qualora lo Stato membro in questione non abbia preso entro il termine fissato dalla Commissione i provvedimenti che l'esecuzione della sentenza della Corte comporta, la Commissione può adire la Corte di giustizia. In questa azione essa precisa l'importo della somma forfetaria o della penalità, da versare da parte dello Stato membro in questione, che consideri adeguato alle circostanze.

La Corte di giustizia, qualora riconosca che lo Stato membro in questione non si è conformato alla sentenza da essa pronunciata, può comminargli il pagamento di una somma forfetaria o di una penalità [...]. Per approfondimenti sul tema cfr. P. Wennerås, *A New Dawn for Commission Enforcement Under Articles 226 and 228 EC: General and Persistent (GAP) Infringements, Lump Sums and Penalty Payments*, in *Common Market Law Review*, 43, 2006, p. 31 ss.

è quello di considerare la pronuncia dei giudici comunitari non una minaccia, bensì un'occasione per affrontare un dibattito colpevolmente rinviato per troppo tempo.

L'interpretazione del combinato disposto degli artt. 3 e 37 Cost. che la Consulta ha tradizionalmente fornito non è l'unica possibile. Le misure compensative sono consentite dalla Carta costituzionale, ma certamente non sono imposte. In altri termini, non è preclusa l'esplorazione di strade alternative, alcune peraltro già note²⁷: a) attribuzione di c.d. «*care credits*», vale a dire forme di contribuzione figurativa riconosciute in occasione della sospensione dell'attività di lavoro dovuta alla maternità o all'esigenza di prestare assistenza a favore di familiari non autosufficienti (tipicamente, bambini ed anziani)²⁸; b) fruizione, da parte dei lavoratori di entrambi i sessi, di congedi retribuiti, rispetto ai quali si potrebbe immaginare l'estensione dell'ambito di applicazione; c) potenziamento di alcuni servizi pubblici, quali ad esempio gli asili nido, di cui si dovrebbe migliorare il livello di accessibilità. Per dirla con un fortunato slogan coniato dalla dottrina qualche anno addietro, «meno pensioni, più *welfare*»²⁹.

II) Il mantenimento del differenziale di età pensionabile tra uomini e donne può produrre un effetto indesiderato, anzi, contrario alle intenzioni del legislatore: la perpetuazione di uno schema di divisione dei ruoli di stampo tradizionalistico. Questo rischio è stato segnalato dal Comitato per la protezione sociale, il quale, ragionando sulle conseguenze della previsione di requisiti d'età differenziati sulla base del sesso per l'accesso ai trattamenti previdenziali, ha assunto una posizione molto netta: «se da un lato queste discriminazioni dirette possono compensare i sacrifici nella vita professionale compiuti solitamente dalle donne, dall'altro rischiano di cementare i ruoli tradizionalmente assegnati ai due sessi, se certi vantaggi vengono offerti solo alle donne ma non agli uomini che sarebbero disposti ad assumersi una quota maggiore delle responsabilità familiari»³⁰.

27 Già negli anni '70 la dottrina più attenta suggeriva un approccio di tipo più inclusivo, mediante l'adozione di misure in grado di anticipare la tutela durante lo svolgimento della vita lavorativa: cfr. T. Treu, *Il I comma dell'art. 37*, cit.

28 L'esperienza tedesca potrebbe fornire spunti interessanti: cfr. *Adequate and Sustainable Pensions*, cit. Favorevoli a prendere ad esempio la Germania sono E. Fornero, C. Monticone, *Lo spunto per dire addio a tutele fittizie*, in *Il Sole 24 Ore*, 14 novembre 2008, nonché la sociologa Chiara Saraceno (cfr. le dichiarazioni rilasciate alla stampa all'indomani della pronuncia della sentenza in commento: *La Corte europea condanna l'Italia per l'età pensionabile delle donne*, in *La Repubblica* del 13 novembre 2008).

29 Cfr. T. Boeri, R. Perotti, *Meno pensioni, più welfare*, Bologna: il Mulino, 2002.

30 Cfr. il rapporto *Pensioni adeguate e sostenibili. Relazione del Comitato per la protezione sociale sulla futura evoluzione della protezione sociale*, Bruxelles, 2001, p. 34, reperibile sul

Le considerazioni del Comitato per la protezione sociale sollevano una questione di cruciale importanza per le politiche comunitarie di pari opportunità: la necessità di favorire la transizione dall'idea di «conciliazione» dei ruoli familiari all'idea, ben più pregnante, di «condivisione dei diritti e delle responsabilità» all'interno del nucleo familiare³¹. Si tratta di una battaglia innanzi tutto culturale che tuttavia necessita, per il suo successo, di essere assistita da adeguati strumenti giuridici.

III) A suggerire la parificazione dell'età pensionabile, poi, vi sono anche ragioni di natura assai più concreta. Come accennato in precedenza, limiti di età più bassi implicano una contribuzione inferiore e, quindi, una pensione dall'importo più modesto. Inoltre, le carriere professionali femminili sono mediamente più frammentate rispetto a quelle maschili, essendo sovente caratterizzate dallo svolgimento di lavori precari³². L'insieme di questi fattori fa sì che per le donne il rischio di maturare una pensione esigua sia alquanto elevato e il passaggio al metodo di calcolo contributivo, realizzato con la riforma del 1995, non ha fatto altro che amplificare questo effetto.

Un'età pensionabile più bassa, lungi dal costituire una compensazione per i sacrifici e gli svantaggi affrontati nel corso della vita lavorativa, può invece ritorcersi come un *boomerang* contro le lavoratrici.

La cosa più opportuna da fare, allora, è recuperare il meccanismo introdotto a suo tempo dalla riforma del 1995 (ed espunto da quella del 2004)³³ che prevedeva un'età pensionabile parificata a 65 anni, così da rispettare il principio di parità di trattamento, salva la possibilità di flessibilizzare il momento del pensionamento, lasciando ai lavoratori e alle lavoratrici la facoltà di determinarlo entro una fascia d'età da determinarsi (la «riforma Dini», ad esempio, prevedeva un'età pensionabile compresa tra i 57 ed i 65 anni)³⁴. A ciò si dovrebbe aggiungere la predisposizione di misure di sostegno a favore dei soggetti (sia uomini che donne) impegnati in attività di cura ed assistenza, quali congedi retribuiti, *care credits*, ecc.

IV) Infine, bisogna essere consapevoli che qualsiasi intervento di

sito www.europa.eu.

31 Cfr. L. Calafà, *Paternalità, lavoro e conciliazione condivisa nel diritto europeo*, in L. Calafà (a cura di), *Paternalità e lavoro*, Bologna: il Mulino, 2007, p. 23 ss.

32 Sia consentito il riferimento a F. Ravelli, *Lavoro discontinuo e tutela previdenziale*, Brescia: Promodis, 2007.

33 La riforma previdenziale promossa nel 2004 dall'allora Ministro Maroni ha irrigidito l'età pensionabile: 65 anni per gli uomini, 60 per le donne.

34 La legge richiede, peraltro, che si verifichino altre due condizioni: 1) una contribuzione di almeno 5 anni; 2) l'importo della pensione maturata non deve essere inferiore a 1,2 volte l'importo dell'assegno sociale.

parificazione dell'età pensionabile che interessasse i soli dipendenti pubblici – un obbligo, infatti, è sorto solo in relazione al regime gestito dall'Inpdap – introdurrebbe un elemento di rottura tale da compromettere la razionalità e la coerenza faticosamente conquistate dal nostro sistema previdenziale nel corso degli anni '90. In un ordinamento in cui la disciplina della pensione di vecchiaia è stata armonizzata (cfr. d.lgs. n. 503/1992; l. n. 335/1995), in cui i due principali enti previdenziali, Inps e Inpdap, operano conformandosi ai medesimi principi organizzativi e gestionali (cfr. d.lgs. n. 479/1994), le condizioni accesso al trattamento previdenziale verrebbero ad essere diverse per il solo fatto di essere stati dipendenti dello Stato piuttosto che di un imprenditore privato. Se così fosse, si produrrebbe una situazione di forte disparità di trattamento tra lavoratori del settore pubblico e lavoratori del settore privato, con evidenti profili di illegittimità costituzionale per violazione dell'art. 3 Cost. È quindi necessario che, quando si deciderà di porre mano alla disciplina dell'età pensionabile, ciò venga fatto per mezzo di un intervento che non introduca modifiche settoriali, ma che si preoccupi di salvaguardare la razionalità dell'intero sistema.