

RIVISTA GIURIDICA DEL LAVORO E DELLA PREVIDENZA SOCIALE

Fondata da Aurelio Becca e Ugo Natoli
già diretta da Luciano Ventura, Giorgio Ghezzi e Piergiovanni Alleva

ANNO LXIV - 2013 - N. 3

Trimestrale
luglio-settembre 2013

Il tema

FLESSICUREZZA E PRECARIETÀ

Contributi di: **G. LOY, R. REALFONZO, R. ESCUDERO RODRIGUEZ,
M. RODRIGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, S. LAULOM, P. LOI**

Saggi

A. RENZI IL LIBRO BIANCO 2012 SULLE PENSIONI
L. FASSINA COSTITUZIONE E ART. 8 L. N. 148/2011

Note e commenti

R. RIVERSO AMIANTO E DECADENZA PREVIDENZIALE

Giurisprudenza

Osservatorio «legge Fornero»: **M. BARBIERI** LICENZIAMENTO: LA PRIMA GIURISPRUDENZA
M.C. CIMAGLIA CGUE E DISABILITÀ | **F. SIOTTO** LA SOMMINISTRAZIONE PER LA CGUE |
F. FABBRI LA LEGGE FORNERO RATIONE TEMPORIS | **L. MONTEROSSO** COMPORTAMENTO
DEL LAVORATORE E RISARCIMENTO | **C. ALESSI** PART-TIME E PENSIONE

33 euro

ISSN 0392 - 7229

Tariffa R.O.C. - Poste Italiane S.p.A. - Spedizione in Abbonamento Postale
D.L. 353/2003 (conv. in L. 27/02/2004 n. 46) art. 1, comma 1, DCB Roma



EDIESSE



EDIESSE

I SAGGI CHE COMPONGONO LA PARTE I - DOTTRINA NON DEVONO SUPERARE LE 25 PAGINE NEL FORMATO DELLA RIVISTA E SONO SOTTOPOSTI ALLA VALUTAZIONE DI REFEREEES ANONIMI.

I MATERIALI PER LA PUBBLICAZIONE VANNO INVIATI PER POSTA ELETTRONICA ALLA SEGRETERIA DI REDAZIONE E DEVONO UNIFORMARSI AI CRITERI REDAZIONALI DELLA RIVISTA (CHE POSSONO ESSERE RICHIESTI ALLA STES- SA SEGRETERIA).

Proprietario ed editore

Ediesse s.r.l.

Viale di Porta Tiburtina 36 - 00185 Roma

Tel. 06/44870325 - Fax 06/44870335

www.ediesseonline.it

E-mail: ediesse@cgil.it

Autorizzazione del Tribunale di Roma n. 3848/1954

Sito web della rivista

www.ediesseonline.it/riviste/rgl

Segreteria di redazione

Viale di Porta Tiburtina 36 - 00185 Roma

Tel. 06/44870323 - Fax 06/44870335

E-mail: rgl@ediesseonline.it

Ufficio abbonamenti

Tel. (06) 44870283 - Fax (06) 44870335

Dal lunedì al venerdì 10-13 / 14-16,30

E-mail: ediesse@cgil.it

Tariffe di abbonamento

ordinario 100,00 euro; estero 200,00 euro

Agli studenti universitari che abbiano uno specifico interesse

per il diritto del lavoro verrà riconosciuto lo sconto del 50%

presentando la richiesta del Docente che segue la loro attività.

L'importo dell'abbonamento può essere versato sul conto corrente

postale n. 935015, intestato a Ediesse, specificando la causale.

Una copia: 33,00 euro; arretrati: 66,00 euro

Progetto grafico e fotocomposizione

EDIESSE

Stampa

O.GRA.RO. s.r.l.

Vicolo dei Tabacchi, 1 - 00153 Roma

Egregio Abbonato,

ai sensi dell'art. 10 della legge n. 675/1996 La informiamo che i Suoi dati sono conservati nel nostro archi-
vio informatico e saranno utilizzati dalla nostra società, nonché da enti e società esterne ad essa collegate, solo
per l'invio di materiale amministrativo, commerciale e promozionale derivante dalla ns. attività. La infor-
miamo inoltre che, ai sensi dell'art. 13 della Legge, Lei ha il diritto di conoscere, aggiornare, cancellare, ret-
tificare i suoi dati o opporsi all'utilizzo degli stessi, se trattati in violazione della legge.



Associato all'USPI
Unione Stampa Periodica Italiana

SOMMARIO

PARTE I
DOTTRINA

Francesco Fabbri
Ricordo di Filippo De Ambri Corridoni VII

IL TEMA
Flessicurezza e precarietà
Flexicurity and Job Insecurity

Gianni Loy
Oltre la flessicurezza 479
Beyond Flexicurity

Riccardo Realfonzo
Deregolamentare per crescere? Epl, quota salari e occupazione 487
Deregulation for Growth? Epl, Wage Share and Employment

Ricardo Escudero Rodriguez
Un Requiem per la flessicurezza. 503
Teoria e pratica del modello in alcuni paesi dell'Europa del Sud
A Requiem for Flexicurity.
Theory and Practice of the Model in several Southern European Countries

Miguel Rodriguez-Piñero y Bravo Ferrer
Globalizzazione, flessicurezza e crisi economica 521
Globalization, Flexicurity and Economic Crisis

Sylvaine Laulom
Cosa resta del contratto unico? 539
What is left of the Single Employment Contract?

<i>Piera Loi</i> Rischio e sicurezza nel rapporto di lavoro <i>Security and Risk</i>	569
--	-----

SAGGI

<i>Alessia Renzi</i> Il Libro bianco 2012 sulle pensioni della Commissione europea <i>The 2012 Pensions White Paper of the European Commission</i>	595
<i>Lorenzo Fassina</i> Costituzione e articolo 8 della legge n. 148/2011: il fascino «indiscreto» di una norma irragionevole <i>Italian Constitution and Article 8 of Law n. 148/2011: the «Indiscreet» Charm of an Irrational Rule</i>	617

NOTE E COMMENTI

<i>Roberto Riviero</i> Amianto: nella torre di Babele della decadenza previdenziale	655
--	-----

PARTE II
GIURISPRUDENZA

OSSERVATORIO «LEGGE FORNERO»

<i>Marco Barbieri</i> La nuova disciplina sostanziale del licenziamento individuale: prime risposte giurisprudenziali	333
---	-----

OSSERVATORIO DELLA CORTE COSTITUZIONALE

Le decisioni nel trimestre aprile-giugno 2013	
Rapporto di lavoro	349
Sicurezza sociale	359
<i>A cura di Lorenzo Fassina e Massimo Pallini</i>	

OSSERVATORIO DELLA CORTE DI CASSAZIONE

Sezione lavoro Anno 2012-2013 <i>A cura di Fabrizio Miani Canevari</i>	365
--	-----

RAPPORTO DI LAVORO

<i>Maria Cristina Cimaglia</i> «Niente su di noi senza di noi»: la Corte di Giustizia delinea il nuovo diritto al lavoro delle persone con disabilità <i>(Corte di Giustizia Ue, 4 luglio 2013, C-312/11 Corte di Giustizia Ue, 11 aprile 2013, C-335/11 e C-337/11 Corte di Giustizia Ue, 6 dicembre 2012, C-152/11)</i>	397
--	-----

<i>Federico Siotto</i> Somministrazione e lavoro a termine. Per la Corte di Giustizia «questa o quella pari (non) sono» <i>(Corte di Giustizia Ue, 11 aprile 2013, C-290/12, Sez. VIII)</i>	415
--	-----

<i>Francesco Fabbri</i> Le anomalie della legge Fornero e la sua applicabilità <i>ratione temporis</i> <i>(Cassazione, 7 maggio 2013, n. 10550, Sez. lav.)</i>	431
--	-----

<i>Maria Antonietta Carbone</i> Reintegrazione e diritto di opzione: la Cassazione anticipa la riforma dell'art. 18 <i>(Cassazione, 28 gennaio 2013, n. 1810, Sez. lav.)</i>	436
---	-----

<i>Alberto Mattei</i> L'ordine pubblico nel rapporto di lavoro svolto all'estero <i>(Cassazione, 21 gennaio 2013, n. 1302, Sez. lav.)</i>	442
---	-----

<i>Silvia Magnifico</i> La provocazione come possibile esimente dell'illecito disciplinare <i>(Cassazione, 15 gennaio 2013, n. 807, Sez. lav.)</i>	451
--	-----

<i>Luisa Monterossi</i> L'incidenza del comportamento del lavoratore sul risarcimento del danno <i>(Cassazione, 14 gennaio 2013, n. 699, Sez. lav., ord. Cassazione, 9 gennaio 2013, n. 356, Sez. lav., ord. Cassazione, 3 gennaio 2013, n. 41, Sez. lav., ord.)</i>	458
--	-----

<i>Davide Rizzuti</i> Nullità della facoltà di recesso unilaterale dal patto di non concorrenza (Cassazione, 8 gennaio 2013, n. 212, Sez. lav., ord.)	466
<i>Marianna Russo</i> (Tribunale Taranto, 20 dicembre 2012 Tribunale Gorizia, 19 luglio 2012)	469
DIRITTO SINDACALE	
<i>Lea Saporetti</i> (Tribunale Bari, 23 novembre 2012, ord.)	477
SICUREZZA SOCIALE	
<i>Cristina Alessi</i> Part-time minimo e accesso alla pensione di vecchiaia (Corte di Giustizia Ue, 22 novembre 2012, C-385/11, Sez. VIII)	479
<i>Dario Marinuzzi</i> Per la terza volta all'attenzione della Consulta il trattamento previdenziale dei direttori delle aziende sanitarie (Tribunale Trento, 17 gennaio 2013, ord.)	493

Francesco Fabbri (*)

RICORDO DI FILIPPO DE AMBRI CORRIDONI

Il 15 settembre scorso Filippo De Ambri ci ha lasciato: dirigente d'azienda – colto e informato soprattutto nel nostro campo giuslavoristico –, aveva collaborato attivamente con la Redazione e la Direzione della *Rivista*, facendo parte anche del Comitato di redazione nella seconda metà del secolo scorso.

Basterebbe ricordare, tra gli altri, i suoi saggi e le sue note a sentenza relativi a tutto l'arco della problematica giuslavoristica: ad esempio, i commenti alle decisioni della Corte di Cassazione, che nei primi mesi del 1968 sancirono la non manifesta infondatezza della questione di costituzionalità del vecchio testo dell'art. 2120 cod. civ. nella parte in cui privava il lavoratore dell'indennità di anzianità nel caso di licenziamento per di lui colpa, anche in relazione al fatto che l'art. 9 della legge n. 604/1966 non aveva efficacia retroattiva (fasc. 1-2/1968, parte II, pp. 6 ss.); la sottolineatura del valore cogente, attraverso l'art. 700 cod. proc. civ., dell'ordine di reintegrazione nel posto di lavoro del dipendente illegittimamente licenziato per il solo superamento del periodo di comporta, essendo comunque necessaria – dopo l'entrata in vigore degli artt. 1 e 3 della legge n. 604/1966 – la dimostrazione della sussistenza della giusta causa e/o del giustificato motivo oggettivo (fasc. 1-2/1972, pp. 106 ss.).

Merita poi di essere segnalata la completa e tempestiva *Rassegna critica delle decisioni concernenti la legge 20 maggio 1970, n. 300* (in q. *Riv.*, 1970, II, pp. 817 ss.), nell'ambito della quale venivano considerati: la definizione della fattispecie «comportamento antisindacale del datore di lavoro, i contegni diretti a limitare o impedire l'esercizio dei diritti e delle libertà sindacali con particolare riferimento ai licenziamenti, alla sospensione dell'attività produttiva e alle sanzioni disciplinari, ai trasferimenti, alle limitazioni al diritto di sciopero (serrata di ritorsione), al diritto di assemblea, alla costituzione di organismi sindacali aziendali e alle commissioni interne,

(*) Avvocato in Roma.

delle leggi che lo regolano. In mancanza di una disciplina legislativa (fatta eccezione per la legge n. 146/1990), la definizione del fenomeno non può che attingere i propri tratti costitutivi dalla prassi sindacale, vale a dire dalle molteplici forme di lotta che il sistema di relazioni industriali riconosce come tali; sicché la dimensione giuridica dello sciopero si intreccia con quella fenomenica plasmata dal conflitto collettivo.

Purtuttavia, non ogni manifestazione di lotta sindacale può definirsi come sciopero ai fini della tutela apprestata dalla norma costituzionale.

Invero, l'autotutela degli interessi collettivi può assumere svariate forme, accomunate dalla direzione teleologica, ma non tutte risultano immuni dalla censura di inadempimento contrattuale.

Per quanto concerne lo sciopero del lavoro straordinario, l'orientamento più risalente ne escludeva la legittimità, avuto riguardo agli effetti dell'astensione sul sinallagma contrattuale.

È noto che, nella dinamica del conflitto, il danno subito dal datore di lavoro si compensa nella perdita della retribuzione da parte dei lavoratori in sciopero, i quali accettano la perdita economica pur di sostenere con l'azione di autotutela le proprie rivendicazioni. Così opinando, il rifiuto del solo lavoro supplementare comporterebbe un'alterazione di siffatto equilibrio, atteso il minore sacrificio economico sopportato dal lavoratore, limitato alla maggiorazione retributiva.

Detto orientamento è stato ben presto superato dalla giurisprudenza di legittimità, la quale ha ricondotto la fattispecie nell'alveo dell'art. 40 Cost. Ciò che rileva non è come lo sciopero si manifesta, bensì come esso viene «percepito» nel contesto sociale; è il dato empirico che riempie di contenuti la fattispecie astratta.

La definizione giuridica dello sciopero rispecchia, così, il significato che il termine assume nel linguaggio corrente, vale a dire di astensione collettiva dal lavoro per il raggiungimento di un fine comune.

L'astensione può assumere le forme più varie: istantanea o frazionata nel tempo (intervallando periodi di inattività e di offerta di lavoro); semplice o articolata; circoscritta a una parte dei dipendenti o a gruppi di essi.

Per quanto eterogenea, la fattispecie deve integrare due requisiti: la determinatezza della collocazione temporale e la totalità dell'astensione. L'astensione dal lavoro deve estendersi per una determinata unità di tempo, che può coincidere con una o più giornate ovvero con periodi inferiori alla giornata, purché la sospensione dell'attività lavorativa sia completa; il lavoratore deve astenersi dall'eseguire tutti i singoli e specifici adempimenti che costituiscono l'oggetto della prestazione lavorativa.

Il rifiuto del lavoro straordinario soddisfa entrambi i requisiti: l'astensione ha una precisa delimitazione temporale (l'orario eccedente quello normale) e concerne tutte le attività dedotte in obbligatorietà.

Una simile manifestazione di autotutela rientra, a ragione, nella nozione di sciopero, non suscettibile di limitazione, al di là del rispetto dei valori costituzionalmente garantiti.

Lea Saporetti
Dottonanda di ricerca
presso l'Università di Bari «Aldo Moro»

CORTE DI GIUSTIZIA UE, 22 novembre 2012, C-385/11, Sez. Ottava – Avv. Gen. E. Sharpston – Isabel Elbal Moreno c. Instituto nacional de la seguridad social (Inss), Tesorería general de la seguridad social (Tgss).

Lavoro a tempo parziale – Pensione di vecchiaia – Anzianità contributiva – Calcolo proporzionale all'orario di lavoro – Direttiva n. 79/7/Cee – Clausola 4 – Principio di non discriminazione – Violazione – Sussistenza.

L'art. 4 della Direttiva n. 79/7/Cee del Consiglio, del 19 dicembre 1978, relativa alla graduale attuazione del principio di parità di trattamento tra gli uomini e le donne in materia di sicurezza sociale, deve essere interpretato nel senso che osta, in circostanze come quelle oggetto del procedimento principale, alla normativa di uno Stato membro che esiga dai lavoratori a tempo parziale, costituiti in grande maggioranza da donne, rispetto ai lavoratori a tempo pieno, un periodo contributivo proporzionalmente maggiore ai fini dell'eventuale concessione di una pensione di vecchiaia di tipo contributivo, il cui importo è proporzionalmente ridotto in funzione del loro tempo di lavoro. (1)

(*) Il testo della sentenza è pubblicato in www.ediesseonline.it/rivistel/rgl

(1) PART-TIME MINIMO E ACCESSO ALLA PENSIONE DI VECCHIAIA

SOMMARIO: 1. Le prestazioni previdenziali e la nozione di retribuzione. — 2. Inps e Inns pari (non) sono: prestazioni previdenziali e art. 4, Direttiva n. 79/7/Cee. — 3. Part-time «minimo», calcolo della durata del rapporto di lavoro e discriminazioni indirette.

1. — *Le prestazioni previdenziali e la nozione di retribuzione* — Con la sentenza *Elbal Moreno* la Corte di Giustizia torna a occuparsi delle questioni legate all'applicazione del principio di uguaglianza in materia di prestazioni previdenziali. Si tratta di

un tema che costituisce quasi un classico nell'analisi della giurisprudenza della Corte, ma che riserva sempre alcune sorprese, come si avrà modo di osservare. La sentenza dalla quale prendono avvio queste note è importante, da un lato, perché riconduce le prestazioni erogate dal sistema previdenziale pubblico alle previsioni della Direttiva n. 79/71/Cee e, dall'altro, perché, contrariamente a quanto avveniva in passato, la Corte sembra voler dare alla direttiva, e in particolare all'art. 4, un'interpretazione che lascia poche possibilità di deroghe agli Stati membri.

Com'è noto, la storia dell'applicazione del principio di uguaglianza in materia di prestazioni previdenziali ha visto come protagonista principale l'art. 119 Tce (poi 141 e ora art. 157 Tfu); la Corte ha via via esteso il divieto di discriminazioni retributive sulla base del sesso a tutti gli emolumenti corrisposti in ragione del rapporto di lavoro, a eccezione di contributi e prestazioni ricadenti nell'ambito dei regimi obbligatori di previdenza. A partire dalla sentenza *Bilka*, la Corte ha considerato come retribuzione, e dunque assoggettato alle previsioni dell'art. 119 Tce e della Direttiva n. 75/117/Cee, i contributi versati ai Fondi di previdenza complementare (1), ai Fondi in vario modo sostitutivi della previdenza pubblica, e alle prestazioni erogate dai suddetti fondi (2). Non rientrano nella nozione di retribuzione, restando perciò al di fuori dell'ambito di applicazione dell'art. 119, i regimi legali di previdenza sociale. Come si è osservato in dottrina (3), non sempre i criteri utilizzati dalla Corte di Giustizia per l'inclusione di date prestazioni nella nozione di retribuzione sono univoci. Nella maggior parte dei casi, tuttavia, il test applicato dalla Corte si fonda sull'accertamento del fatto che la pensione «interessa soltanto una categoria particolare di lavoratori», che essa sia «direttamente funzione degli anni di servizio prestati» e che «il suo importo sia calcolato sulla base dell'ultimo stipendio del dipendente» (4).

In molte occasioni, in effetti, la lettura della Corte risulta anche condizionata dal risultato da raggiungere; se si pensa alla vicenda relativa alla differente età pensionabile di uomini e donne, l'atteggiamento delle Corti in questa direzione emerge con molta nettezza. L'equiparazione ha riguardato in primo luogo i regimi pensionistici complementari e sostitutivi della previdenza pubblica, per poi arrivare, con una forzatura di non poco conto, perfino ai regimi legali. Il riconoscimento della natura di prestazioni di previdenza generale alle pensioni erogate dai regimi legali pubblici avrebbe

(1) Corte Giust. Ue 13 maggio 1986, C-170/84, *Bilka*, in *Racc.*, 1986, p. I-1620.

(2) La sentenza apripista in questo ambito è senza dubbio la sentenza *Barber*: Corte Giust. Ue 17 maggio 1990, C-262/88, in *Racc.*, 1990, p. I-1889. Per una ricostruzione dell'evoluzione della giurisprudenza della Corte sul punto si v., tra i molti, E. Ellis, P. Watson, *Eu anti-discrimination law*, Oup, Oxford, 2012, spec. pp. 473 ss.; I. Heide, *Sex equality and social security: selected rulings of the European Court of Justice*, in *Intern. lab. rev.*, 2004, n. 4, pp. 299 ss.; F. Ravelli, *Previdenza complementare e discriminazioni nella giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea*, in *Quad. dir. lav. rel. ind.*, 2012, n. 32, pp. 150 ss.; A. Calagiuri, *La parità di trattamento tra uomo e donna in materia di sicurezza sociale: profili di diritto comunitario*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2008, pp. 209 ss.

(3) O. Bonardi, *Sistemi di welfare e principio di eguaglianza*, Giappichelli, Torino, 2012, p. 72.

(4) Si tratta dei criteri utilizzati a partire dalla sentenza *Beune*: Corte Giust. Ue 28 settembre 1994, C-7/93, *Beune*, in *Racc.*, 1992, p. I-04471. In quel caso, com'è noto, la Corte ha riconosciuto natura retributiva alle prestazioni erogate da un ente di previdenza per i pubblici dipendenti.

comportato, com'è noto, l'esclusione dell'applicazione dell'art. 119 Tce e l'assoggettamento alle previsioni della Direttiva n. 79/71/Cee, il cui art. 7 prevede espressamente che gli Stati membri possano prevedere deroghe rispetto al precetto di parità di cui all'art. 4 in relazione, tra l'altro, all'età pensionabile di uomini e donne. Si tratta di una disposizione non del tutto incondizionata, visto che l'art. 7, comma 2, prevede espressamente che le esclusioni di cui sopra debbano periodicamente essere riviste tenendo conto «dell'evoluzione sociale in materia» (5), ma che lascia certamente ampi margini di discrezionalità agli Stati membri (6).

Guardando in controluce la giurisprudenza della Corte in materia, non solo nell'ambito che qui ci interessa, si può provare a individuare il *fil rouge* che lega le sentenze sull'età pensionabile e l'atteggiamento più complessivo della Corte in materia di parità uomo-donna. In parecchi casi, infatti, la Corte ha censurato le differenze di trattamento tra uomini e donne giustificate sulla base della diversa posizione familiare della donna e della necessità di rimediare agli svantaggi che le donne subiscono in ragione del loro ruolo. Come ribadito nella criticatissima sentenza *Stoekel*, la Corte ha segnalato con forza che le previsioni in materia di parità uomo-donna non hanno lo scopo di «disciplinare questioni attinenti all'organizzazione della famiglia o di modificare la ripartizione delle responsabilità all'interno della coppia» (7). Non c'è dubbio che la posizione della Corte in proposito sia quella volta a propugnare l'autodeterminazione delle donne; a prescindere dalle critiche che possono essere mosse a un simile approccio (8), si può sottolineare come la Corte lo abbia riprodotto con la medesima convinzione nell'affrontare la compatibilità con il diritto comunitario della diversa età pensionabile prevista per i due sessi nella stragrande maggioranza degli ordinamenti europei, sia nei sistemi di previdenza professionale che in quelli legali.

Da questo punto di vista, però, bisogna sottolineare che la Corte non sempre applica questo criterio: anzi, la Corte si occupa espressamente delle questioni di ripartizione delle responsabilità familiari proprio nel momento in cui considera contrari al diritto europeo provvedimenti che non ritiene idonei a favorire la parificazione della posizione di uomini e donne in quest'ambito. Nella sentenza che ha censurato la nor-

(5) Sul punto si v. F. Ravelli, *Età pensionabile nel pubblico impiego e discriminazioni di sesso secondo la Corte di Giustizia (C-46/07)*, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2008, pp. 1145 ss.

(6) In questo senso si v. anche S. Giubboni, *Età pensionabile e parità di trattamento previdenziale tra uomini e donne nel lavoro pubblico riformato*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2009, p. 973.

(7) Corte Giust. Ue 25 luglio 1991, C-345/89, *Stoekel*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1991, II, pp. 707 ss. La sentenza ha suscitato osservazioni molto critiche da parte della dottrina più attenta al tema dell'uguaglianza: si v., in particolare, M.V. Ballestrero, *Dal divieto di lavoro notturno femminile all'autodeterminazione delle donne*, in *q. Riv.*, 1992, I, pp. 695 ss.; M. Barbera, *Tutto a posto, niente in ordine. Il caso del lavoro notturno delle donne*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1999, II, pp. 301 ss. L'affermazione risale, in realtà, alla sentenza *Hoffmann* e, secondo la dottrina, manifesta «l'indisponibilità della Corte a stimolare il disancoramento dal più tradizionale, assolutizzante e onnicomprensivo concetto di maternità»: così D. IZZI, *Eguaglianza e differenze nei rapporti di lavoro: il diritto antidiscriminatorio tra genere e fattori di rischio emergenti*, Jovene, Napoli, 2005, pp. 100 ss. Per una valutazione fortemente negativa dell'atteggiamento della Corte e per la valorizzazione della struttura bidirezionale degli strumenti di conciliazione si v. L. Calafà, *Congedi e rapporto di lavoro*, Cedam, Padova, 2004, spec. pp. 252 ss.

(8) Si v. ancora M. Barbera, *op. cit.*, p. 310, secondo la quale la posizione della Corte presuppone «donne (e uomini) già liberi e uguali, in diritto e in fatto».

mativa italiana in materia di pensioni nel settore pubblico (9), l'approccio della Corte è evidente (10): la differente età pensionabile prevista per uomini e donne rischia di rappresentare un beneficio che, sebbene giustificato dagli svantaggi che le donne subiscono nel loro percorso lavorativo, rischia di perpetuare la suddivisione dei ruoli familiari di stampo tradizionale (11). E se è vero che la sola equiparazione dell'età pensionabile non è sufficiente a incentivare una ripartizione più equa delle responsabilità familiari e di cura tra uomini e donne (12), è anche vero che il mantenimento di benefici destinati esclusivamente alle donne e collegati a esigenze di cura va nella direzione esattamente opposta. Di questi profili si è pure occupata la Corte, quando ha dovuto decidere della compatibilità con il diritto comunitario di disposizioni come quella che prevedeva una maggiorazione della pensione delle dipendenti pubbliche che avessero avuto figli, naturali o adottivi (13). In quest'ultima sentenza, la Corte afferma a chiare lettere che detta maggiorazione non appare idonea «a compensare gli svantaggi ai quali sono esposte le carriere dei dipendenti pubblici di sesso femminile aiutando tali donne nella propria vita lavorativa» (14), non potendosi considerare un provvedimento idoneo ad aiutare la donna «a vivere la propria vita lavorativa su un piano di parità rispetto all'uomo».

Le considerazioni appena esposte sono utili a comprendere il percorso argomentativo della Corte nelle questioni legate alla parità tra i sessi in relazione alle prestazioni previdenziali e finanche le forzature alle quali la Corte ha fatto ricorso per applicare l'art. 119 TCe (ora 157 TfUe) ben oltre il suo ambito di applicazione. La vicenda forse più interessante ha riguardato, com'è noto, le pensioni erogate nel settore del pubblico impiego. In questi casi, la Corte ha assimilato le prestazioni previdenziali alla retribuzione soprattutto in virtù della considerazione dei pubblici dipendenti come «categoria particolare di lavoratori» e sulla base del fatto che la pensione viene calcolata sulla base della retribuzione percepita dal lavoratore al momento della cessazione del rapporto di lavoro e degli anni di lavoro (15). Nel caso che ha interessato l'ordinamento italiano, tuttavia, si può ritenere che sulla valutazione della Corte abbia pesato molto la considerazione (svolta dalla Commissione nel ricorso) secondo la quale la pensione viene versata dallo Stato nella sua qualità di datore di lavoro (16); non altrettanto si può dire per la successiva sentenza pronunciata nei confronti dell'Inps, nella qua-

(9) Corte Giust. Ue 13 novembre 2008, C-46/07, *Commissione c. Repubblica italiana*, in *Foro it.*, 2009, I, IV, cc. 10 ss.

(10) Sul punto si v. le osservazioni di F. Ravelli, *Età pensionabile...*, cit., spec. pp. 1150 ss.

(11) In questo senso si v. anche O. Bonardi, *Sistemi di welfare...*, cit., pp. 120 ss.

(12) È la critica di M.V. Ballestrero, *op. cit.*, pp. 698 ss. alla posizione di M. Roccella, *La Corte di Giustizia e il diritto del lavoro*, Giappichelli, Torino, 1997, pp. 40 ss., in relazione alla sentenza *Stoeckel*. Sulla questione si v. anche le osservazioni di M. Barbera, *Tutto a posto...*, cit., pp. 310 ss., e di L. Calafà, voce *Lavoro notturno*, in *Digesto sez. comm.*, Utet, Torino, 2003, pp. 622 ss.

(13) Corte Giust. Ue 29 novembre 2001, C-366/99, *Griesmar*, in *Foro it.*, 2002, IV, c. 389.

(14) Corte Giust. Ue 29 novembre 2001, C-366/99, *Griesmar*, cit., punto 65 della sentenza.

(15) Si v., ad esempio, Corte Giust. Ue 12 settembre 2002, C-351/00, *Pirkko Niemi*, in *Foro it.*, 2002, IV, cc. 557 ss., in relazione al regime pensionistico dei dipendenti pubblici finlandese.

(16) Corte Giust. Ue 13 novembre 2008, C-46/07, cit., punto 21 della sentenza. Sul punto, si v. F. Ravelli, *Età pensionabile...*, cit., pp. 1146 ss.

le l'assimilazione delle pensioni erogate dall'istituto alla retribuzione passa attraverso i classici requisiti individuati a partire dalla sentenza *Beune*, e in particolare attraverso l'individuazione dei dipendenti privati come «categoria particolare di lavoratori» (17). La sentenza Inps è stata molto criticata per la forzatura operata dalla Corte rispetto al concetto di retribuzione; in questo caso, trattandosi di decidere sulla rispondenza al principio di uguaglianza dei criteri di calcolo dell'anzianità contributiva dei lavoratori a tempo parziale, secondo la dottrina la Corte avrebbe potuto, in realtà, tranquillamente applicare la Direttiva n. 79/7/Cee e in particolare la clausola 4 per ottenere il medesimo risultato. L'accertamento del particolare svantaggio che deriva ai lavoratori *part-time* verticale dall'applicazione di criteri di calcolo dell'anzianità di servizio analoghi a quelli applicati ai lavoratori a tempo pieno avrebbe potuto, cioè, essere ricondotto, come è avvenuto in quasi tutti i casi collegati alle condizioni d'impiego, a una discriminazione indiretta sulla base del sesso. In passato, invece, quando sono state proposte questioni che avevano a oggetto l'applicazione della Direttiva n. 79/7/Cee, la Corte ha spesso respinto le richieste dei giudici nazionali di accertare l'esistenza di una discriminazione indiretta; come si vedrà, spesso la Corte ha ritenuto fondate le giustificazioni addotte dagli Stati per i provvedimenti indirettamente discriminatori in materia pensionistica (18) (si v. *infra*, par. 3). Questa è (probabilmente) la ragione per la quale il giudice del rinvio, nel caso *Inps*, ha scelto di chiedere alla Corte di valutare la compatibilità della normativa interna con la Direttiva n. 97/81/Ce (e non con la Direttiva n. 79/7/Cee); data questa impostazione, dunque, nella sua decisione la Corte, dopo aver ricordato le condizioni in base alle quali le prestazioni pensionistiche possono essere considerate retribuzione, ha dovuto rinviare al giudice nazionale per l'accertamento sulla sussistenza, in capo all'Inps, dei requisiti necessari per la sua configurazione come regime legale o professionale di previdenza (19). Al momento non risulta nessuna pronuncia dei giudici nazionali sul punto, ma si può ritenere che difficilmente un tribunale italiano arriverà a considerare l'Inps un regime professionale di previdenza. E anche se questa posizione è quella più rispettosa dell'ambito di applicazione della Direttiva n. 97/81/Ce, non si può negare che la soluzione vada a discapito delle esigenze di parificazione, quanto a computo dell'anzianità contributiva, dei lavoratori *part-time* verticali con i lavoratori a tempo pieno (20); dopo la sentenza

(17) Corte Giust. Ue 10 giugno 2010, C-395/08 e C-396/08, *Inps*, in q. *Riv.*, 2011, II, pp. 263 ss., con nota di M. Altissimi, *Part-time verticale e disciplina previdenziale Inps: la Corte di Giustizia Ue amplia la nozione di retribuzione*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2011, II, pp. 536 ss., con nota di A. Premoli, *Principio di non discriminazione e anzianità contributiva del lavoratore a tempo parziale di tipo verticale*, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2010, pp. 974 ss., con nota di C. Alessi, *La Corte di Giustizia, il part-time verticale e il trattamento pensionistico*. La domanda di pronuncia pregiudiziale è stata sollevata nell'ambito di controversie che vedevano contrapporsi l'Inps e alcuni dipendenti Alitalia assunti con contratto a tempo parziale di tipo verticale, che lamentavano la natura discriminatoria del criterio di calcolo utilizzato dall'Inps ai fini della determinazione della loro anzianità. La Corte ha ritenuto che le prestazioni erogate dall'Inps possano, ove ricorrano i criteri indicati dalla stessa Corte, essere assimilate alla retribuzione.

(18) Sul punto, si v. O. Bonardi, *Sistemi di welfare...*, cit., pp. 52 ss.

(19) Corte Giust. Ue 10 giugno 2010, C-395/08 e C-396/08, cit., punto 48 della sentenza.

(20) Si è avuto modo di segnalare le difficoltà dei lavoratori *part-time* nel conseguimento dell'anzianità contributiva richiesta dalla legge in C. Alessi, *La Corte di Giustizia...*, cit., spec. pp. 978 ss., al quale si rinvia per ulteriori approfondimenti.

in commento, tuttavia, si può sperare che i nostri giudici guardino con maggiore attenzione all'applicazione della Direttiva n. 79/7/Cee, della quale la Corte dà oggi un'interpretazione assolutamente condivisibile.

2. — *Inps e Inns pari (non) sono: prestazioni previdenziali e art. 4, Direttiva n. 79/7/Cee* — A questo punto, è opportuno analizzare le conclusioni alle quali è giunta la Corte nella sentenza in commento, per valutare se vi sia stato, rispetto alla sua precedente giurisprudenza, un significativo mutamento di rotta. La prima questione affrontata riguarda la natura di retribuzione della pensione erogata dall'Inns, al fine di verificare l'applicabilità, al caso di specie, dell'art. 157 TfUe (ex art. 119 TCe, poi 141 TCe), della clausola 4 dell'Accordo quadro sul *part-time* e della Direttiva n. 2006/54/Ce ovvero dell'art. 4 della Direttiva n. 79/7/Cee.

Come si è già anticipato, la Corte, richiamando qui la sentenza *Inps* (punto 20 della motivazione), giunge a conclusioni opposte, escludendo la riconducibilità delle prestazioni dell'Inns alla nozione di retribuzione, principalmente sulla scorta dell'osservazione per cui quella erogata dall'Inns deve essere considerata «la pensione più generale tra quelle disciplinate dal diritto spagnolo» (punto 22 della motivazione) e dipendente più da considerazioni di ordine sociale che dal rapporto tra datore e lavoratore. Quest'ultima affermazione, come si è osservato, è ricorrente nelle sentenze della Corte di Giustizia in materia di prestazioni previdenziali; da questo punto di vista, dunque, nulla di nuovo. La Corte richiama, in proposito, anche la sentenza *Griesmar* (21), là dove sottolinea che non possono essere ricompresi tra i vantaggi aventi il carattere di prestazioni previdenziali i regimi «direttamente disciplinati dalla legge al di fuori di qualsiasi concertazione nell'ambito dell'impresa o della categoria professionale interessata e obbligatori per categorie generali di lavoratori» (22). In *Griesmar*, la Corte ha ritenuto che rientrassero nella nozione di retribuzione anche le prestazioni erogate dal regime pensionistico francese per i dipendenti pubblici, allineandosi alla giurisprudenza che affonda le sue radici in *Defrenne*, *Bilka*, *Barber e Beune*, tutte puntualmente richiamate. Le premesse, dunque, sembravano indirizzare verso la conclusione raggiunta in *Inps*. Al contrario, non solo la Corte decide diversamente su questo profilo, ma, applicando correttamente la Direttiva n. 79/7/Cee, arriva a conclusioni destinate a incidere profondamente sulla giurisprudenza futura (e sui sistemi pensionistici degli Stati membri).

Tutto il ragionamento della Corte, in questo caso, è centrato sulla generalità dell'ambito di applicazione della pensione in questione; la conclusione differisce da quella pronunciata nel caso *Inps* proprio perché l'Inns eroga prestazioni rivolte a dipendenti da datori di lavoro sia privati che pubblici, fatta eccezione per i lavoratori del settore marittimo e per alcune prestazioni particolari gestite da altri enti. Ciò non toglie, tuttavia, che nel caso dell'Inps la Corte abbia spinto troppo in avanti la propria inter-

(21) Corte Giust. Ue 29 novembre 2001, C-366/99, *Griesmar*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2002, II, pp. 676 ss., con nota di T. Pileggi, *Parità di trattamento retributivo e benefici pensionistici: ulteriori precisazioni dalla giurisprudenza comunitaria*. La questione affrontata dalla sentenza riguardava una maggiorazione concessa dalla legislazione francese esclusivamente alle dipendenti pubbliche per ciascun figlio, naturale o adottivo.

(22) Corte Giust. Ue 29 novembre 2001, C-366/99, *Griesmar*, cit., punto 27; si v. anche il punto 20 della sentenza in commento.

pretazione (23): la lettura combinata della sentenza *Inps* e di quella pronunciata in materia di età pensionabile delle donne nel settore pubblico, infatti, avrebbe potuto far concludere che nel nostro sistema pensionistico non esistesse alcuna pensione riconducibile a un sistema previdenziale legale, e dunque tale da non ricadere nell'ambito di applicazione delle previsioni comunitarie in materia di parità retributiva: non le pensioni erogate dall'Inps, secondo la controversia promossa dai dipendenti dell'Alitalia, né le pensioni erogate dall'Inpdap, secondo la sentenza sull'età pensionabile delle donne. Ora, dal momento che entrambi gli enti ora ricordati erogano, ciascuno per il proprio settore, le pensioni «più generali» del nostro sistema, risultava davvero difficile individuare una prestazione sottratta all'applicazione delle previsioni in parola. Da questo punto di vista, la soppressione dell'Inpdap e dell'Enpals e l'attribuzione delle loro funzioni all'Inps (24), oltre che portare alla razionalizzazione del sistema (25), dovrebbe evitare, per il futuro, la riproposizione di una questione come quelle risolte dalla Corte in un modo tale da sollevare più di una perplessità. L'impressione, però, è che la Corte abbia inteso rivedere almeno parzialmente la sua giurisprudenza precedente, cercando di applicare alle questioni in materia di pensioni, più correttamente, l'art. 4 della Direttiva n. 79/7/Cee; questo approccio, rispettoso della funzione e della struttura del sistema previdenziale generale, tanto spagnolo quanto italiano, dimostra però come spesso le decisioni della Corte dipendano da elementi diversi, non sempre di carattere oggettivo.

La qualificazione dell'Inns come regime legale di previdenza fa sì che la Corte escluda l'applicazione, in questo caso, tanto dell'art. 157 TfUe quanto dell'art. 4 della Direttiva n. 2006/54 e dell'art. 4 della Direttiva n. 97/81/Ce. La soluzione data alla questione appare corretta, alla luce della ricostruzione della funzione e degli scopi della previdenza pubblica. La diversa impostazione che ha portato la Corte a considerare retribuzione le prestazioni erogate dall'Inpdap e finanche quelle erogate dall'Inps era in effetti criticabile per diversi profili. Nel caso della sentenza sull'età pensionabile delle donne, per esempio, si può ritenere che una previsione come quella della legge italiana rischi, alla fine, di perpetuare l'idea secondo cui le funzioni di cura dei figli e dei familiari fragili spettano in prima battuta alle donne; come detto, si tratta di un'idea non nuova per la Corte, che poteva, cioè, già leggersi tra le righe della sentenza *Stoeckel* (26). L'applicazione di questa posizione alla diversa età pensionabile prevista per uomini e donne nel settore pubblico, tuttavia, ha comportato una torsione interpretativa non indifferente, che si è ripresentata puntualmente in altre sentenze e che ha fatto parlare la dottrina di una forma di «integrazione giudiziale» dei sistemi previdenziali europei «i cui esiti potrebbero essere contraddittori e tutt'altro che scontati» (27). L'impressione è

(23) In questo senso anche S. Giubboni, *op. cit.*, pp. 974 ss.; M. Altimari, *op. cit.*, pp. 268 ss.

(24) Com'è noto, la soppressione di Inpdap e Enpals a partire dal 1° gennaio 2012 è stata disposta dall'art. 21 del d.l. n. 201/2011, convertito in legge n. 214/2011. La medesima norma ha disposto tuttavia il mantenimento in funzione dei suddetti enti fino all'emanazione dei decreti ministeriali attuativi delle disposizioni dell'art. 21.

(25) Si v. punto si v. R. Romei, *Il decreto «Salva Italia»*, in *Giorn. dir. amm.*, 2012, p. 233.

(26) Corte Giust. Ue 25 luglio 1991, C-345/89, *Stoeckel*, cit., punto 17 della sentenza. Ch.

riprende, al punto, la sentenza *Hoffmann*.
Benedetti, *Sistemi di welfare*, cit., p. 122.

che, almeno in quest'ultimo caso, la Corte abbia assimilato la pensione alla retribuzione proprio per evitare l'applicazione dell'art. 7 della Direttiva n. 79/7/Cee, che consente agli Stati membri di mantenere un'età differenziata per il pensionamento di uomini e donne, sia pure non incondizionatamente. Nel caso della sentenza *Inps*, invece, l'atteggiamento della Corte è meno comprensibile, ma la sentenza è formulata in maniera tale da lasciare ampio margine ai giudici nazionali.

Da questo punto di vista, la decisione in commento sembra riportare la questione delle previsioni europee applicabili alle prestazioni pensionistiche nei binari corretti: l'applicazione, cioè, della Direttiva n. 79/7/Cee per i regimi legali di previdenza e della Direttiva n. 86/378/Ce (ora abrogata e riprodotta nell'ambito della Direttiva n. 2006/54/Ce) per i regimi professionali di sicurezza sociale. Questo significa, per quanto riguarda i primi, riportare la questione delle possibili deroghe al principio di parità in tema di età pensionabile nell'alveo dell'art. 7, par. 1, della Direttiva n. 79/7/Cee, che consente agli Stati membri di escludere dal campo di applicazione della medesima direttiva alcuni profili, ma con l'obbligo di rivedere periodicamente le ragioni che giustificano le suddette esclusioni.

La diversa configurazione delle prestazioni erogate dall'*Inns* comporta poi l'impossibilità per la Corte di applicare la clausola 4 della Direttiva n. 97/81/Ce, e quindi di riconoscere nel differente trattamento dei lavoratori *part-time* una discriminazione diretta fondata sulla tipologia del rapporto di lavoro. Da questo punto in poi, infatti, la Corte affronta la questione secondo la classica ricostruzione che l'ha sempre portata a intravedere nel diverso trattamento dei lavoratori *part-time* una discriminazione indiretta sulla base del sesso. Anche da questo punto di vista, tuttavia, si registrano alcune innovazioni, come il diverso atteggiamento della Corte rispetto ai cd. lavori «minori», cioè quelli che non superano un minimo orario previsto in alcune legislazioni per l'accesso a prestazioni assistenziali e previdenziali.

3. — *Part-time «minimo», calcolo della durata del rapporto di lavoro e discriminazioni indirette* — La ricorrente della controversia promossa avanti alla Corte è una lavoratrice *part-time* «minima», che lavora per sole quattro ore alla settimana, pari al 10% dell'orario normale di lavoro. In Spagna, l'accesso alla pensione di vecchiaia contributiva è subordinato al raggiungimento dell'età minima di 65 anni e di un periodo di contribuzione di 15 anni. Detto periodo viene determinato sulla base dell'orario effettivamente svolto, calcolandone la corrispondenza a un certo numero di «giorni teorici di contribuzione» (pari a 5 ore di lavoro effettivo al giorno). Sul monte ore così formato viene applicato un coefficiente di moltiplicazione pari a 1,5, il che consente di accedere più facilmente alle prestazioni da parte dei lavoratori *part-time*. La sig.ra Moreno, tuttavia, svolgendo un orario di lavoro così ridotto, non era nelle condizioni di raggiungere il requisito di contribuzione minimo previsto dalla legge spagnola, neppure considerando i periodi di congedo di maternità e applicando il coefficiente di correzione. Secondo la ricorrente, un criterio di calcolo di questo genere penalizza i lavoratori a tempo parziale, ai quali è richiesto un periodo di contribuzione proporzionalmente maggiore per l'accesso alla pensione di vecchiaia di tipo contributivo; detta penalizzazione si risolve, dunque, sempre secondo la ricorrente, in una discriminazione indiretta sulla base del sesso, dal momento che in Spagna «quantomeno l'80% dei lavoratori a tempo parziale è costituito da donne».

La questione della determinazione dei periodi di lavoro necessari ai fini della calcolo del requisito di anzianità contributiva minima per l'accesso alle prestazioni erogate dagli enti previdenziali non è nuova alla giurisprudenza della Corte; una questione simile si è presentata pochi anni fa per la determinazione dell'anzianità contributiva dei lavoratori a *part-time* verticale, ma, come si è accennato, è stata affrontata in termini diversi; attraverso, cioè, l'applicazione della clausola 4 della Direttiva n. 97/81/Ce (28). Nella sentenza *Inps*, il risultato è stato quello di consentire ai lavoratori *part-time* verticale di considerare, ai fini dell'anzianità contributiva necessaria per l'accesso alla pensione di anzianità, anche i periodi di intervallo non lavorati. Come si è avuto modo di osservare in sede di commento a quella sentenza, una diversa soluzione avrebbe comportato la pratica impossibilità per i lavoratori *part-time* di accedere al beneficio, a parità di durata complessiva del loro rapporto di lavoro rispetto ai lavoratori a tempo pieno comparabili (29). Il risultato, però, come si è detto, è dovuto passare attraverso l'equiparazione alla retribuzione delle prestazioni erogate dall'*Inps*. La dottrina ha spesso individuato la ragione della posizione assunta dalla Corte nel fatto che l'applicazione della previsione dell'art. 4, Direttiva n. 79/7/Cee, avrebbe potuto portare a un risultato diverso, essendo l'art. 4 formulato in termini meno assoluti di quelli dell'art. 157 e della Direttiva in materia di *part-time* (30). In passato, in effetti, la Corte sembrava più attenta al rispetto della discrezionalità degli Stati membri in materia pensionistica, in particolare per quanto attiene alla fissazione di una diversa età pensionabile e con riguardo all'esclusione dei lavoratori «minori» dalla fruizione di benefici previdenziali o assistenziali (31).

La lettura di *Elbal Moreno* smentisce decisamente le previsioni della dottrina, dal momento che la Corte non sembra affatto voler limitare la portata dell'art. 4 della Direttiva n. 79/7/Cee, come si vedrà, ma anzi darne la lettura più ampia possibile, anche alla luce dell'evoluzione della sua giurisprudenza in materia di discriminazioni.

Il primo passaggio nel ragionamento della Corte è il riconoscimento dell'esistenza di una discriminazione indiretta sulla base del sesso, fondato sull'accertamento dello svantaggio derivante, per le donne, dall'applicazione degli stessi criteri di calcolo dell'anzianità contributiva prevista per i lavoratori a tempo pieno. Si tratta di un approccio assolutamente consolidato per quanto riguarda le condizioni di impiego; come si è avuto modo di dire in altra sede, questa ricostruzione ha consentito alla Corte di censurare le disparità di trattamento tra lavoratori *part-time* e lavoratori a tempo pieno anche prima dell'entrata in vigore della Direttiva n. 97/81/Ce (32). La vera novità del-

(28) Corte Giust. Ue 10 giugno 2010, C-395/08 e C-396/08, *Inps*, cit.

(29) Sul punto si rinvia nuovamente a C. Alessi, *La Corte di Giustizia, il part-time verticale e il trattamento pensionistico (nota a Corte di Giustizia Ce 10 giugno 2010, nn. C-395/08 e C-396/08)*, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2010, pp. 975 ss.

(30) In questo senso si v. le osservazioni di I. Heide, *Sex equality and social security...*, cit., pp. 305 ss.

(31) Si v. ancora I. Heide, *op. cit.*, spec. pp. 325 ss.; per la giurisprudenza della Corte si v. Corte Giust. Ue 14 dicembre 1995, C-444/93, *Megner e Scheffell*, nonché la sentenza *Nolte*, C-317/93, pronunciata lo stesso giorno, entrambe in *Lav. giur.*, 1997, II, pp. 376 ss., con nota di G. Zampini.

(32) Si trattava tuttavia di una garanzia «mediata», come osserva M. Aimo, *La Corte di Giustizia e il lavoro non standard: vincoli e implicazioni negli ordinamenti nazionali*, in *q. Riv.*, 2012, p. 151.

la sentenza in commento risiede nel fatto che stavolta la Corte arriva a questa conclusione per i sistemi legali di previdenza, applicando la Direttiva n. 79/71/Cee e non ritenendo valide le giustificazioni addotte dallo Stato membro per sostenere la legittimità della previsione. Si tornerà più avanti sulla questione; si può però fin d'ora ricordare che in passatola Corte ha sempre respinto le richieste fondate sull'accertamento della natura indirettamente discriminatoria delle disposizioni previdenziali penalizzanti per i lavoratori *part-time*, specie marginali (33).

La portata innovativa di *Elbal Moreno*, dunque, è innegabile. Tra l'altro, occorre sottolineare che probabilmente in questo caso la strada seguita dalla Corte è quella che conduce più facilmente al risultato dell'illegittimità del criterio utilizzato dalla legislazione spagnola per il calcolo delle pensioni (34). Il fatto che si tratti di prestazioni previdenziali, in primo luogo, fa sì che sia esclusa in linea di principio l'applicazione della clausola 4, come di tutto l'Accordo quadro in materia di *part-time* (35). Anche qualora, tuttavia, si fosse ritenuta invocabile la suddetta previsione, l'applicazione del principio di parità di trattamento tra lavoratori *part-time* e lavoratori a tempo pieno di cui alla Direttiva n. 97/81/Ce avrebbe potuto condurre a riconoscere (come del resto ha sostenuto la difesa della Spagna), da un lato, che l'anzianità contributiva è calcolata in funzione dell'orario di lavoro effettivamente svolto e, dall'altro, che per compensare gli svantaggi che i lavoratori *part-time* incontrano nell'accesso alla pensione sono previsti due correttivi, cioè il giorno teorico di contribuzione e il coefficiente di correzione. In questo caso, dunque, l'applicazione del criterio *pro rata temporis* è mitigata dall'utilizzo di strumenti tali da compensare, almeno parzialmente, la riduzione dell'orario di lavoro.

Da questo punto di vista, dunque, non si può ritenere che vi sia spazio per l'accertamento di una discriminazione diretta sulla base della tipologia contrattuale; resta dunque aperta la possibilità del riconoscimento dell'esistenza di una discriminazione indiretta. Non ritenendo applicabile, per le ragioni illustrate, la clausola 4 dell'Accordo quadro, la Corte segue la strada che da sempre l'ha condotta a individuare nello svantaggio derivante per i lavoratori *part-time* dall'applicazione di previsioni formulate in modo neutro una discriminazione indiretta sulla base del sesso. In questo caso, tra l'altro, lo svantaggio riguarda solo una parte dei lavoratori a tempo parziale: quelli, cioè, che hanno un orario di lavoro molto ridotto. La previsione di un criterio di calcolo come quello stabilito dalla legislazione spagnola impedisce, insomma, a una fascia di lavoratori a tempo parziale di accedere alla pensione contributiva di cui alla *ley general de seguridad social* (d'ora in avanti Lgss) approvata con r.d.l. n. 1/94, essendo estre-

(33) Per una ricostruzione della giurisprudenza della Corte sul punto si v. O. Bonardi, *Sistemi di welfare...*, cit., spec. pp. 48 ss.

(34) Sul punto si v. anche I.A. Rodríguez Cardo, *Trabajadores a tiempo parcial: periodos de carencia. Discriminación indirecta de la legislación española*, in *Actualidad laboral*, 2013, n. 53.

(35) Com'è noto, le questioni relative ai regimi legali di sicurezza sociale, secondo il preambolo dell'Accordo quadro, sono riservate alle decisioni degli Stati membri. Sul punto si v. M. Roccella, T. Treu, *Diritto del lavoro dell'Unione europea*, Giappichelli, Torino, 2012, pp. 230 ss. Sulla questione dell'applicabilità del divieto di discriminazione anche ai regimi previdenziali legali si era consumato, d'altronde, il fallimento delle prime proposte di Direttiva in materia di *part-time* e lavori atipici. Si v. S. Scarponi, *Luci e ombre dell'Accordo europeo in materia di lavoro a tempo parziale*, in q. *Riv.*, 1999, pp. 399 ss.

mamente difficile, se non impossibile, per loro ottenere il requisito di contribuzione minima stabilito dalla legge. Nel caso della sig.ra Elbal Moreno, la Corte sottolinea che una lavoratrice nella sua situazione avrebbe dovuto lavorare circa 100 anni per poter accedere alla prestazione pensionistica in questione, per giunta di importo molto contenuto (secondo i calcoli del giudice di rinvio, in tal caso la pensione sarebbe stata pari a 112,93 euro mensili: si v. il punto 17 della sentenza).

Come nel caso dei lavoratori dell'Alitalia, dunque, la Corte sembra preoccupata di consentire l'accesso alle prestazioni pensionistiche, seppure ridotte, ai lavoratori *part-time*; in effetti, l'applicazione del divieto di discriminazione nel calcolo degli importi delle pensioni (36) rischierebbe di tradursi in un esercizio retorico: se sia possibile escludere l'accesso alla pensione attraverso un criterio di calcolo dell'anzianità contributiva fondato sul computo dei periodi effettivamente lavorati (37) o, come nel caso in esame, sull'orario svolto dai lavoratori a tempo parziale. La suddetta preoccupazione, tuttavia, si scontra con le scelte discrezionali degli Stati membri in materia di soglie minimali di accesso alle prestazioni pensionistiche.

Com'è noto, la questione dell'accesso dei lavoratori «minimi» alle prestazioni di previdenza e assistenza sociale è spesso lasciata alla discrezionalità degli Stati membri, trattandosi di una questione idonea a incidere profondamente sulle politiche economiche interne. Lo stesso Accordo quadro allegato alla Direttiva n. 97/81/Ce in materia di *part-time* sottolinea che le questioni relative ai regimi legali di sicurezza sociale rinviano alle decisioni degli Stati membri, e prevede che l'applicazione del principio di parità di trattamento in materia di condizioni di lavoro possa essere subordinata «a un periodo di anzianità, a una durata del lavoro o a condizioni salariali». In materia di benefici pensionistici, poi, in molti Stati membri l'accesso alle prestazioni è subordinato al versamento di un numero minimo di contributi nel corso della vita lavorativa e, in qualche caso, i lavoratori che non raggiungono un minimo orario di lavoro sono esclusi dall'obbligo di contribuzione previdenziale (38). In passato, come si è accennato, la Corte aveva mostrato di rispettare la discrezionalità degli Stati membri in materia, accogliendo le giustificazioni fondate su ragioni di politica sociale, come la necessità di mantenere il pareggio tra i contributi versati e

(36) Si v., ad esempio, Corte Giust. Ue 29 luglio 2010, C-577/08, *Brouwer*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2011, pp. 277 ss., con nota di L. Surdi, nella quale la Corte ha censurato la normativa belga che prevedeva criteri di calcolo differenziati per sesso per i lavoratori frontalieri. La Corte, invece, ha ritenuto non discriminatoria la previsione spagnola che consente di calcolare i benefici pensionistici in misura proporzionale all'orario di lavoro ridotto per i lavoratori che usufruiscano di un congedo parentale a tempo parziale. Si v. Corte Giust. Ue 16 luglio 2009, C-537/07, *Gómez Limón Sánchez-Camacho*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2010, II, pp. 264 ss., con nota di R. Nunin, *Fruizione del congedo parentale e calcolo della pensione di invalidità*.

(37) Era questa la questione centrale nella causa *Inps*, in relazione alla normativa italiana che escludeva i periodi non lavorati nel quadro di un contratto *part-time* verticale dal calcolo dell'anzianità contributiva.

(38) Mentre in Italia l'obbligo di contribuzione previdenziale e la relativa tutela riguardano tutti i lavoratori, anche i *part-time* marginali, in alcuni paesi, come la Germania e l'Inghilterra, la tutela previdenziale è assicurata solo a partire da un livello minimo di reddito. Sul punto si v. C. Lagala, *Rapporto di sintesi*, in Id. (a cura di), *Precariato e welfare in Europa. La tutela dei lavoratori precari in Belgio, Francia, Germania, Inghilterra e Spagna*, Ediesse, Roma, 2007, pp. 22 ss.

le prestazioni erogate nonché la volontà di incoraggiare il ricorso ai lavori «minori», evitando l'aumento del lavoro illegale (39).

In *Elbal Moreno*, la Corte sembra decisamente voler abbandonare queste posizioni, dando al divieto di discriminazione di cui all'art. 4 della Direttiva n. 79/7/Cee una portata molto ampia. Anzitutto, la Corte respinge decisamente l'argomento, sollevato dall'Inns e dal Governo spagnolo, secondo il quale l'obbligo di compiere un periodo minimo di contribuzione ai fini della concessione di alcune prestazioni previdenziali è «essenziale nell'ambito di un sistema previdenziale di tipo contributivo, anche al fine di garantire l'equilibrio finanziario del sistema medesimo» (punto 33 della sentenza). Secondo la Corte, infatti, l'esclusione dei lavoratori a tempo parziale da «qualsivoglia possibilità» di conseguire una pensione di vecchiaia non può considerarsi una misura necessaria per la salvaguardia del sistema previdenziale di tipo contributivo, tale da non poter essere sostituita da una misura meno restrittiva (punto 35 della sentenza). Di fronte all'applicazione del principio di non discriminazione, secondo la Corte, devono cedere le ragioni legate agli equilibri di bilancio, e ciò anche se gli effetti svantaggiosi del sistema di calcolo delle prestazioni previdenziali ricadano unicamente su una porzione limitata di lavoratori, quelli impegnati per l'appunto nei cosiddetti «lavori minori». Secondo la Corte, infatti, il fatto che siano previste misure di correzione come quelle adottate dalla Lgss per riequilibrare la posizione dei lavoratori a tempo parziale non è sufficiente a salvare dalla censura il sistema in parola qualora risulti che dette misure non «producano un qualsivoglia effetto positivo sulla situazione dei lavoratori a tempo parziale quali la ricorrente nel procedimento principale» (40) (punto 36 della sentenza).

(39) Sono queste le giustificazioni adottate dal Governo tedesco per l'esclusione dall'obbligo contributivo per le prestazioni lavorative inferiori alla durata minima di 15 ore settimanali. Si v. Corte Giust. Ue 14 dicembre 1995, C-444/93, *Megner e Scheffell*, cit., punti 26-28, nonché la sentenza *Nolte*, C-317/93, cit., punti 31-32. La Corte, invece, non ha ritenuto accettabili le suddette giustificazioni quando si è trattato di valutare la portata discriminatoria delle previsioni contrattuali collettive che escludevano i lavoratori minori dal proprio ambito di applicazione. Si v. Corte Giust. Ue 9 settembre 1999, C-281/97, *Krieger*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2000, II, pp. 3 ss., con nota di G. Ludovico. In dottrina, si v. S. Renga, *Il principio di eguaglianza di genere nei sistemi pensionistici europei*, in *Lav. dir.*, 2012, pp. 121 ss., che, in relazione alla citata giurisprudenza, ritiene «il concetto stesso di discriminazione indiretta proposto dalla Direttiva n. 79/7/Cee [...] obsoleto rispetto a quello contenuto nelle Direttive n. 2006/54/Ce e n. 2004/113/Cee».

(40) Analoga conclusione, tra l'altro, è stata recentemente adottata dal Tribunal constitucional, in seduta plenaria, che ha dichiarato contraria alla Costituzione spagnola proprio la disposizione della Lgss sul criterio di calcolo dell'anzianità contributiva, ritenendo che gli strumenti di correzione delle disparità di trattamento tra lavoratori a tempo pieno e a tempo parziale previsti dalla Lgss siano irragionevoli, pertanto contrari all'art. 14 della Costituzione spagnola, sia perché ledono il principio generale di uguaglianza, sia perché provocano una discriminazione indiretta sulla base del sesso. Si v. Trib. constitucional 14 marzo 2013, n. 61, in *Boletín oficial*, n. 86 del 10 aprile 2013, pp. 85 ss. Per un commento alla sentenza, si v. J. López Gandía, *Trabajo a tiempo parcial y valor de las cotizaciones según la reciente jurisprudencia del Tribunal Constitucional (Comentario a la Sre 61/2013, de 14 de marzo)*, in *Revista de derecho social*, 2013, n. 61, pp. 135 ss. Alla pronuncia hanno fatto seguito, a breve distanza di tempo, altre sentenze conformi. Si v. Trib. Constitucional 8 aprile 2013, n. 71 e n. 72, in *Boletín oficial*, n. 112 del 10 maggio 2013, pp. 1 ss.; Trib. Constitucional 20 maggio 2013, n. 117, in *Boletín oficial*, n. 145 del 18 giugno 2013, pp. 8 ss.

Il principio di non discriminazione di cui all'art. 4 della Direttiva n. 79/7/Cee, in altre parole, non tollera deroghe né interpretazioni restrittive (41), neppure in ordine alle giustificazioni che gli Stati membri possono addurre per salvare dalla dichiarazione di contrarietà con esso le previsioni in materia di prestazioni previdenziali. Le uniche deroghe ammesse sono quelle previste dall'art. 7 della Direttiva n. 79/7/Cee: con questa osservazione, la Corte respinge al mittente il tentativo, un po' maldestro, del Governo spagnolo di richiamare quale precedente la sentenza *Gómez-Limón Sánchez-Camacho*, nella quale si era considerato conforme alla Direttiva n. 79/7/Cee il calcolo di una pensione in misura proporzionale all'orario svolto, anche qualora la riduzione di orario fosse dovuta all'esercizio del diritto al congedo parentale (42). In questo caso, come ben evidenziato dalla Corte, la questione non è tanto legata al criterio di calcolo dell'importo della pensione, che ben può essere legato all'orario di lavoro effettivamente svolto, quanto alla esclusione di una parte dei lavoratori a tempo parziale dai benefici pensionistici in ragione del mancato conseguimento di una soglia minima di attività. Detta esclusione, secondo l'impostazione accolta dalla Corte, non può ritenersi ammissibile, costituendo una discriminazione indiretta sulla base del sesso: le statistiche dimostrano che sono prevalentemente le donne a essere impiegate in lavori a orario ridotto, a cui conseguono prestazioni pensionistiche parimenti ridotte (43). Da questo punto di vista, occorre ricordare che la Corte considera discriminazioni indirette i trattamenti differenziati sulla base del diverso importo della pensione, proprio perché penalizzano maggiormente le donne (44). Si tratta, come si è detto, di una giurisprudenza assolutamente innovativa, almeno per quanto riguarda i sistemi previdenziali.

Quanto alle giustificazioni adottate dagli Stati membri per l'effetto discriminatorio sulla base del sesso di una simile previsione, la Corte si allinea qui alla sua giurisprudenza più recente, che esclude il rilievo di giustificazioni legate a esigenze finanziarie o di equilibrio di bilancio. Anche con riguardo a questo profilo, si deve sottolineare come l'atteggiamento della Corte, in passato più accomodante rispetto alle suddette giustificazioni, specie con riguardo ai sistemi contributivi, sia progressivamente

(41) Sul punto si v. le osservazioni di A. Calagiuri, *La parità di trattamento tra uomo e donna...*, cit., spec. pp. 220 ss., che mette in luce l'atteggiamento rigoroso della Corte nell'applicazione del principio di parità.

(42) Corte Giust. Ue 16 luglio 2009, C-537/07, *Gómez-Limón Sánchez-Camacho*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2010, II, pp. 264 ss., con nota di R. Nunin.

(43) Gli studi in materia dimostrano come, a causa del massiccio ricorso al *part-time* e alle interruzioni delle carriere lavorative dovute alla gravidanza e alla cura dei figli, i differenziali pensionistici tra uomini e donne siano di gran lunga superiori a quelli retributivi (già elevati). Si v. i dati riportati nel rapporto della Commissione europea *The gender gap in pensions in the EU*, Lussemburgo, Ufficio pubblicazioni dell'Ue, 2013, che dimostrano come il differenziale medio delle pensioni si attesti intorno al 39%, mentre il differenziale salariale medio è circa del 16%. Si v. anche il *Report on progress on equality between women and men in 2012*, Swd (2013) 171 final, spec. pp. 19 ss. In dottrina, si v. S. Renga, *Il principio di eguaglianza di genere...*, cit., pp. 117 ss.

(44) Si v. Corte Giust. Ue 20 ottobre 2011, C-123/10, *Brachner*, in *Dir. prat. lav.*, 2013, 11, p. 747, nella quale la Corte ha censurato il regime austriaco di perequazione annuale delle pensioni che escludeva dall'aumento straordinario le prestazioni al di sotto di un importo minimo.

mutato, parallelamente all'evoluzione della giurisprudenza della stessa Corte sulle giustificazioni delle discriminazioni indirette in campi diversi da quello previdenziale (45) e all'affermazione del principio di parità di trattamento in ambito comunitario (46). Il quadro che viene così a delinarsi, alla luce della più recente giurisprudenza della Corte, è quello di una tutela molto incisiva dei lavoratori a tempo parziale, anche a orario ridotto, sia attraverso l'applicazione della Direttiva n. 97/81/Ce, che, per le materie escluse dall'ambito di applicazione della direttiva, attraverso il ricorso alle previsioni in materia di retribuzione e, infine, alla Direttiva n. 79/71/Cee. Si tratta di un passo molto importante, anche alla luce delle difficoltà che i lavoratori atipici, non solo *part-time*, incontrano nell'accesso alle prestazioni previdenziali e assistenziali (47); la strada che la Corte di Giustizia indica agli Stati membri è la più difficile (48), ma senz'altro la più equa.

Cristina Alessi
Professore associato di Diritto del lavoro
presso l'Università di Brescia

(45) Su questi aspetti si v. D. Izzi, *Eguaglianza e differenze nei rapporti di lavoro...*, cit., spec. pp. 170 ss.

(46) In questo senso, O. Bonardi, *Sistemi di welfare...*, cit., pp. 54 ss.

(47) Su questi aspetti si v. F. Ravelli, *Lavoro discontinuo e tutela previdenziale*, Promodis, Brescia, 2007, pp. 31 ss.; L. Giasanti, *Lavoro subordinato non standard tra regolazione giuridica e tutela sociale*, Ediesse, Roma, 2008, spec. pp. 217 ss.; P. Bozzao, *Le misure di sostegno al reddito per il lavoro discontinuo*, in *Lav. dir.*, 2007, pp. 29 ss.

(48) Non a caso la sentenza della Corte di Giustizia e quelle del Tribunal Constitucional hanno aperto un acceso dibattito in Spagna sulle soluzioni da adottare per i lavoratori a tempo parziale. Si v. E. Elorriaga Basoa, *Repercusiones de la sentencia del Tc que declara «inconstitucional y nulo» el sistema de cálculo del periodo de cotización en el tiempo parcial*, in *Relaciones laborales*, 2013, n. 45.

TRIBUNALE TRENTO, 17 gennaio 2013, ord. – Est. Flaim – F.C. (avv. Donati) c. Inps (avv. Doni).

**Pensione – Indennità premio di servizio – Modalità di calcolo –
Questione di legittimità costituzionale dell'art. 3-bis, comma 11, del
d.lgs. 30 dicembre 1992, n. 502.**

È rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 3-bis, comma 11, del d.lgs. 30 dicembre 1992, n. 502 (inserito dall'art. 3, comma 3, del d.lgs. 19 giugno 1999, n. 229), nella parte in cui, commisurando la indennità premio di servizio, ex artt. 2 e 4, legge 8 marzo 1968, n. 152, secondo il parametro del trattamento retributivo effettivamente percepito dal dipendente pubblico in relazione all'incarico conferitogli di direttore generale o di direttore amministrativo o di direttore sanitario delle aziende e degli enti del Servizio sanitario regionale e delle Province autonome, in luogo del precedente parametro costituito dal trattamento retributivo previsto in relazione al rapporto di lavoro dipendente, comporta oneri aggiuntivi per il bilancio dell'Inps gestione ex Inpdap – in violazione dell'art. 76 Cost., in riferimento al precetto della legge di delegazione ex art. 1, ultimo comma, legge 30 novembre 1998, n. 419 – senza indicare i mezzi per far fronte alle nuove e maggiori spese, in violazione dell'art. 81, ultimo comma, Cost. (nel testo attualmente vigente alla luce della disposizione ex art. 6, legge cost. 20 aprile 2012, n. 1). (1)

Il testo della ordinanza è pubblicato in www.ediesseonline.it/riviste/rgl

(1) PER LA TERZA VOLTA ALL'ATTENZIONE DELLA CONSULTA
IL TRATTAMENTO PREVIDENZIALE
DEI DIRETTORI DELLE AZIENDE SANITARIE

1. — *Premessa* — La ordinanza del Tribunale civile di Trento che segnaliamo attiene alla *vexata quaestio* della liquidazione del trattamento previdenziale spettante a un dipendente della pubblica amministrazione collocato in aspettativa, perché chiamato a svolgere l'incarico di direttore generale di un'azienda sanitaria.

Più precisamente, l'art. 3-bis, comma 11, del d.lgs. 30 dicembre 1992, n. 502, così come inserito dall'art. 3, comma 3, del d.lgs. 19 giugno 1999, n. 229, sostanzialmente consente a una ristretta categoria di lavoratori subordinati, in particolare i dipendenti pubblici chiamati a svolgere, prima di essere collocati a riposo, incarichi di direzione generale, di ottenere un notevole aumento della base di calcolo del proprio trattamento di fine servizio.

Nel comparto dei dipendenti degli enti locali, infatti, per le disposizioni contenute nella legge 8 marzo 1968, n. 152, la prestazione previdenziale, *id est* la indennità premio di servizio, viene computata sulla base della retribuzione percepita negli ultimi dodici mesi, moltiplicata per tutti gli anni di servizio.