

DONNE, PREVIDENZA E TUTELA ANTIDISCRIMINATORIA

di Carmela Craca

Il concetto di pari opportunità nel lavoro, inteso come dimensione infungibile della piena ed attiva partecipazione delle donne alla vita economica e sociale del paese, è stato interessato dal passaggio da forme di tutela formale ed astratta a forme di tutela specificatamente mirate alla concreta rimozione delle disuguaglianze di fatto. Nonostante i risultati raggiunti per effetto dei diversi provvedimenti normativi succedutisi, permangono ancora gravi debolezze strutturali nel mercato del lavoro, quali, ad esempio, barriere all'accesso al lavoro determinate in gran parte dai carichi familiari, diversità nei percorsi di sviluppo professionale che caratterizzano il lavoro femminile e scarsa presenza femminile nelle posizioni più elevate.

The concept of equal opportunity in the work for a directly participation of the women to the economic and social life of the country is intended to give a really protection and at the same time to remove all kind of inequalities. Although the results obtained thanks to different norms, persist still today a serious structural weaknesses in the labour market, as for example the difficulty to get a job because of women family situation, professional development that characterize the woman's work, and very low participation of the women on the top position.

1. PREVIDENZA: EVOLUZIONE DI UN CONCETTO GIURIDICO E SOCIALE

La prospettiva della sicurezza sociale è stata ampiamente accolta dal nostro ordinamento. L'art. 38 della Costituzione prevede che «ogni cittadino inabile al lavoro e sprovvisto dei mezzi necessari per vivere ha diritto al mantenimento e all'assistenza sociale. I lavoratori hanno diritto a che siano preveduti e assicurati mezzi adeguati alle loro esigenze di vita in caso di infortunio, malattia, invalidità e vecchiaia, disoccupazione involontaria. Gli invalidi e i minorati hanno diritto all'educazione e all'avviamento professionale. Ai compiti previsti in questo articolo provvedono organi ed istituti predisposti ed integrati dallo Stato. L'assistenza privata è libera».

L'evoluzione del sistema di previdenza sociale può dirsi segnata da questa norma che individua *in primis* gli eventi generativi di bisogno al cui verificarsi i lavoratori hanno diritto ad ottenere i mezzi adeguati alle loro esigenze di vita (Boer, 2009), ma afferma anche, all'ultimo comma, il principio della libertà della previdenza privata, intesa come manifestazione della solidarietà che si esprime nelle formazioni sociali¹.

Carmela Craca, avvocato giuslavorista e dottore di ricerca in Autonomia individuale e collettiva.

¹ Il concetto è quello di una previdenza privata libera e volontaria, destinata al soddisfacimento di un interesse privato e anche incoraggiata e tutelata, costituendo essa anche una forma di risparmio (art. 47 Cost.).

È noto, la previdenza obbligatoria coniuga l'interesse pubblico con quello degli individui nella particolare accezione collettiva espressa dalla solidarietà.

Ma la obbligatorietà che nasce dalla funzione viene superata dalla previsione che gli organi e gli istituti possono essere predisposti dallo Stato o dall'autonomia collettiva e proprio il raccordo con l'autonomia collettiva spiega il particolare posizionamento nell'art. 38 anche della previdenza complementare (Pessi, 2008a).

È stato affermato che la previdenza complementare funge da cerniera tra la previdenza privata di cui al comma 5° dell'art. 38 – unitamente al comma 1° dell'art. 47 – e la previdenza obbligatoria di cui al comma 2° della stessa norma.

Tale ruolo è stato assegnato dall'ordinamento nel momento di passaggio dal modello redistributivo al modello corrispettivo.

È stato altresì affermato che la previdenza complementare è chiamata ad operare come un ammortizzatore dell'effetto di passaggio dall'uno all'altro modello, assicurando che il recupero di una effettiva corrispettività tra contributi e prestazioni non si traduca in inadeguatezza della prestazione previdenziale complessiva.

Secondo dati INPS, alla fine del 2008 l'età effettiva di pensionamento di uomini e donne risultava pressoché identica, tra i 60 e i 61 anni. Mentre però i primi ci arrivano avendo versato in media 34/35 anni di contributi, le seconde non superano i 25/26 anni.

Giova ai nostri fini ripercorrere brevemente quali siano i requisiti di pensionamento delle donne, partendo dalla legislazione attualmente vigente.

La premessa è che l'età di pensionamento varia in rapporto alla professione e all'Ente di previdenza di riferimento (INPS, INPDAP, Casse di Previdenza, ENPALS).

Volendo però tracciare una regola media e individuando i requisiti del regime INPS, per la pensione di vecchiaia, per coloro che rientrano nell'applicazione dei metodi di calcolo retributivo e misto, è necessario avere 60 anni di età e 20 di contributi (se la lavoratrice è invalida all'80% e per le lavoratrici non vedenti il requisito di età è di 55 anni), mentre per la pensione di anzianità, le lavoratrici dipendenti dal 1° gennaio 2008 possono accedere alla pensione con 35 anni di contributi e 58 anni di età.

Le lavoratrici autonome devono avere invece 59 anni di età e 35 di contributi.

Dal 1° luglio 2009 è entrato in vigore il cosiddetto “sistema delle quote”, in base al quale si consegue il diritto alla pensione al raggiungimento di una quota data dalla somma tra età anagrafica e contribuzione (almeno 35 anni di contributi)².

Per le lavoratrici che rientrano nell'applicazione del metodo contributivo vi è invece un solo tipo di pensione, senza distinzione tra vecchiaia e anzianità, per cui si richiedono invece 60 anni di età con almeno 5 anni di contribuzione (in precedenza uomini e donne potevano scegliere un'età compresa nel range 57-65 anni e ad ogni età corrispondeva un differente coefficiente di trasformazione, più basso ad età più giovani, più elevato a salire); in alternativa sono richiesti almeno 35 anni di anzianità contributiva e l'età anagrafica prevista per la pensione di anzianità oppure almeno 40 anni di anzianità contributiva, a prescindere dall'età anagrafica.

Per quanto riguarda invece l'età di pensionamento nell'ambito del secondo pilastro, dal 1° gennaio 2007 si ha diritto alla pensione integrativa (fondi pensione negoziali, fondi pensione aperti, piani individuali di previdenza) dopo aver maturato i requisiti di acceso

² Le lavoratrici possono comunque continuare ad accedere al pensionamento di anzianità con 57 anni di età e 35 di contributi ma in questo caso si passa automaticamente dall'applicazione del metodo retributivo al contributivo (la pensione si riduce di circa il 20%).

alla pensione obbligatoria (intendendosi per tale essenzialmente il pensionamento per vecchiaia), con almeno 5 anni di iscrizione alla previdenza complementare³.

Per i fondi pensione del pubblico impiego, non applicandosi ancora la nuova normativa, si distinguono ancora la pensione di vecchiaia e la pensione di anzianità⁴.

Deve darsi atto che più recentemente, la legge 3 agosto 2009, n. 102, che ha convertito in legge, con modificazioni, il D.L. 1° luglio 2009, n. 78, recante provvedimenti “anticrisi”, ha eliminato il differenziale di genere nei requisiti di accesso al pensionamento per le lavoratrici del pubblico impiego.

È stato introdotto l’elevamento graduale del requisito di età dagli attuali 60 anni a 65 anni, al passo di un anno ogni due, a partire dal 2010.

Ciò consentirà, a partire dal 2018, la piena equiparazione dei requisiti di accesso al pensionamento fra uomini e donne nel pubblico impiego⁵.

Invero, l’art. 22-ter, comma 1°, prevede che dal 2010 l’età per il pensionamento di vecchiaia delle lavoratrici del settore pubblico aumenta di un anno e arriverà a 65 anni nel 2018 (modificato l’art. 2, comma 21°, della legge del 1995, n. 335).

Più in generale, per le donne lavoratrici, ritirarsi dal lavoro a 60 anni costituisce l’esercizio di un diritto soggettivo e non una imposizione normativa. Si tratta semplicemente di una possibilità, di una facoltà, dettata da necessità e condizioni personali, che solo la lavoratrice interessata è in grado di valutare. Ma v’è di più. Le donne lavoratrici possono permanere al lavoro oltre i 60 anni anche senza sottostare al modesto onere burocratico di effettuare un’opzione da notificare al datore pubblico o privato.

L’inesistenza di tale onere burocratico di comunicazione dell’opzione da parte della donna (re-introdotto, tuttavia, dal legislatore nell’art. 30 del D.Lgs. del 2006, n. 198 di cui si dirà più avanti) venne pacificamente asseverata dalla Corte costituzionale già con sentenza del 1988, n. 498, investita espressamente di pronunciarsi sull’indebito onere di comunicazione – a pena di decadenza – per la fruizione del diritto alle garanzie di stabilità in ordine alla cessazione del rapporto fino alla stessa età dell’uomo, fissate all’epoca nell’art. 4 della legge del 1977, n. 903 di parità uomo-donna.

La sentenza dichiarò incostituzionale l’onere di comunicazione dell’opzione addossato alla donna, così motivando:

L’art. 4 della legge n. 903 del 1977, ora censurato, attribuisce alla donna lavoratrice, nonostante che sia in possesso dei requisiti per avere diritto alla pensione di vecchiaia, la possibilità di continuare a prestare la sua opera negli stessi limiti di durata del rapporto di lavoro prevista per l’uomo lavoratore da disposizioni legislative regolamentari, contrattuali. Ma per la sola donna richiede un’opzione in tal senso e la sua comunicazione al datore di lavoro, da farsi almeno tre mesi prima della data di perfe-

³ L’aderente può proseguire volontariamente la contribuzione (deducendo) con la facoltà di determinare autonomamente il momento di fruizione delle prestazioni pensionistiche. Gli orientamenti COVIP dello scorso 14 novembre forniscono chiarimenti precisando che le condizioni sono rappresentate dal poter vantare almeno un anno di contribuzione e dall’aver raggiunto i requisiti anagrafici per il pensionamento. Nel caso poi di cessazione dell’attività lavorativa che comporti l’inoccupazione per un periodo di tempo superiore a 48 mesi, le prestazioni pensionistiche sono, su richiesta dell’aderente, consentite con un anticipo massimo di cinque anni rispetto ai requisiti per l’accesso alle prestazioni nel regime obbligatorio di appartenenza.

⁴ In particolare, la prestazione pensionistica per vecchiaia si consegna al raggiungimento dell’età pensionabile del regime obbligatorio; con un minimo di 5 anni di partecipazione al fondo, mentre la prestazione pensionistica per anzianità si consegna con la cessazione dell’attività lavorativa, con almeno 15 anni di partecipazione al fondo, con un’età anagrafica di non più di 10 anni inferiore a quella pensionabile prevista dal regime obbligatorio.

⁵ Tale intervento è stato adottato al fine di dare attuazione alla sentenza della Corte di giustizia europea del 13 novembre 2008 (causa C-46/07) che ha imposto l’eliminazione di ogni differenza di genere nei requisiti di accesso al pensionamento del settore pubblico.

zionamento del diritto alla pensione. È evidente che la lavoratrice, rispetto al lavoratore, ha avuto un trattamento diverso che non ha alcuna ragionevole giustificazione proprio per i principi affermati più volte da questa Corte sulla parità uomo-donna in materia di lavoro e, in particolare, per quelli posti a fondamento della sentenza n. 137 del 1986. Si ribadisce così che l'età lavorativa deve essere eguale per la donna e per l'uomo, mentre rimane fermo il diritto della donna a conseguire la pensione di vecchiaia al cinquantacinquesimo [ora sessantesimo] anno di età, onde poter soddisfare esigenze peculiari della donna medesima, il che non contrasta con il fondamentale principio di parità, il quale non esclude speciali profili, dettati dalla stessa posizione della lavoratrice, che meritano una particolare regolamentazione. La protrazione della durata del rapporto di lavoro, cioè dell'età lavorativa, consente anche alla donna lavoratrice di conseguire i relativi vantaggi, come, ad esempio, gli aumenti retributivi e i conseguenti aumenti di pensione.

Dopo l'elevazione a 65 anni della massima età pensionabile, il principio paritario è stato riaffermato anche in sede di magistratura di legittimità, da Cass. Sez. Lav. 1.6. 2006 n. 13045 (est. Di Nubila), la cui massima recita:

Per quanto concerne le lavoratrici dipendenti, premesso che in base al combinato disposto delle disposizioni di legge che si sono succedute nel tempo deve distinguersi tra età pensionabile ed età massima lavorativa, entità non coincidenti in quanto nell'attuale ordinamento l'età massima lavorativa, più elevata, corrisponde all'età pensionabile stabilita per i lavoratori dell'altro sesso, la tutela obbligatoria, unitamente a quella reale (ricorrendo di questa le condizioni di legge), deve ritenersi estesa a tutte le lavoratrici che, pur avendo raggiunto l'età pensionabile, non hanno ancora conseguito l'età massima lavorativa, con la conseguenza che alle stesse compete il diritto di proseguire il rapporto di lavoro anche dopo il compimento dell'età pensionabile e fino al giorno del raggiungimento dell'età massima lavorativa, senza necessità di alcun onere di comunicazione, da parte loro, al datore di lavoro, e con l'ulteriore conseguenza che a quest'ultimo è fatto divieto di esercitare il recesso ad *nutum* nell'arco di tempo indicato.

Più di recente, con la sentenza 29 ottobre 2009, n. 275 la Corte costituzionale ha posto nuovamente fine alla vicenda relativa alla piena realizzazione della parità tra uomo e donna in ordine alla età lavorativa fino alla quale è assicurata la stabilità del rapporto di lavoro.

Come noto, nel settore privato, a differenza che nel settore pubblico, non è previsto il collocamento a riposo obbligatorio al raggiungimento dell'età massima lavorativa. All'uopo, il codice delle pari opportunità, il D.Lgs. 198/2006, ha abrogato l'art. 4 l. della legge 903/1977 (art. 57, comma 1°, lett. c) e reintrodotto per le lavoratrici ultrasessantenni l'onere di opzione, da esercitarsi almeno tre mesi prima del momento di maturazione dei requisiti pensionistici (art. 30).

La Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 30 del D.Lgs. 198/2006, per violazione degli artt. 3 e 37 della Costituzione. Tale pronuncia è stata immediatamente ripresa nell'art. 1, comma 1°, lett. u del D.Lgs. 25 gennaio 2010, n. 5, che espressamente riconosce alle lavoratrici in possesso dei requisiti per il pensionamento "di vecchiaia" il «diritto di proseguire il rapporto di lavoro fino agli stessi limiti di età previsti per gli uomini da disposizioni legislative, regolamentari e contrattuali», senza necessità di esercitare alcuna opzione in tale senso.

2. PARITÀ TRA DONNE E UOMINI: PRINCIPALI EVOLUZIONI DEL DIVARIO

Il concetto di pari opportunità nel lavoro, inteso come dimensione infungibile della piena ed attiva partecipazione delle donne alla vita economica e sociale del paese, è stato

interessato dal passaggio da forme di tutela formale ed astratta a forme di tutela specificamente mirate alla concreta rimozione delle disuguaglianze di fatto.

Storicamente, il compiersi di tale passaggio può essere collocato negli anni Settanta quando il tessuto normativo – sino ad allora costituito da provvedimenti di carattere prevalentemente e meramente protettivo – si arricchisce di importanti leggi di riforma che iniziano a considerare le problematiche sociali della condizione lavorativa femminile nella loro dimensione concreta e nella loro specifica complessità.

Tutta la più recente produzione normativa è decisamente influenzata dalla consapevolezza dell'insufficienza del principio di parità formale. Tale consapevolezza ha determinato un'evoluzione graduale dei concetti di discriminazione e parità e, quindi, l'elaborazione di un nuovo corpo di norme giuridiche e di nuove tecniche istituzionali di intervento.

La fragilità della condizione previdenziale delle donne è frutto in larga parte di una più tardiva, e a volte intermittente, e diversa partecipazione delle stesse a un mercato del lavoro caratterizzato, ancora oggi, da marcate differenze e da una asimmetria di genere nella distribuzione del lavoro familiare e di cura dei figli e degli anziani.

Nonostante si sia assistito negli ultimi anni ad una crescita dell'occupazione femminile, dovuta in larga misura alla diffusione del part time, siamo ancora distanti dai tassi di occupazione femminile che si registrano in ambito europeo, e ancor più dal raggiungimento, entro il 2010, dell'obiettivo del 60% di partecipazione femminile al mercato del lavoro fissato dalla strategia di Lisbona. Solo alcuni paesi europei, come ad esempio i paesi scandinavi e il Regno Unito, hanno già raggiunto questo obiettivo.

L'Italia, invece, è uno dei paesi europei con la più bassa occupazione femminile – con un tasso del 43% circa – e detiene il terzo posto in Europa nella classifica della disoccupazione femminile.

L'evoluzione del mercato del lavoro e l'espansione del ricorso a tipologie di lavoro flessibile, se da un lato hanno offerto ai lavoratori e alle lavoratrici ulteriori possibilità di conciliazione tra tempi di vita e tempi di lavoro, dall'altro hanno posto (e pongono) l'esigenza di garantire livelli di tutela uniformi per le lavoratrici. Le pensionate di domani raccoglieranno anche i frutti di un mercato del lavoro *post-fordista*, in uno scenario globalizzato che sul terreno della continuità e della tutela dei diritti appare oggi più fragile e più discontinuo, più precario rispetto al passato. Le debolezze croniche del lavoro femminile determinano una condizione critica delle donne nel mondo della previdenza. Bisogna tenerne conto, mettendo in campo strumenti che riducano le disparità tra i sessi, in particolare il profondo gap tra uomini e donne relativo all'importo delle pensioni.

Nonostante i risultati raggiunti per effetto dei diversi provvedimenti normativi succedutisi, sempre più orientati a promuovere le condizioni necessarie per una concreta e sostanziale realizzazione del principio delle pari opportunità, e volti a favorire una maggiore crescita della presenza femminile nel mercato del lavoro, permangono ancora gravi debolezze strutturali nel mercato del lavoro, quali, ad esempio, barriere all'accesso al lavoro determinate in gran parte dai carichi familiari, diversità nei percorsi di sviluppo professionale che caratterizzano il lavoro femminile e scarsa presenza femminile nelle posizioni più elevate.

È noto che l'Italia presenta un quadro demografico e produttivo particolarmente problematico, con diffusa disoccupazione, specie nel Sud.

Le riforme previdenziali hanno avuto una incidenza specifica sulla condizione delle donne.

Alla luce di quanto sin qui sinteticamente esposto, è evidente che il contenuto della materia alla luce dell'evoluzione normativa impressa soprattutto dalle leggi di riforma del sistema previdenziale del 1993 e del 1995 ruota intorno a due fulcri, il nesso funzionale con la previdenza obbligatoria che ne ha oggettivamente trasformato i caratteri, ponendo in discussione la sua connotazione privatistica e il principio di libertà in quanto gli atti di estrinsecazione della stessa devono essere finalizzati al conseguimento dello specifico obiettivo della previdenza complementare.

Il dato normativo è accompagnato anche da un'opera di interpretazione della Corte costituzionale tesa a stabilizzarne l'interpretazione in tal senso. La collocazione della previdenza complementare nel sistema dell'art. 38 Cost., comma 2°, è stata più volte confermata dalla Corte costituzionale dopo la riforma del 1995.

Il riferimento che la Corte opera ad un modello interpretativo che lega il comma 2° dell'art. 38 al principio di solidarietà mette in discussione la stessa configurazione della previdenza complementare come strumento che, secondo la dizione della legge, assicura più elevati livelli di copertura. La previdenza complementare, infatti, pare concorrere con quella obbligatoria per assicurare livelli adeguati di pensione.

A questo punto vi è da chiedersi se i livelli essenziali coincidano o meno con la previdenza di base.

In teoria la risposta potrebbe essere positiva ma il vero problema non è teorico bensì pratico e di effettività della tutela: per cui il confine è mobile ed è evidente che se si diminuiscono le garanzie della previdenza sociale inevitabilmente quella complementare entra a definire i livelli essenziali.

Dall'inizio degli anni Novanta il sistema pensionistico italiano è stato oggetto di un articolato processo di riforma volto a contenere la spesa pensionistica in modo da garantirne soprattutto la sostenibilità finanziaria.

È noto, le prestazioni pensionistiche che saranno pagate in particolare ai lavoratori entrati nel mondo del lavoro dopo il 1° gennaio 1996 o con pochi anni di servizio a quella data, saranno inferiori a quelle pagate nel passato.

In merito alla rendita vitalizia integrativa della pensione delle donne lavoratrici, l'esistenza di tabelle differenziate per uomini e donne, dovuta al fatto che le donne statisticamente vivono più degli uomini, implica una penalizzazione in termini percentuali di circa il 25-30% in meno su una mensilità rispetto agli uomini.

Ciò in palese contrasto non solo con la logica mutualistica alla base di ogni sistema previdenziale, ma anche e soprattutto al principio di uguaglianza tra uomini e donne.

Più recentemente è entrato in vigore il D.Lgs. 5/2010 di attuazione della Dir. 2006/54/CE, relativa al principio delle pari opportunità e della parità di trattamento fra uomini e donne in materia di occupazione e impiego, che apporta importanti modifiche al Codice delle pari opportunità contenuto nel D.Lgs. 198/2006.

Il decreto rafforza il principio antidiscriminatorio di genere, ampliandolo ed estendendolo a tutti i livelli nei diversi ambiti, e afferma la necessità di garantire la parità di trattamento e di *opportunità* fra donne e uomini in ogni ambito, specialmente in quelli dell'occupazione, del lavoro e della retribuzione. Il provvedimento in esame, al fine di rendere effettivo tale principio, prevede e disciplina una serie di misure volte ad eliminare ogni *discriminazione* basata sul sesso che ostacoli, comprometta o limiti il riconoscimento, il godimento o l'esercizio dei diritti umani e delle libertà fondamentali in campo politico, economico, sociale, culturale e civile.

Tali previsioni sono accompagnate da sanzioni più severe per chiunque ponga in essere comportamenti discriminatori e, in primo luogo, per il datore di lavoro.

Rileva sottolineare che il decreto sancisce il divieto assoluto di discriminazione delle donne quanto all'accesso al lavoro in forma subordinata, autonoma o in qualsiasi altra forma, compresi i criteri di selezione e le condizioni di assunzione, nonché la promozione, indipendentemente dalle modalità di assunzione e qualsiasi sia il settore o il ramo di attività, a tutti i livelli della gerarchia professionale.

Questa norma dovrebbe, di fatto, migliorare la condizione lavorativa e retributiva di gran parte delle donne, che continuano a percepire retribuzioni inferiori rispetto agli uomini e ad avere, a parità di capacità, competenze e preparazione, carriere mediamente meno brillanti.

Conformemente agli orientamenti del diritto comunitario in ordine alle formalità o agli adempimenti che costituiscono discriminazioni di genere, è stato abrogato il comma 2° dell'art. 30 del D.Lgs. 198/2006, che nel disciplinare il divieto di discriminazioni nell'accesso alle prestazioni professionali, poneva alle lavoratrici che intendessero proseguire l'attività lavorativa oltre l'età per il pensionamento di vecchiaia (60 anni) l'obbligo di comunicarlo al datore di lavoro almeno tre mesi prima della maturazione del diritto.

Nella versione modificata il decreto ribadisce il diritto delle lavoratrici di proseguire il rapporto di lavoro fino agli stessi limiti di età previsti per gli uomini.

3. IL PIÙ RECENTE ORIENTAMENTO DELLA CORTE DI GIUSTIZIA EUROPEA SUL PRINCIPIO DELLA PARITÀ DI TRATTAMENTO TRA UOMINI E DONNE

Ai nostri fini, è opportuno dare indicazione anche del D.Lgs. del 2007, n. 196, con il quale è stata data attuazione nel nostro ordinamento alla Direttiva 2004/113/CE per la parità di trattamento tra uomini e donne nell'accesso a beni e servizi e loro fornitura.

In particolare, si evidenzia l'art. 55-quater del predetto Codice, riguardante la parità di trattamento tra uomini e donne nei servizi assicurativi e altri servizi finanziari, che impone ai fornitori dei predetti servizi di prevedere premi e prestazioni *unisex* con riguardo a tutti i nuovi contratti stipulati successivamente all'entrata in vigore del D.Lgs. 196/2007.

La norma citata afferma tuttavia la possibilità di prevedere differenze proporzionate nei premi e nelle prestazioni individuali allorché il fattore sesso risulti ancora determinante nella valutazione dei rischi, in base a pertinenti ed accurati dati attuariali e statistici.

Recentemente, con la sentenza causa C-236/09 del 1° marzo 2011 la Corte di giustizia europea ha stabilito che, a partire dal 21 dicembre 2012, l'art. 5, comma 2° della Direttiva europea 2004/113/CE del 13 dicembre 2004 sull'uguaglianza di trattamento tra uomini e donne in materia di accesso ai beni e servizi non potrà più trovare applicazione.

Invero, l'art. 5, comma 2° della Direttiva 2004/113/CE riconosce la possibilità che nel calcolo di premi e prestazioni assicurative si tenga conto del sesso, ove tale fattore sia determinato nella valutazione dei rischi, in base a pertinenti e accurati dati attuariali e statistici.

La disposizione, che prevede una deroga del principio generale di parità di trattamento tra uomo e donna nell'accesso ai beni e servizi offerti al pubblico, trova il suo presupposto nella prassi delle compagnie assicurative di utilizzare fattori attuariali correlati al sesso, prassi ancora largamente diffusa in molti Stati membri.

Nella sentenza citata, la Corte di giustizia europea ha ritenuto che il legislatore comunitario può prevedere legittimamente delle deroghe al principio della parità di trattamento soltanto in presenza di circostanze particolari e obiettive, quali quelle che sussistevano al momento dell'adozione della Direttiva 2004/113/CE, quando l'uso di fattori attuariali correlati al sesso era largamente diffuso nei contratti assicurativi degli Stati membri, ma tali deroghe necessariamente devono avere carattere provvisorio e temporaneo.

Secondo la Corte, infatti, l'unica maniera per rendere compatibile la norma della Direttiva con i principi fondamentali dell'Unione Europea è quella di interpretarla nel senso che l'art. 5, comma 2° della Direttiva 2004/113/CE cessa di avere efficacia a partire dal 21 dicembre 2012, non potendosi consentire oltre quella data che fattori attuariali legati al sesso possano ancora influire su contratti e prestazioni assicurative.

Il perdurare di tale differenziazione, premesso il ruolo fondamentale della previdenza integrativa nell'attuale panorama della sicurezza sociale, considerato l'alto livello di spesa sociale nel nostro paese, tenuto conto degli elementi di criticità nella vita lavorativa delle donne, caratterizzata da un differenziale salariale sistematico, risulta essere contrario all'obbligo di graduale attuazione del principio di parità di trattamento tra uomini e donne in materia di sicurezza sociale e al divieto di discriminazione, di cui alla Direttiva 2006/54/CE così come recepita dal D.Lgs. 5/2010.

Non deve sottovalutarsi che il fattore sesso, quale discriminante nell'attuale architettura legislativa, crea soprattutto problemi di equità sociale. Infatti, nell'attuale contesto previdenziale, delineato anche dal D.Lgs. del 2005, n. 252, che vede la devoluzione del TFR da parte del lavoratore e della lavoratrice al finanziamento del proprio trattamento pensionistico, l'applicazione del principio di mutualità, meccanismo tipico delle assicurazioni private, ha infatti come diretta conseguenza che la pensione di una lavoratrice è inferiore a quella di un lavoratore di pari grado e carriera.

Si tratta evidentemente di una disparità di trattamento assolutamente ingiustificata sul piano della ragionevolezza, oltre che illegittima per violazione dell'apparato di norme comunitarie e nazionali che vietano qualsiasi discriminazione in ragione del sesso.

Ma può certamente desumersi che il recente orientamento della giurisprudenza comunitaria avrà delle conseguenze dirompenti nei singoli ordinamenti.

RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

- BOER P. (2009), *La previdenza sociale*, in G. Santoro Passarelli (a cura di), *Diritto e processo del lavoro e della previdenza sociale*, IPSOA, Roma.
- CINELLI M. (2009), *La previdenza complementare. Art. 2123*, Giuffrè, Milano.
- COMMISSIONE EUROPEA (2009), *Proposta di direttiva del Consiglio recante applicazione del principio di parità di trattamento fra le persone indipendentemente dalla religione o dalle convinzioni personali, dalla disabilità, dall'età o dall'orientamento sessuale*, COM (2008) 426, Bruxelles.
- COVIP (2007), *Commissione di vigilanza sui fondi pensione, Relazione per l'anno 2007*.
- EU-SOCIAL PROTECTION COMMITTEE (2008), *Privately Managed Funded Pension Provision and Their Contribution to Adequate and Sustainable Pensions*, Report.
- IRES (2008), *3° Rapporto osservatorio permanente sul lavoro atipico in Italia: Donne e lavoro atipico: un incontro molto contraddittorio*.
- PESSI R. (2006), *Economia e diritto del lavoro*, lezione del 9 marzo 2006 nell'ambito del Dottorato

- in Diritto europeo dei contratti civili, commerciali e del lavoro presso l'Università Cà Foscari di Venezia.
- ID. (2008a), *Lezioni di diritto della previdenza sociale*, CEDAM, Padova.
- ID. (2008b), *Il dialogo tra giurisprudenza costituzionale e sistema ordinamentale*, in *Scritti in onore di Edoardo Ghera*, Cacucci, Bari.
- RAPPORTO CNEL (2004), *Donne e previdenza*, Roma, 17 marzo.
- SCARPONI S. (2001), *Il lavoro delle donne fra produzione e riproduzione, profili costituzionali e citizenship*, in "Lavoro e Diritto", 1, pp. 97-120.
- SCIMIÀ L. (2005), *La previdenza complementare e il principio di solidarietà*, intervento al convegno organizzato dal Fondo pensione solidarietà Veneto: "1990-2005: 15 anni a servizio dei lavoratori con ottimi risultati", Mogliano Veneto, 21 febbraio 2005.
- STEVENSON B., WOLFERS J. (2009), *The Paradox of Declining Female Happiness*, Working Paper n. 14969, National Bureau of Economic Research, May.