

Numero 1 / 2018
(estratto)

Maurizio Falsone

**La discriminazione della lavoratrice part
time in ambito previdenziale: le lacune
dell'ordinamento UE in materia di lavoro non
standard colmate dal divieto di
discriminazione di genere**

La discriminazione della lavoratrice *part time* in ambito previdenziale: le lacune dell'ordinamento UE in materia di lavoro non standard colmate dal divieto di discriminazione di genere.

Maurizio Falsone
Ricercatore di diritto del lavoro dell'Università di Genova

Sommario

1. Il caso di specie.
2. La regola del divieto di discriminazione del lavoratore *part time* e il limite della sua applicazione alle «condizioni di lavoro».
3. La regola della parità di trattamento tra gli uomini e le donne in materia di sicurezza sociale, «presa sul serio».
4. I limiti dell'ordinamento UE e l'esigenza di un intervento normativo.

1. La sentenza della CGUE 9 novembre 2017 (C-98/15), resa a seguito del rinvio pregiudiziale di un giudice del lavoro di Barcellona, è interessante perché conferma e consolida dei punti di approdo raggiunti recentemente dai giudici europei a proposito di due questioni giuridiche su cui in passato si erano registrati orientamenti problematici e contraddittori, come vedremo nel dettaglio.

Incominciamo dai fatti. Una lavoratrice spagnola a tempo parziale, alla cessazione del suo rapporto di lavoro con un'impresa di pulizie, aveva domandato l'indennità di disoccupazione al competente *Servicio público de empleo estatal*, ottenendo l'agognato sostegno economico per un periodo di soli 120 giorni. Ritenendo di avere diritto ad una prestazione sociale ben più duratura (720 giorni), la lavoratrice disoccupata aveva proposto reclamo al medesimo ente pubblico. Quest'ultimo, infine, aveva accolto solo parzialmente le contestazioni, concedendo l'indennità di disoccupazione per soli 420 giorni. La questione giungeva quindi di fronte al Tribunale competente.

Il giudice adito constatava che la lavoratrice *part time* aveva prestato la sua attività distribuendo l'orario ridotto su soli quattro giorni settimanali, come da accordi regolarmente presi con il datore di lavoro – si trattava dunque del *part time* c.d. verticale¹. Inoltre, accertava che, nel rispetto della legge spagnola, i contributi erano stati regolarmente versati in una misura che dipendeva dal *quantum* della retribuzione mensile erogata e non dei giorni di lavoro effettivo. Infine, prendeva atto che l'ente previdenziale spagnolo aveva individuato la durata della prestazione sociale richiesta e dovuta, applicando una disciplina speciale secondo cui tale durata, nel caso di un lavoratore a tempo parziale, si calcola

¹ Come è noto, nel nostro ordinamento, il riferimento legislativo alla natura verticale, orizzontale o mista del lavoro *part time* (cfr. artt. 1 e ss. del d.lgs. n. 61/2000) è stato superato. Il decreto attuativo del c.d. jobs act, infatti, prevede una disciplina uniforme per tutti i tipi di lavoro a tempo parziale (cfr. artt. 4 e ss. del d.lgs. 81/2015). Ciò naturalmente non impedisce agli interpreti di adoperare tali distinzioni per distinguere, di fatto, le diverse modalità di distribuzione dell'orario ridotto tutte le volte in cui esse, come nel caso di specie, provocano effetti giuridici rilevanti.

considerando il numero di giorni lavorati e a prescindere dal (ridotto) orario di lavoro giornaliero prestato (cfr. art. 3 paragrafo 4 del R.D. 625/1985).

Considerando che, invece, la *Ley General de la Seguridad Social* (R.D.L. 1/1994), in relazione agli altri tipi di rapporti di lavoro, fa dipendere la durata della prestazione di disoccupazione dai periodi di contribuzione piuttosto che dai giorni di lavoro effettivo e che ove le parti del rapporto avessero «spalmato» l'orario di lavoro ridotto su tutti i giorni della settimana, la lavoratrice avrebbe avuto diritto ad una prestazione sociale più estesa nel tempo (a parità di contribuzione versata all'ente previdenziale), il giudice spagnolo ha scorto una possibile incompatibilità fra la disciplina speciale applicata nel caso di specie e il diritto dell'Unione europea. Pertanto ha sospeso il procedimento di merito sottoponendo alla CGUE la questione emersa².

2. È opportuno analizzare le questioni affrontate nella decisione muovendo dalla strategia adottata dal giudice spagnolo per l'elaborazione dei quesiti sottoposti al giudice europeo. Egli ha, infatti, chiaramente preso in considerazione le caratteristiche e i limiti della normativa UE rilevante e del diritto vivente dettato dalla CGUE.

In primo luogo, il Tribunale di Barcellona domanda alla Corte di Lussemburgo se la sola circostanza di aver distribuito l'orario di lavoro in alcuni giorni della settimana renda o meno legittimo, a parità di contribuzione versata, l'erogazione di una prestazione sociale di durata più breve rispetto a quella riconosciuta ai lavoratori che prestano la loro attività in tutti i giorni settimanali, in orario ridotto o in regime *full time*. Ciò, ovviamente, alla luce del diritto UE e, in particolare, in virtù della clausola 4 della direttiva 97/81/CE contenente l'accordo quadro sul lavoro a tempo parziale secondo cui «per quanto attiene alle condizioni di impiego, i lavoratori a tempo parziale non devono essere trattati in modo meno favorevole rispetto ai lavoratori a tempo pieno comparabili per il solo motivo di lavorare a tempo parziale, a meno che un trattamento differente sia giustificato da ragioni obiettive» o dall'opportuna applicazione del principio «*pro rata temporis*».

Il dubbio di compatibilità evidenziato sembra ovvio perché, in effetti, il profilo discriminatorio che più immediatamente emerge accede al noto tema del trattamento riservato ai lavoratori non standard³ e, in particolare, ai lavoratori a tempo parziale (di tipo verticale). Tuttavia, rispetto ai casi come quello di specie, l'ambito di applicazione della direttiva sul lavoro *part time* impone di usare delle cautele che il giudice remittente non ha mancato di impiegare. Come è noto, infatti, il principio di non discriminazione della clausola 4 succitata si applica

² La decisione della CGUE ha ricevuto una discreta attenzione anche a livello mediatico in Spagna. Si consiglia a questo riguardo l'agile lettura di alcuni contributi sufficientemente precisi e reperibili sulla rete: Rojo E., «Mayor protección por desempleo para quienes trabajan a tiempo parcial. Discriminación (por razón de sexo) de los trabajadores part-time vertical. Notas a la sentencia del TJUE de 9 de noviembre de 2017 (asunto C-98/15)», <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2017/11/mayor-proteccion-por-desempleo-para.html> e Alfaro J., «El caso Espadas: discriminación indirecta en el acceso a la prestación por desempleo», <http://almacenederecho.org/39978-2/>.

³ In generale, sulle lacune in materia di protezione sociale dei lavoratori «atipici», cfr. anche per ulteriori riferimenti Giasanti L., *Lavoro subordinato non standard tra regolazione giuridica e tutela sociale*, Roma 2008.

solo alle «condizioni di impiego», fra le quali è discutibile che vi possa rientrare il trattamento di disoccupazione, fondato sì su un regime contributivo ma disciplinato da una legge ed erogato da un ente pubblico. D'altronde, come è stato osservato, la direttiva 97/81/CE riconosce espressamente, nel suo preambolo, che le questioni relative ai regimi legali di sicurezza sociale rimangono di competenza degli Stati membri, coerentemente con i trattati UE allora vigenti⁴.

Per tale ragione, il giudice di Barcellona domanda, in prima istanza, se la clausola 4 della direttiva sul lavoro *part time* sia applicabile ad una prestazione sociale finanziata esclusivamente con i contributi versati dalle parti del rapporto e, in secondo luogo, domanda, nel caso di risposta positiva al primo quesito, se essa osti alla disciplina speciale spagnola applicabile nel caso di specie. Ma – ecco venire a galla i profili problematici di diritto vivente – nel farlo, anche per giustificare una scelta che potrebbe apparire altrimenti azzardata per il motivo che abbiamo appena evidenziato, il giudice catalano precisa espressamente che i due quesiti sono posti «in applicazione» della giurisprudenza risultante dalla sentenza CGUE 10 giugno 2010 (C- 395/08 e C-396/08), *Bruno e altri*. Decisione resa, peraltro, nell'ambito di un procedimento pregiudiziale avviato da un giudice italiano e relativo ad un trattamento pensionistico erogato dall'INPS⁵. In pratica, il giudice spagnolo fa leva non tanto sulla lettera del diritto UE (come sarebbe sufficiente fare), ma su un particolare orientamento di diritto vivente.

Vediamo allora perché è stata avanzata questa (non necessaria) precisazione e, successivamente, in che modo la CGUE ha risposto ai primi due quesiti posti. Per cominciare è necessario puntualizzare che, in effetti, l'esclusione dei regimi legali di sicurezza sociale dall'ambito di applicazione della direttiva UE sul lavoro *part time* è un aspetto di per sé indiscutibile: esso infatti rappresenta l'esito di un complesso compromesso politico e sindacale su cui tanto si è scritto, soprattutto in termini critici⁶. D'altronde l'UE, almeno fino all'entrata in vigore del Trattato di Nizza del 2000, non aveva sicuri ed agili spazi di intervento vincolante in materia di sicurezza sociale⁷. Semmai è apparso via via sempre più problematico distinguere fra ciò che rientra nella categoria dei regimi legali di sicurezza sociale – e su cui quindi non può interferire la suddetta direttiva UE – e ciò che, invece, pur assumendo una funzione anche previdenziale, rientra nella nozione di «condizioni di lavoro» e, in particolare, in quella di retribuzione. A partire, infatti, dalla prima sentenza *Defrenne* (CGCE 25 maggio 1971, C-80/1970) si è giustamente affermato che alcuni vantaggi riconosciuti ai lavoratori e aventi funzione anche previdenziale non sono necessariamente estranei alla nozione di retribuzione⁸. In particolare, si riteneva originariamente

⁴ Altimari M., «Il lavoro a tempo parziale tra influssi europei e ordinamento interno», Napoli 2016, p. 57.

⁵ Cfr. *riv. crit. dir. lav.*, 2010, p. 974 con nota di Alessi, *riv. giur. lav.*, 2011, II, p. 263 con nota di Altimari, *riv. it. dir. lav.*, 2011, II, p. 536 con nota di Premoli.

⁶ Si rinvia a Scarponi S., «Luci e ombre dell'Accordo europeo in materia di lavoro a tempo parziale», *Riv. giur. lav.*, 1999, p. 399 anche per ulteriori riferimenti.

⁷ Bonardi O., «Sistemi di welfare e principio di eguaglianza, Giappichelli», Torino 2012, p. 24.

⁸ Cfr. Racc. 1971, p. 445 e *Revue trimestrielle de droit européen*, 1972, p.110-112 con commento di G. Lyon-Caen. Cfr. anche Derrick W., «Article 119 EEC: Definition of "Pay" - Towards the Elimination of Sex Discrimination», *European Law Review*, 1976, p. 414-420. La decisione

che possono rientrare in quest'ultima nozione i vantaggi pagati dal datore in dipendenza del rapporto di lavoro, nei casi in cui la legge autorizzi le parti interessate a sostituire al regime previdenziale nazionale, le prestazioni previdenziali negoziate: si tratta delle prestazioni che formano la categoria dei c.d. regimi professionali di sicurezza sociale⁹. Più avanti, la Corte di Giustizia ha allargato ancora di più i confini della nozione di retribuzione, attirandosi, stavolta, le critiche della dottrina italiana ed europea maggioritaria¹⁰. Nel 2008, infatti, la Corte ha fatto rientrare nella nozione anche il trattamento erogato dall'italiana INPDAD¹¹ – in ragione del fatto che esso era riservato ad una categoria particolare di lavoratori; nel 2010, addirittura, i giudici europei vi hanno ricompreso anche il trattamento pensionistico dell'INPS¹². È proprio quest'ultimo il caso citato dal Tribunale di Barcellona per argomentare il proprio dubbio in ordine alla compatibilità fra ordinamento domestico e diritto UE e avanzare la tesi secondo cui anche il trattamento pubblico di disoccupazione rientrerebbe nell'ambito di applicazione della clausola 4 della direttiva 97/81/CE sulla parità di trattamento dei lavoratori *part time*.

La CGUE, tuttavia, non raccoglie l'*assist* argomentativo del Tribunale di Barcellona, ma richiama la giurisprudenza più recente secondo cui «rientrano nella nozione di "condizioni di impiego" le pensioni che dipendono da un rapporto di lavoro tra il lavoratore e il datore di lavoro, ad esclusione delle pensioni legali di previdenza sociale, meno dipendenti da un rapporto siffatto che da considerazioni di ordine sociale»¹³. In effetti, i

interpretava il concetto di retribuzione al fine di applicare (o meno) l'art. 119 Trattato di Roma (poi art. 141 TCE, oggi art. 157 TFUE) che impone la parità di retribuzione fra lavoratori di sesso diverso e che è stato icasticamente descritto come un «campo magnetico» per la sua capacità di agevolare interpretazioni particolarmente estensive (Altimari M., cit., p. 38).

⁹ I regimi professionali di sicurezza sociale sono stati inizialmente oggetto di una direttiva specifica 86/378/CEE oggi inglobata, con varie modifiche, nella direttiva 2006/54/CE sull'attuazione del principio di parità di trattamento uomo/donna in materia di condizioni di impiego e occupazione. Per una ricostruzione anche storica cfr. Caligiuri A., «La parità di trattamento tra uomo e donna in materia di sicurezza sociale: profili di diritto comunitario», *Riv. dir. sic. soc.*, 2008, 1, spec. p. 213 e ss.

¹⁰ Bonardi O., «Da cavallo di Troia a leva di Archimede. Previdenza complementare e diritto antidiscriminatorio in Europa», *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".INT*, 83/2010, p. 43 e ss. Bozzao P., «La Corte di Giustizia coglie nel segno sbagliando la mira: paradossi della previdenza nel pubblico impiego», *Dir. lav. merc.*, 2009, p. 147, Giubboni S., «Età pensionabile e parità di trattamento previdenziale tra uomini e donne nel lavoro pubblico riformato», *Lav. pubbl. amm.*, 2009, p. 973.

¹¹ CGUE, 13 novembre 2008, C-46/07 in cui secondo Altimari M., cit., p. 61 si fa un uso «disinvolto» della nozione di retribuzione. Oggi l'INPDAD (come l'ENPALS) è stata accorpata all'INPS, pertanto è possibile considerare superato l'argomento speso a suo tempo dalla Corte di giustizia per giustificare la propria posizione in relazione a questo tipo di regimi previdenziali particolari. Cfr. Alessi, «Part time minimo e accesso alla pensione di vecchiaia», *Riv. giur. lav.*, II, 2013, p. 485 e, in giurisprudenza, Trib. Pisa 6 maggio 2010, est. Tarquini, *Riv. dir. sic. soc.*, 2011, 1, p. 305 con nota di Milianti, che, in applicazione dell'orientamento della CGUE, ha disapplicato la legge italiana astrattamente applicabile.

¹² CGUE, 10 giugno 2010, C-395/08E 396/08 (cfr. i commenti citati in nota 4). Tale decisione rappresenta il punto di massima estensione della nozione di retribuzione: essa comunque rimetteva al giudice nazionale il compito di stabilire se il caso di specie accedesse alla categoria del regime legale o a quella del regime professionale di sicurezza sociale

¹³ Si tratta di CGUE 22 novembre 2012 (C-385/11), *Foro it.*, 2012, 12, IV, 525 e di CGUE 14 aprile 2015 (C-527/13), *Diritto & Giustizia*, 2015, 17 aprile.

Giudici europei, forse anche prendendo atto delle critiche ricevute dalla dottrina dopo la decisione sul caso Bruno/Inps del 2010, sembrano essere «rientrati nei ranghi», tornando ad interpretare la nozione di retribuzione senza eccessiva elasticità¹⁴. Non si può dire, invero, che le sentenze più recenti della CGUE siano più chiare o più convincenti di quelle precedenti, sotto il profilo argomentativo, considerato che il criterio distintivo fra regime previdenziale legale o professionale rimane tracciato dal vago riferimento alla maggiore o minore «*dipendenza*» del trattamento previdenziale da un rapporto di lavoro ovvero da considerazioni di ordine sociale. Certo è che oggi la Corte riconosce maggiore rilievo all'ambito di applicazione del trattamento sociale in questione, ritenendo che la sua erogazione alla generalità dei lavoratori che si trovino nelle condizioni di bisogno prese in considerazione dalla legge nazionale, imponga di catalogarlo fra i regimi legali di previdenza (e viceversa) e, quindi, di escluderlo dall'(o includerlo nell')ambito di applicazione delle norme e delle direttive UE che fanno riferimento alla nozione di retribuzione (art. 157 TFUE) e di «condizioni di lavoro» (clausola 4 della direttiva 97/81/CE).

Di ciò già da qualche tempo ha preso atto la giurisprudenza italiana, anche quando giunge al medesimo risultato dell'applicazione del principio di parità di trattamento fra lavoratori *full time* e lavoratori *part time*. Infatti, essa non fa (più) riferimento alla problematica giurisprudenza UE di cui *supra*, ma argomenta le decisioni più recenti sulla scorta dei principi immanenti nel nostro ordinamento in tema eguaglianza e di rapporto di lavoro a tempo parziale¹⁵. E anche nel dibattito spagnolo non manca chi ritiene che il caso trattato dal Tribunale di Barcellona poteva essere deciso senza fare ricorso all'interpretazione della CGUE, ma interpretando la disciplina nazionale in modo conforme alla Costituzione¹⁶.

Con la sentenza che si commenta, la CGUE invia un segnale chiaro a proposito del cambio di rotta già impresso e dell'intenzione di non tornare sui propri passi. Essa, infatti, nella parte motiva della sentenza, ignora deliberatamente la propria criticabile giurisprudenza richiamata dal giudice del caso di specie, valorizzando invece l'orientamento più recente ed equilibrato. La Corte, in particolare, chiarisce i termini e irrigidisce, per certi aspetti, il proprio approccio ermeneutico. Infatti, i giudici europei escludono che al caso di specie si possa applicare la clausola 4 della direttiva 97/81/CE perché «*sebbene la prestazione di*

¹⁴ Altimari M., cit., p. 63 e Alessi C., cit. p. 480.

¹⁵ Cass. 29 aprile 2016, n. 8565, a quanto consta, è l'ultima decisione di un giudice italiano in cui si applica ancora l'argomento adoperato da CGUE 10 giugno 2010 C-395/08E 396/08, rinviando espressamente ad essa. Cass. 6 luglio 2017, n. 16677 e Cass. 22 febbraio 2018, n. 433, invece, prendono atto dell'evoluzione giurisprudenziale e applicano un altro iter logico giuridico, in modo da non dover difendere la discutibile e superata tesi per cui anche le prestazioni previdenziali rese dall'INPS rientrerebbero nella categoria dei regimi professionali (e non legali) di sicurezza sociale e, di conseguenza, nella nozione di retribuzione ai sensi dell'art. 157 TFUE.

¹⁶ Cfr. Àquila-Real J.A., «El caso Espadas: discriminación indirecta en el acceso a la prestación por desempleo», <http://almacenederecho.org/39978-2/> che rinvia all'art. 14 della Costituzione spagnola secondo cui «*gli spagnoli sono uguali di fronte alla legge, senza che prevalga alcuna discriminazione per motivi di nascita, razza, sesso, religione, opinione e qualsiasi altra condizione o circostanza personale o sociale*».

*cui trattasi nel procedimento principale sia finanziata esclusivamente dai contributi versati dal lavoratore e dal datore di lavoro, tali contributi sono versati in applicazione della normativa nazionale e, di conseguenza, non sono regolati dal contratto di lavoro concluso tra il lavoratore e il datore di lavoro. Pertanto, (...) tale sistema presenta più analogie con un regime previdenziale amministrato dallo Stato». In definitiva, sembra che la CGUE sia ora dell'idea, pienamente condivisibile, che un regime previdenziale delineato dalla legge e amministrato dallo Stato non possa rientrare fra i regimi professionali di sicurezza sociale, a prescindere dalla presenza di altre caratteristiche valorizzate in passato, come la natura contributiva della prestazione previdenziale o la sua applicazione ad una categoria particolare di lavoratori. Tale regime, quindi, non può rientrare nell'ambito di applicazione della disciplina europea in materia di «condizioni di lavoro» e una lavoratrice *part time* «vittima», sotto il profilo della sicurezza sociale, di un trattamento peggiore di quello riservato agli altri lavoratori non può contare sulla garanzia della parità di trattamento prevista dalle normative UE sul lavoro non standard.*

3. Veniamo alla seconda questione trattata nella sentenza. Probabilmente conscio della recente e più equilibrata posizione assunta dalla CGUE sull'ambito di applicazione del principio di parità di trattamento in materia di lavoro *part time*, il giudice del rinvio pregiudiziale pone alla CGUE un altro quesito. Egli, infatti, domanda «se il divieto di discriminazione, diretta o indiretta, fondata sul sesso, di cui all'articolo 4 della direttiva 79/7, debba essere interpretato nel senso che osti o si opponga ad una disposizione nazionale, quale l'articolo 3, paragrafo 4, del RD 625/1985, che, nei casi di lavoro a tempo parziale "verticale" (lavoro per tre soli giorni alla settimana), escluda dal computo dei giorni di contribuzione i giorni non lavorati, con conseguente riduzione della durata della prestazione di disoccupazione». La direttiva 79/7/CEE cui si riferisce il giudice spagnolo, in effetti, dà «graduale attuazione» al principio di parità di trattamento tra gli uomini e le donne nella materia della sicurezza sociale: proprio quella esclusa, come abbiamo visto, dall'ambito di applicazione della direttiva sul lavoro *part time*. In sostanza, quindi, il giudice spagnolo propone di guardare ad un altro possibile effetto discriminatorio – quello indirettamente connesso al genere di appartenenza della ricorrente – nell'ipotesi, invero prevedibile come abbiamo visto, in cui il fattore discriminatorio immediatamente colpito dalla disciplina nazionale applicabile – ovvero il fattore della condizione di lavoratore non standard – non risulti «coperto», sotto il profilo della parità di trattamento, dalla disciplina UE.

La prospettazione del Tribunale di Barcellona non è nuova, come è noto. Il rapporto complesso che lega le regole e i principi dedicati ai lavoratori non standard con il principio del divieto di discriminazione (indirettamente) fondata sul sesso è stato da sempre oggetto di attenzione della dottrina¹⁷ e dei giudici. D'altronde tutti gli studi statistici, in Italia, come in Spagna e nel resto d'Europa, dimostrano che la categoria dei lavoratori «atipici» e soprattutto quella dei

¹⁷ Cfr. Sandulli P., «Parità di sicurezza sociale tra uomo e donna nell'ordinamento italiano e nelle direttive comunitarie», *Dir. lav.*, I, 1987, p. 503, Renga S., «Il principio di eguaglianza di genere nei sistemi pensionistici europei», *Lav. dir.*, 1/2012, p. 121 e ss. Più in generale cfr. anche Luckhaus L., «Equal treatment, social protection and income security for women», *International Labour Review*, 139/2000, 2, p. 149.

lavoratori *part time*, è composta in buona parte da donne¹⁸. Quindi un criterio distintivo nazionale fondato sull'appartenenza alla categoria dei lavoratori non standard (o ad una sua sottocategoria, come quella dei lavoratori *part time verticali*), interferisce necessariamente, anche se «solo» indirettamente, con la materia della discriminazione di genere¹⁹.

Anche questa richiesta di interpretazione del giudice di Barcellona presentava delle incognite. La direttiva 79/7/CEE, infatti, non è stata oggetto di numerose interpretazioni della Corte di Giustizia²⁰ e, soprattutto nelle prime occasioni che si sono presentate, la CGUE ha assunto un atteggiamento, per così dire «accomodante» nei confronti delle discipline nazionali, che ha rallentato l'attuazione del principio della parità di genere posto alla base della direttiva in materia di sicurezza sociale.

Innanzitutto, si deve premettere che le stesse istituzioni europee hanno sempre usato particolare cautela in materia di sicurezza sociale, a causa del fatto che la competenza a legiferare su di essa spettava e, in gran parte, spetta ancora agli stati nazionali²¹. È per questa ragione che l'art. 7 della direttiva prevede una serie di rilevanti deroghe al principio di parità di trattamento dettato all'art. 4: esse sono, infatti, finalizzate a garantire gli spazi di azione delle legislazioni nazionali. Peraltro, nonostante siano intervenute diverse riforme dei Trattati UE, le medesime istituzioni europee non sono mai riuscite a rivedere e ad aggiornare la disciplina in materia sicurezza sociale, nemmeno sotto il particolare profilo della parità di trattamento uomo/donna²².

In questo contesto, la CGUE, come dicevamo, ha, in un primo tempo, interpretato la direttiva 79/7/CEE in modo da non mettere mai in discussione gli ampi spazi di intervento del legislatore nazionale: per un verso, infatti, le deroghe dell'art. 7 della direttiva venivano interpretate molto estensivamente²³, per un altro verso, invece, le giustificazioni, fondate su presunti fattori obiettivi

¹⁸ Per l'Italia cfr. https://www.istat.it/it/files/2017/05/RA2017_cap4.pdf.

¹⁹ Passando in rassegna le decisioni della CGUE fondate sull'interpretazione della direttiva 79/7/CEE osserviamo che almeno in altri due casi i giudici del rinvio pregiudiziale hanno ritenuto opportuno richiedere alla CGUE anche l'interpretazione della direttiva 97/81/CE (CGUE 22 novembre 2012 (C-385/11), cit. e CGUE 14 aprile 2015 (C-527/13), cit.

²⁰ Lo segnala anche Surdi L., «Calcolo delle pensioni e parità tra generi», *Riv. dir. sic. soc.*, 2011, p. 286.

²¹ La direttiva 79/7/CEE, infatti, è stata adottata sulla base dell'art. 235 del Trattato di Roma (oggi la disposizione di tenore analogo è contenuta all'art. 352 TFUE), ovvero in virtù di una procedura che viene adoperata quando le istituzioni europee risultano sfornite di specifici poteri di azioni (nel caso di specie in materia di sicurezza sociale) per raggiungere un obiettivo dell'ordinamento UE (nel caso di specie la parità di trattamento rispetto alle differenze di genere). Per il diritto interno italiano cfr. l'art. 30 d.lgs. 198/2006.

²² Attualmente la fonte di diritto primario UE più avanzata in tema di sicurezza sociale è l'art. 153 TFUE secondo cui l'Unione «sostiene e completa l'azione degli stati membri» anche in materia di «sicurezza sociale e protezione sociale dei lavoratori» (cfr. anche l'art. 34 della Carta di Nizza che ha lo stesso valore dei Trattati ai sensi dell'art. 6 TUE). Questo spazio di azione non è ancora stato sfruttato dal legislatore UE, anche perché i Trattati prevedono che sulla materia gli organi deliberino all'unanimità (cfr. Bonardi O., cit., p. 24). Cfr., infine, la proposta di direttiva del 1987 avanzata dal Consiglio, che completa l'attuazione del principio della parità di trattamento tra uomini e donne nei regimi legali e professionali di sicurezza sociale (COM(87) 494 def.); essa è stata ritirata nel 2004 per mancanza di accordo sui contenuti.

²³ Cfr. ad esempio CGCE 7 luglio 1994, C-420/92.

e opposte dai paesi membri «a difesa» delle discriminazioni indirette contestate dai lavoratori o dalle lavoratrici, venivano il più delle volte accolte dai giudici di Lussemburgo, per il fatto stesso di dipendere da esigenze di irrinunciabile contenimento della spesa pubblica²⁴.

Anche sotto questo profilo, però, è stata osservata un'interessante evoluzione dell'atteggiamento della Corte²⁵, di segno opposto a quella registrata nel paragrafo precedente. Nei casi più recenti, infatti, l'ambito di applicazione delle deroghe al principio di parità di trattamento (art. 7 direttiva 79/7/CEE) pare essere stato ragionevolmente ridimensionato e ricondotto alla sua dimensione di eccezione rispetto alla regola della parità fissata all'art. 4 della direttiva²⁶. Inoltre, i Giudici europei hanno cominciato a svolgere un sindacato più rigoroso e critico a proposito dei fattori obiettivi che giustificano le discriminazioni indirette prodotte dalle normative nazionali sulla sicurezza sociale²⁷. Secondo un'altra prospettiva, peraltro, dall'analisi della giurisprudenza europea non emergerebbe una tendenza necessariamente lineare e coerente negli orientamenti della Corte, quanto semmai un atteggiamento ondivago della stessa, le cui decisioni sembrano influenzate a volte da «elementi diversi, non sempre di carattere oggettivo»²⁸ e, in particolare, da considerazioni di opportunità finalizzate a riconoscere, in un modo o in un altro, una qualche tutela al lavoratore coinvolto. In effetti, stando così le cose sul piano normativo, in materia di sicurezza sociale dei lavoratori non standard, non stupisce che la Corte sia indotta ad assumere un approccio, per così dire, ragionevole ma casistico. Ovvero ad estendere (o meno) il campo di applicazione della direttiva sul lavoro *part time*, quando le caratteristiche del caso concreto lascino supporre (o meno) l'applicazione delle ampie deroghe di cui all'art. 7 della direttiva 79/7/CEE o la giustificabilità oggettiva delle discriminazioni indirette di genere oppure quando il ricorrente, nel caso di specie, non appartiene al genere che risulta maggiormente danneggiato dalla discriminazione in materia di sicurezza sociale.

Come che sia, con la sentenza che si commenta, la CGUE conferma il proprio orientamento più recente, applicando una interpretazione rigorosa delle giustificazioni poste alla base della discriminazione indiretta individuata: si legge, infatti, in coerenza con la giurisprudenza UE in materia di diritto antidiscriminatorio, che la discriminazione indiretta può essere considerata legittima solo se i mezzi scelti rispondono ad uno scopo legittimo di politica sociale, se sono idonei a raggiungere tale obiettivo e se sono necessari a tale fine. E a questa scontata affermazione di principio, segue una netta presa di posizione riguardo agli argomenti offerti dal governo spagnolo nel caso particolare. I

²⁴ Cfr. CGCE 14 dicembre 1995, C-317/93.

²⁵ Bonardi O., cit., p. 52.

²⁶ Cfr. CGCE 23 maggio 2000 C-196/98, ma già CGCE 30 marzo 1993, C-328/91. Cfr. Roccella M., Treu T., Izzi D., Aimò M., *Diritto del lavoro dell'Unione Europea*, Assago 2016, p. 325.

²⁷ Cfr. CGCE 20 ottobre 2011, C-123/10. Non è possibile in questa sede intrattenersi sulle nozioni di discriminazione e, in particolare, di discriminazione indiretta, si rinvia pertanto a De Simone, «La nozione di discriminazione diretta e indiretta», *Nuova legislazione civile commentata*, 2003, p. 711 anche per i riferimenti bibliografici

²⁸ Alessi C., cit., p. 485.

Giudici, infatti, accertano che la motivazione addotta a difesa degli effetti discriminatori indiretti – secondo la quale il sistema previdenziale deve fondarsi su un rapporto di proporzione fra contributi versati e prestazione sociale resa a tutela del bilancio pubblico – non è pertinente, poiché nel caso concreto la lavoratrice aveva versato i contributi in ragione dell'orario (ridotto) di lavoro prestato ogni mese e non era invece tenuta a versare una contribuzione (ancora) più bassa in ragione della collocazione «verticale» dell'orario di lavoro ridotto concordato con l'impresa di pulizie. La CGUE, in definitiva, conferma di voler «prendere sul serio» la direttiva 79/7/CEE e, peraltro, invita anche il giudice che ha posto la questione pregiudiziale a fare altrettanto. Infatti la Corte di Giustizia, pur riconoscendo che spetta a quest'ultimo il potere di accertare in concreto se l'obiettivo dichiarato dalla Spagna sia effettivamente quello perseguito dalla legge speciale applicabile²⁹, precisa che «la misura nazionale oggetto del procedimento principale non sembra idonea a garantire la correlazione che, secondo il governo spagnolo, deve sussistere tra i contributi versati dal lavoratore e i diritti che questi può richiedere in materia di prestazione di disoccupazione»³⁰.

4. La decisione cui è giunta la CGUE è, di per sé, condivisibile perché colpisce un effetto discriminatorio che nessuna delle parti coinvolte è riuscita a contestare o a giustificare, ma il percorso logico giuridico seguito nelle motivazioni evidenzia i limiti del diritto UE e delle evoluzioni (o contraddizioni) che il diritto vivente è costretto a sopportare per garantire soluzioni ragionevoli. Naturalmente, però, per superare questo stato di cose non è sufficiente richiedere un maggiore sforzo ricostruttivo ai Giudici europei. Piuttosto sarebbe opportuno che, nel rispetto dei limiti posti dai Trattati, le istituzioni europee intervengano e aggiornino la normativa UE, anche sforzandosi di raggiungere la necessaria unanimità. Il settore della sicurezza sociale e, in particolare, quello dei regimi legali di previdenza non è infatti adeguatamente presidiato sotto il profilo della parità di trattamento: tale principio, per quanto riguarda la materia previdenziale, è espressamente previsto ed applicato in relazione al fattore di genere – nei limiti di ciò che abbiamo precisato nel paragrafo precedente –, al fattore contiguo del mutamento sessuale³¹ e, infine, a quello della razza e dell'origine etnica³². Invece, in riferimento alla condizione dei lavoratori non standard, una regola che vieti le discriminazioni dirette e indirette perpetrate dalle discipline nazionali sulla sicurezza sociale non è ancora stata formulata. Con la conseguenza paradossale che se la sig.ra Espadas fosse stata il sig. Espadas, la Corte di Giustizia si sarebbe trovata di fronte ad un'alternativa scomoda: estendere oltre modo l'ambito di applicazione della direttiva sul lavoro

²⁹ Si ricordi che la direttiva 79/7/CEE produce effetti diretti fra le parti. Tali effetti sono di natura verticale. Il problema dell'efficacia orizzontale della direttiva, in questo caso, non si pone nemmeno poiché essa riguarda i rapporti con gli enti pubblici e non i rapporti fra i privati, considerato che il suo campo di applicazione è ristretto ai regimi legali di previdenza sociale.

³⁰ Sottolinea il punto anche Rojo E., cit.

³¹ Cfr. CGUE 27 aprile 2006, C-423/04 che ingloba il caso del mutamento di sesso nell'insieme delle discriminazioni di genere.

³² In virtù della direttiva 2000/43/CE il cui campo di applicazione, per l'appunto, comprende anche la protezione sociale.

part time per colpire una discriminazione ingiusta – ma a scapito della lettera della direttiva e, quindi, della certezza del diritto –, o dichiarare la disciplina nazionale “non incompatibile” con il diritto UE – a scapito del senso di giustizia³³.

³³ Sul fatto che anche in passato la giurisprudenza ha mostrato la tendenza a tutelare non i lavoratori atipici in quanto tali, bensì le lavoratrici atipiche in quanto donne, cfr. Altimari M., cit., p. 47.