

TEN OEVER

CONCLUSIONI DELL'AVVOCATO GENERALE
WALTER VAN GERVEN
presentate il 28 aprile 1993 *

Indice

La giurisprudenza della Corte relativa all'art. 119 del Trattato CEE e la sentenza Barber	I - 4894
Antefatti delle presenti cause	I - 4897
L'efficacia nel tempo della sentenza Barber	I - 4901
Se la sentenza Barber e la limitazione nel tempo che essa stabilisce si applichino a regimi pensionistici professionali diversi da quello considerato in detta sentenza	I - 4911
Se l'uso di elementi di calcolo attuariale diversi a seconda del sesso sia in contrasto con l'art. 119 del Trattato	I - 4913
Se il versamento di una pensione per vedovo sia contemplato dall'art. 119 del Trattato	I - 4923
La possibilità per il coniuge del lavoratore deceduto di invocare l'art. 119	I - 4927
La possibilità di invocare l'art. 119 contro i trustees di un regime pensionistico professionale	I - 4929
L'art. 119 e i vari sistemi di finanziamento dei regimi pensionistici professionali	I - 4934
Applicabilità dell'art. 119 ai regimi pensionistici cui sono iscritte soltanto persone di un unico sesso	I - 4935
Conclusioni	I - 4936

* Lingua originale: l'olandese.

*Signor Presidente,
Signori Giudici,*

1. Nelle presenti cause sono sottoposte alla Corte varie questioni pregiudiziali relative all'interpretazione dell'art. 119 del Trattato CEE, in particolare alla luce della sentenza Barber pronunciata il 17 maggio 1990¹. Nella causa Moroni (sentenza 14 dicembre 1993, causa C-110/91, Racc. pag. I-6609), sono formulate inoltre varie questioni di interpretazione, relative alla relazione fra l'articolo e la sentenza precitati, da un lato, e, dall'altro, riguardanti la direttiva del Consiglio 24 luglio 1986, 86/378/CEE, concernente l'attuazione del principio della parità di trattamento fra uomini e donne nei sistemi professionali di previdenza sociale².

2. Data la vastità e la complessità delle questioni sollevate e delle osservazioni presentate alla Corte, propongo di procedere come segue. Esaminerò anzitutto la questione a mio avviso più importante, che in qualche modo costituisce il filo conduttore di dette cause, vale a dire la questione della precisa portata nel tempo dell'efficacia della sentenza Barber. Esaminerò inoltre la questione se detta sentenza, nonché la limitazione nel tempo che essa comporta, si applichino anche a regimi pensionistici diversi da quello di cui trattavasi in detta sentenza. Esaminerò poi la questione, sollevata in particolare nelle cause Neath (sentenza 22 dicembre 1993, causa C-152/91, Racc. pag. I-6953) e Coloroll (causa C-200/91, sentenza 28 settembre 1994, Racc. pag. I-4397), relativa alla compatibilità con l'art. 119 dell'uso, per il calcolo dei contributi e delle prestazioni pensionistiche, di elementi di calcolo attuariale basati sul sesso. Infine, esaminerò

varie altre questioni formulate nelle presenti cause, vale a dire i) la questione se il versamento di una pensione per vedovo sia contemplato dall'art. 119 [questione formulata nella causa Ten Oever, causa (C-109/91)]; ii) la possibilità, per il coniuge del lavoratore deceduto, di invocare l'art. 119, e ciò contro i trustees di un regime pensionistico (una delle questioni fondamentali sollevate nella causa Coloroll) e iii) varie questioni relative alle modalità concrete e alla responsabilità collegate all'attuazione del principio della parità di trattamento, sancito dall'art. 119, nell'ambito dei regimi pensionistici professionali (formulate nuovamente nella causa Coloroll).

È però prima utile ricordare per sommi capi la sentenza Barber e descrivere gli antefatti delle varie cause principali, nella misura in cui questi sono rilevanti ai fini delle presenti conclusioni.

La giurisprudenza della Corte relativa all'art. 119 del Trattato CEE e la sentenza Barber

3. È assodato che l'art. 119 del Trattato comporta per gli Stati membri l'obbligo di garantire il principio della parità delle retribuzioni fra i lavoratori di sesso maschile e i lavoratori di sesso femminile per lo stesso lavoro. Il secondo comma di detto articolo definisce la «retribuzione» come «il salario o trattamento normale di base o minimo e tutti gli altri vantaggi pagati direttamente o indirettamente, in contanti o in natura, dal datore di lavoro al lavoratore in ragione dell'impiego di quest'ultimo». A partire dalla sentenza Defrenne I la Corte ha adottato un'ampia interpretazione della nozione di retribuzione, così definita: questa nozione comprende:

1 — Sentenza 17 maggio 1990, causa C-262/88 (Racc. pag. I-1889).

2 — GU 1986, L 225, pag. 40.

«tutti i vantaggi, in contanti o in natura, attuali o futuri, purché siano pagati, sia pure indirettamente, dal datore di lavoro al lavoratore in ragione dell'impiego di quest'ultimo»³.

Inoltre, nella sentenza Defrenne II la Corte ha aggiunto che l'art. 119

«si applica direttamente, e senza necessità di provvedimenti di applicazione più dettagliati da parte della Comunità o degli Stati membri, ad ogni forma di discriminazione diretta e palese, che possa essere accertata con l'ausilio dei soli criteri di identità del lavoro e parità di retribuzione indicati da detto articolo»⁴.

Quanto all'interpretazione del termine «vantaggi» ai sensi dell'art. 119, nella sentenza Defrenne I la Corte ha considerato che i regimi o le prestazioni previdenziali, in specie le pensioni di vecchiaia, benché, in linea di principio, non siano del tutto estranei alla nozione di retribuzione, non sono compresi in detta nozione di «vantaggi». La Corte è arrivata a tale conclusione basandosi sulle seguenti caratteristiche dei regimi di previdenza sociale: i) essi sono direttamente

disciplinati dalla legge al di fuori di qualsiasi concertazione nell'ambito dell'impresa o della categoria professionale interessata e sono obbligatoriamente applicabili per categorie generali di lavoratori; e ii) permettono ai lavoratori di fruire di un sistema legale al cui finanziamento i lavoratori, i datori di lavoro ed eventualmente la pubblica amministrazione contribuiscono non tanto in funzione del rapporto di lavoro fra datore di lavoro e lavoratore, quanto in base a considerazioni di politica sociale, di modo che il contributo del datore di lavoro al finanziamento di tali sistemi non può essere considerato pagamento, diretto o indiretto, al lavoratore, ai sensi dell'art. 119⁵. Tuttavia, nella sentenza Bilka del 13 maggio 1986, applicando tali criteri, la Corte è giunta a qualificare vantaggi ai sensi dell'art. 119 prestazioni nell'ambito di un regime pensionistico aziendale che aveva la sua origine in un accordo, stipulato fra il datore di lavoro e il consiglio di impresa e che faceva parte integrante dei contratti di lavoro⁶.

4. Nella sentenza Barber la Corte doveva statuire su un regime pensionistico di deroga convenzionale («contracted-out») approvato in base alla legge britannica, vale a dire un regime professionale di pensioni istituito o in seguito a concertazioni fra le parti sociali, oppure mediante decisione unilaterale del datore di lavoro, il cui finanziamento è interamente a carico del datore di lavoro o contemporaneamente di quest'ultimo e dei lavoratori, e al quale i lavoratori possono iscriversi a titolo di sostituzione parziale della loro pensione legale. Dai precedenti principi la Corte ha dedotto che

3 — Sentenza 25 maggio 1971, causa C-80/70, Defrenne/Belgio (Racc. pag. 445, punto 6 della motivazione); confermata fra l'altro con sentenza 9 febbraio 1982, causa C-12/81, Garland (Racc. pag. 359, punto 5 della motivazione); sentenza Barber, punto 12 della motivazione; v. anche la recentissima sentenza 17 febbraio 1993, causa C-173/91, Commissione/Belgio (Racc. pag. I-673, punto 13 della motivazione).

4 — La citazione proviene dalla sentenza 27 marzo 1980, causa 129/79, Macarthys (Racc. pag. 1275, punto 10 della motivazione), la quale, al riguardo, rinvia espressamente alla sentenza Defrenne II; per quanto riguarda la stessa sentenza Defrenne II, v. sentenza 8 aprile 1976, causa C-43/75 (Racc. pag. 455, in particolare i punti 18, 21, 24 e 40 della motivazione). Per successive conferme, v. fra l'altro sentenza 11 marzo 1981, causa 69/81, Worringham (Racc. pag. 767 punto 23 della motivazione); sentenza 31 marzo 1981, causa 96/80, Jenkins (Racc. pag. 911, punto 17 della motivazione); sentenza Barber, punto 37 della motivazione.

5 — Sentenza Defrenne I, punti 7-9 della motivazione; v. sentenza 13 maggio 1986, causa 170/84, Bilka (Racc. pag. 1607, punti 17 e 18 della motivazione); v. anche la recente sentenza Commissione/Belgio citata nella nota 3, punto 14 della motivazione.

6 — Sentenza Bilka, punto 22 della motivazione.

«le pensioni versate dai regimi di deroga convenzionale costituiscono senz'altro vantaggi pagati dal datore di lavoro al lavoratore in ragione dell'impiego di quest'ultimo e rientrano pertanto nella sfera di applicazione dell'art. 119 del Trattato»⁷.

Chiamata a pronunciarsi sulla compatibilità con l'art. 119 di un regime nel quale un lavoratore di sesso maschile licenziato per motivi economici può aver diritto soltanto ad una pensione con pagamento differito all'età normale di pensionamento, mentre una donna nelle stesse condizioni riscuote immediatamente una pensione di vecchiaia, la Corte ha risposto negativamente. Il motivo fornito dalla Corte, nel punto 32 della sentenza, è il seguente:

«l'art. 119 vieta qualsiasi discriminazione in materia di retribuzione tra lavoratori di sesso maschile e lavoratori di sesso femminile, quale che sia il meccanismo che genera questa ineguaglianza. Pertanto, la fissazione di un requisito di età che varia a seconda del sesso per le pensioni versate nel contesto di un regime di deroga convenzionale è in contrasto con l'art. 119, anche se la differenza fra l'età di pensionamento degli uomini e quella delle donne è analoga a quella stabilita dal regime legale nazionale».

5. Tuttavia, la Corte era cosciente delle rilevanti conseguenze finanziarie della sua sentenza. Inoltre, essa riteneva che, date le eccezioni al principio della parità di trattamento per quanto attiene all'età pensionabile, contemplate dalle direttive 79/7/CEE⁸ e

86/378/CEE⁹, gli Stati membri hanno potuto ragionevolmente ritenere che l'art. 119 non si applicasse a pensioni erogate da regimi di deroga convenzionale. Questi sono i due motivi per i quali la Corte ha deciso di limitare nel tempo l'efficacia della sua sentenza:

«Stando così le cose, considerazioni tassative di certezza del diritto ostano alla rimessa in discussione di rapporti giuridici che hanno esaurito i loro effetti nel passato dal momento che in tal caso l'equilibrio finanziario di numerosi regimi pensionistici di deroga convenzionale rischierebbe di essere retroattivamente sconvolto. Si deve tuttavia predisporre un'eccezione a favore di chi si sia adoperato in tempo utile per salvaguardare i propri diritti. Va precisato infine che non può essere ammessa alcuna limitazione degli effetti di detta interpretazione per quanto riguarda il diritto alla pensione a decorrere dalla data della presente sentenza»¹⁰.

La Corte ha quindi deciso che

«l'efficacia diretta dell'art. 119 del Trattato non può essere fatta valere per chiedere il riconoscimento del diritto alla pensione con effetto da una data precedente a quella della presente sentenza, ad eccezione dei lavoratori o dei loro aventi diritto, che, prima di questa data, hanno esperito un'azione giurisdizionale o proposto un ricorso equivalente a norma del diritto nazionale»¹¹.

Riguardo alle espressioni «rapporti giuridici che hanno esaurito i loro effetti nel passato»,

7 — Sentenza Barber, punto 28 della motivazione.

8 — In particolare, l'art. 7, n. 1, della direttiva del Consiglio 19 dicembre 1978, 79/7/CEE, relativa alla graduale attuazione del principio della parità di trattamento fra gli uomini e le donne in materia di previdenza sociale (GU 1979, L 6, pag. 24).

9 — In particolare, l'art. 9, inizio e lett. a) di questa direttiva.

10 — Sentenza Barber, punto 44 della motivazione.

11 — Sentenza Barber, punto 45 della motivazione, punto 5 del dispositivo.

«diritto alla pensione a decorrere dalla data della presente sentenza» e «diritto alla pensione con effetto da una data precedente a quella della presente sentenza» sorge la problematica relativa alla limitazione nel tempo degli effetti della sentenza Barber, oggetto delle presenti cause.

Antefatti delle presenti cause

6. *La causa Ten Oever.* Il signor Ten Oever era coniugato con la signora F. Heeren, che aveva lavorato nel settore delle pulizie. Il datore di lavoro della signora Heeren l'aveva iscritta ad un regime pensionistico gestito dalla fondazione Stichting Bedrijfspensioen-fonds voor het Glazenwassers-en Schoonmaakbedrijf (in prosieguo: la «Stichting»). Si tratta di un regime collettivo professionale di pensioni finanziato dai datori di lavoro e dai lavoratori. Fin dal 1° gennaio 1989 il regolamento pensionistico della Stichting prevedeva soltanto pensioni per vedove; a partire da questa data esso prevede anche pensioni per vedovi, tuttavia irretroattivamente. Dopo il decesso della moglie, avvenuto il 13 ottobre 1988, il signor Ten Oever chiedeva — secondo l'ordinanza di rinvio, prima del 17 maggio 1990 — una pensione per superstiti con effetto dal 13 ottobre 1988. La Stichting respingeva tale domanda, basandosi sul fatto che al momento del decesso una pensione del genere non era contemplata dal regolamento del regime di cui trattasi.

L'8 giugno 1990 il signor Ten Oever proponeva un'azione dinanzi al kantonrechter di Utrecht affinché questo disponesse che gli fosse concessa una pensione per vedovo a partire dal 13 ottobre 1988. Secondo il signor Ten Oever, tale pensione fa parte della retribuzione ai sensi dell'art. 119 del Trattato e il

diniego di accordare una pensione per vedovo — la quale, se egli fosse donna e se il suo coniuge fosse uomo, gli sarebbe stata versata in quanto pensione per vedova — è in contrasto col principio della parità di retribuzione fra gli uomini e le donne, formulato da detto articolo. La Stichting controdeduce la limitazione nel tempo degli effetti della sentenza Barber, nella quale, per la prima volta, la Corte ha affermato che i versamenti a titolo di regimi pensionistici extra-legali hanno natura di retribuzione. Poiché, secondo la Stichting, all'epoca della sentenza Barber ancora non era stato promosso il procedimento in esame, il signor Ten Oever non avrebbe diritto alla pensione.

Il kantonrechter considerava opportuno sottoporre alla Corte questioni pregiudiziali aventi ad oggetto dette questioni¹².

7. *La causa Moroni.* Il signor Moroni (nato nel 1948) lavorava alle dipendenze della società Collo GmbH dal 1968 al 1983. Nel 1983 prendeva servizio presso un altro datore di lavoro. All'atto della sua assunzione da parte della Collo aveva ottenuto una promessa in materia pensionistica in forza del regime di pensioni di detta impresa, secondo cui, fra l'altro, i lavoratori subordinati avrebbero ottenuto il diritto alla pensione se, dopo aver raggiunto l'età di 65 anni (per le donne, dopo aver raggiunto l'età di 60 anni), avessero lasciato l'impresa e l'attività lavorativa, purché in detto momento avessero lavorato per almeno dieci anni presso la Collo. Il 6 novembre 1990 il signor Moroni adiva l'Arbeitsgericht di Bonn in merito alla sua lite con la Collo. Invocando l'art. 119 del Trattato CEE e gli artt. 5 e 6 della direttiva 83/378/CEE, egli sostiene che la pensione

12 — Per la formulazione precisa dei quesiti sollevati dal kantonrechter, rinvio alla relazione d'udienza.

aziendale promessagli deve essergli versata non appena raggiunta l'età di 60 anni e che il valore delle sue aspettative pensionistiche deve essere calcolato come se il versamento della pensione gli fosse stato promesso non appena raggiunta detta età. Per contro, la Collo adduce l'art. 8 della precitata direttiva. Ritenendo che la soluzione della causa dipenda dall'interpretazione che va fornita per le considerate disposizioni del diritto comunitario, l'Arbeitsgericht di Bonn sottopone alla Corte varie questioni pregiudiziali¹³.

Occorre descrivere la pertinente normativa tedesca. In base a tale legge, il signor Moroni ha ottenuto nei confronti della Collo, nonostante il ritiro anticipato dall'attività lavorativa, in base al suo rapporto di lavoro e al periodo in cui, prima di lasciare l'impresa, ha ricevuto la promessa in materia pensionistica, alcune *aspettative pensionistiche* («Versorgungsanwartschaft») irrevocabili che, quanto alla controversa pensione di vecchiaia, danno luogo a *diritti a pensione* («Versorgungsanspruch») all'età di 65 anni¹⁴. In caso di ritiro anticipato, il calcolo di tale diritto avviene come segue: la pensione aziendale che sarebbe dovuta se avesse raggiunto l'età di 65 anni nell'impresa viene proporzionalmente diminuita in base alla durata effettiva del rapporto di lavoro rispetto alla durata che tale rapporto di lavoro avrebbe avuto sino alla fine del suo sessantacinquesimo anno di età¹⁵. Per contro, la lavoratrice che abbia ottenuto aspettative in materia di pensione di vecchiaia irrevocabili subisce, in caso di ritiro anticipato, secondo il regime pensionistico della Collo, una riduzione proporzionalmente minore quanto al calcolo dei suoi

diritti a pensione: per quanto attiene alla durata possibile del rapporto di lavoro, si tiene conto, nel suo caso, soltanto del periodo che scade all'età di 60 anni (momento in cui essa può terminare di lavorare senza che ciò comporti una diminuzione della pensione).

In base alla legge tedesca, il signor Moroni ha inoltre la possibilità di chiedere anticipatamente il diritto alla pensione aziendale ottenuto presso la Collo, vale a dire prima della fine del suo sessantacinquesimo anno di età (e al più presto, prima della fine del suo sessantesimo anno di età)¹⁶. Tuttavia, a questo proposito, per i lavoratori di sesso maschile è stabilita la condizione secondo la quale essi possono far valere il loro diritto alla pensione di vecchiaia in base al regime legale, e secondo cui essi lo fanno effettivamente: il che, oltre al compimento di alcuni periodi assicurativi nell'ambito del regime legale di assicurazione vecchiaia, presuppone in genere un periodo relativamente lungo di disoccupazione prima dell'età di 60 anni. Questa condizione non si applica ai lavoratori di sesso femminile¹⁷. Inoltre, per fruire anticipatamente dei suoi diritti a pensione, il signor Moroni deve, per di più, consentire una *riduzione supplementare*: oltre alla suddetta riduzione proporzionale in funzione dell'anzianità, il lavoratore di sesso maschile deve consentire ciò che si è convenuto chiamare una *riduzione attuariale* («versicherungsmathematischer Abschlag»). Per contro, la lavoratrice che abbia maturato i periodi assicurativi richiesti dal regime legale di vecchiaia, può, senza problemi, far liquidare la sua pensione di vecchiaia anticipata: in caso di partenza anticipata dall'impresa con

13 — Per il testo preciso delle questioni, rinvio alla relazione d'udienza.

14 — Art. 1, n. 1, della Gesetz zur Verbesserung der betrieblichen Altersversorgung (in prosieguito: «la BetrAVG» — legge tedesca per il miglioramento dei regimi professionali di previdenza vecchiaia).

15 — Art. 2, n. 1, della BetrAVG.

16 — Art. 6 della BetrAVG.

17 — L'Arbeitsgericht rinvia, a questo proposito, all'art. 1248, nn. 2 e 3, della Reichsversicherungsordnung (codice tedesco di assicurazioni sociali) e all'art. 25, nn. 2 e 3, della Angestelltenversicherungsgesetz (legge relativa all'assicurazione per l'invalidità vecchiaia degli impiegati).

aspettative pensionistiche imprescrittibili, essa deve consentire soltanto la riduzione che ne consegue, non una riduzione proporzionale, né una riduzione attuariale a seguito del pensionamento anticipato.

Tale trattamento degli uomini e delle donne nel regime pensionistico professionale corrisponde al regime legale della pensione di vecchiaia che è servito ad esso come modello ¹⁸.

8. *La causa Neath*. Il signor Neath (nato nel 1935) lavorava dal 1973 presso la Hugh Steeper Ltd fino al suo licenziamento avvenuto per motivi economici il 29 giugno 1990, vale a dire dopo la sentenza Barber. In detta data aveva 54 anni e 11 mesi. Durante questo periodo il signor Neath era stato di volta in volta iscritto a due regimi pensionistici professionali gestiti dalla Hugh Steeper. Fra il dicembre 1975 e il dicembre 1978 era stato iscritto al regime pensionistico n. 5; dal gennaio 1979 fino al suo licenziamento era stato iscritto al regime pensionistico n. 4, un regime di deroga convenzionale, al quale erano stati trasferiti i diritti da lui maturati nell'ambito del primo regime.

Questi due regimi sono finanziati mediante contributi del datore di lavoro nonché dei lavoratori e l'importo dei contributi versati da questi ultimi è lo stesso per gli uomini e per le donne. Tuttavia, alcune modalità dei regimi erano diverse a seconda del sesso del lavoratore. Così, una donna poteva andare in pensione con una pensione aziendale completa all'età di 60 anni, mentre un uomo poteva farlo soltanto all'età di 65 anni.

18 — Su questo punto l'Arbeitsgericht di Bonn osserva che tanto il Bundessozialgericht quanto il Bundesverfassungsgericht hanno rilevato che le disposizioni considerate del regime legale di pensioni di vecchiaia non facevano sorgere, fino al 1992, obiezioni di carattere giuridico sotto il profilo della parità di trattamento tra gli uomini e le donne.

Un lavoratore iscritto al regime pensionistico n. 4 poteva, col consenso del datore di lavoro e dei trustees di detto regime pensionistico, ottenere una pensione anticipata, con effetto immediato, in ogni momento dopo il compimento del suo cinquantesimo anno di età. Se tale consenso viene dato, la pensione viene calcolata in base alla pensione che l'iscritto avrebbe ricevuto alla data normale del pensionamento, tenendo conto tuttavia della durata del versamento della pensione anticipata. Al riguardo, si applica una riduzione del 6% per ciascun anno e per ciascun mese fra la data effettiva del pensionamento e l'età normale del pensionamento stesso. Se il datore di lavoro e i trustees non autorizzano il pensionamento anticipato di un iscritto, questi, qualora lasci il suddetto regime n. 4 dopo il suo cinquantesimo anno di età e prima della data normale della pensione, ha diritto soltanto ad una pensione differita o ad un trasferimento ad un altro regime pensionistico dei suoi diritti acquisiti. Se egli opta per una pensione differita, il regime pensionistico n. 4 gli deve la parte della pensione costituitasi durante la sua iscrizione a detto regime. Per contro, se l'iscritto opta per un trasferimento dei diritti acquisiti, un importo attuariale pari alla somma da lui costituita durante la sua iscrizione al regime pensionistico n. 4 viene trasferito ad un altro regime pensionistico di sua scelta. Ciò implica che il regime pensionistico n. 4 non è più tenuto a versare prestazioni a detta persona.

All'atto del licenziamento del signor Neath, non gli veniva accordata l'autorizzazione necessaria per il suo immediato pensionamento; egli non poteva quindi che scegliere fra una pensione differita e un trasferimento dei suoi diritti. Gli veniva precisato che, se avesse optato per un trasferimento dei suoi diritti, gli sarebbe stata trasferita la somma di 30 672,50 UKL (lire sterline). Il calcolo di questo valore di trasferimento veniva effettuato supponendo che la data normale del pensionamento del signor Neath, per

prestazioni in base ad un'attività compiuta dopo il 17 maggio 1990 (vale a dire dopo la sentenza Barber), sarebbe stata l'età di 60 anni. Per contro, si riteneva che la sentenza Barber non si sarebbe applicata ai periodi lavorativi precedenti la data della sentenza. Inoltre, ci si è basati sul principio secondo il quale l'art. 119 del Trattato non vietava l'uso di elementi di calcolo attuariale. Dai calcoli attuariali per quanto riguarda il regime pensionistico n. 4 emerge che se, per il calcolo delle prestazioni del signor Neath per *tutto il periodo della sua occupazione*, ci si fosse basati sulla data normale della pensione al compimento di 60 anni di età, il valore del trasferimento dei suoi diritti sarebbe ammontato a 39 934,56 UKL in base agli elementi di calcolo attuariale stabiliti per gli uomini. Se ci si fosse basati sugli elementi di calcolo attuariale stabiliti per le donne, il valore del trasferimento dei suoi diritti sarebbe ammontato invece a 41 486,25 UKL: tale differenza è dovuta al fatto che questi ultimi elementi di calcolo si basano su un'aspettativa di vita più lunga per le donne, di modo che i costi che, nel regime pensionistico n. 4, sono collegati alle prestazioni destinate alle donne sono considerati più elevati di quelli relativi agli uomini.

Dopo che gli erano state esposte le possibilità di scelta offertegli il signor Neath citava Steeper dinanzi all'Industrial Tribunal di Leeds, in quanto le condizioni che gli venivano offerte erano meno favorevoli di quelle che sarebbero state offerte ad una donna nelle stesse condizioni. Per quanto attiene alla possibilità di scegliere una pensione differita, egli avrebbe dovuto attendere cinque anni in più per ottenerla rispetto ad una donna; se avesse voluto far valere in quel momento il suo diritto di scambiare una parte della sua pensione con una prestazione in capitale, egli avrebbe ricevuto una somma inferiore (17 193,94 UKL) rispetto a quella

che una donna avrebbe ricevuto in una situazione analoga (21 029,02 UKL). Questa differenza sarebbe stata anch'essa basata su elementi di calcolo attuariale che suppongono un'aspettativa di vita più lunga per le donne. Il signor Neath ritiene che tali differenze siano in contrasto con l'art. 119 del Trattato, come interpretato dalla Corte nella causa Barber. L'Industrial Tribunal ha deciso di adire la Corte a questo proposito ¹⁹.

9. *La causa Coloroll*. La causa principale è sorta con il crollo finanziario, avvenuto verso la metà del 1990, del Coloroll Group of Companies, e con la conseguente necessità di liquidare alcuni regimi pensionistici di dette imprese. Non si tratta di una lite classica, ma di un'azione di interesse collettivo (cosiddetta «representative action»), esperita dinanzi alla High Court dalla Coloroll Pension Trustees Ltd (in prosieguo: i «Coloroll Trustees»), ancora attualmente trustee di otto regimi pensionistici del Coloroll Group. Essa intende ottenere dalla High Court indicazioni in merito a materie che rientrano nell'ambito del potere di controllo in materia di trust di detto organo giurisdizionale. Le «convenute» nella causa principale sono varie persone scelte dai trustees di Coloroll, rappresentative dei vari interessi e punti di vista ²⁰.

I trustees della Coloroll devono esaminare vari elementi che possono influenzare le loro decisioni relative alla liquidazione dei regimi pensionistici. Tutti questi regimi dispongono norme diverse a seconda che si tratti di uomini o di donne. La differenza maggiore consiste nel fatto che tutti i regimi pensionistici stabiliscono come data normale per il

19 — Per la formulazione precisa dei quesiti, v. nuovamente la relazione d'udienza in detta causa.

20 — Per una descrizione della situazione di dette persone, v. la relazione d'udienza in detta causa.

pensionamento per gli uomini l'età di 65 anni e per le donne quella di 60 anni, vale a dire l'età in cui nel Regno Unito è dovuta la pensione statale. Ne consegue che diversi importi di pensioni sono dovuti a lavoratori di sesso maschile e di sesso femminile aventi la stessa età e lo stesso numero di anni di attività. Inoltre, se una prestazione sostitutiva viene accordata in base ad una capitalizzazione di diritti a pensione, ci si basa su elementi di calcolo attuariale che, date le differenze quanto all'aspettativa di vita e alla data del pensionamento degli uomini e delle donne, producono per loro risultati diversi. Infine, due dei regimi pensionistici presentano una particolare caratteristica, nel senso che essi non riguardano lavoratori di sesso femminile; tuttavia, anche in questo caso, i precitati fattori di calcolo, collegati al sesso, influenzano le prestazioni dovute a taluni lavoratori di sesso maschile.

Da tali differenze di trattamento basate sul sesso risulta che i trustees della Coloroll non possono stabilire definitivamente gli obblighi di cui devono garantire l'adempimento in caso di liquidazione dei regimi pensionistici. In particolare, essi temono che le norme di ripartizione contenute negli atti costitutivi dei trustees e le norme dei regimi pensionistici possano, in alcuni casi, essere vietate dall'art. 119 del Trattato CEE. Fintantoché che la Corte non abbia precisato in quale misura detto articolo si applichi alla specie, secondo i trustees della Coloroll non si può stabilire con certezza come i fondi debbano essere ripartiti. Tenendo conto di quanto precede, la Chancery Division della High Court sottopone varie questioni alla Corte ²¹.

L'efficacia nel tempo della sentenza Barber

10. *Le interpretazioni possibili.* Come si è già osservato, la questione chiave sollevata nelle presenti cause riguarda l'efficacia precisa nel tempo della sentenza Barber. Dalle osservazioni presentate alla Corte risulta che l'importanza pratica della soluzione di detta questione è enorme. Mi dedicherò pertanto ad esaminare immediatamente il nocciolo del problema. A quanto pare, vi sono quattro interpretazioni possibili della limitazione che la Corte ha inteso apportare all'efficacia nel tempo della sentenza Barber.

Una *prima interpretazione* consisterebbe nell'applicare il principio della parità di trattamento soltanto ai lavoratori i quali, a partire dal 17 maggio 1990, sono divenuti membri di un regime pensionistico professionale e hanno iniziato a effettuare versamenti per detto regime. Questa concezione toglie alla sentenza Barber pressoché qualsiasi effetto retroattivo. In pratica, essa porta a far sì che questa sentenza produca la sua piena efficacia soltanto fra una quarantina d'anni.

Una *seconda interpretazione* consiste nell'applicare il principio della parità di trattamento soltanto alle prestazioni dovute per periodi di attività successivi al 17 maggio 1990. L'efficacia diretta dell'art. 119 non riguarderebbe i periodi precedenti questa data.

Secondo una *terza interpretazione*, il principio della parità di trattamento deve essere applicato a tutte le pensioni che sono esigibili o che sono erogate per la prima volta dopo il 17 maggio 1990, indipendentemente dal fatto che la totalità della pensione o una parte

21 — V. relazione d'udienza nella causa Coloroll.

della stessa sia stata costituita durante detti periodi di lavoro precedenti tale data o mediante contributi versati prima della data stessa. In altri termini, a svolgere un ruolo decisivo non sono i periodi di attività (precedenti o successivi alla sentenza Barber), ma la data in cui matura la pensione.

Una *quarta interpretazione* consiste nell'applicare la parità di trattamento a tutte le prestazioni pensionistiche erogate dopo il 17 maggio 1990, comprese le prestazioni relative a pensioni che sono maturate già prima di detta data e in tal caso anche, come secondo la precedente interpretazione, indipendentemente dalla data dei periodi di attività durante i quali la pensione è stata costituita. Questa interpretazione è innegabilmente quella con una portata più radicale ²².

11. Le discussioni dinanzi alla Corte hanno riguardato soprattutto la seconda e la quarta interpretazione. La prima concezione non è stata sostenuta da nessuna delle parti nelle presenti cause. La terza interpretazione è stata caldeggiata dalla Commissione, quando questa ha presentato le sue osservazioni scritte nelle cause Ten Oever, Moroni e Neath. Tuttavia, nelle sue osservazioni scritte nella causa Coloroll e all'udienza, la Commissione ha aderito alla seconda tesi.

Attualmente, oltre alla Commissione, la seconda tesi è sostenuta dinanzi alla Corte da tutti i fondi pensionistici o dai trustees che sono intervenuti e da tutti gli Stati membri

che hanno presentato osservazioni (Danimarca, Repubblica federale di Germania, Irlanda, Paesi Bassi e Regno Unito). Nella causa Coloroll, essa è stata ripresa anche dai due convenuti, vale a dire la signora Broughton e il Coloroll Group.

Quattro convenuti nella causa principale Coloroll (i signori Russell, Parker, Sharp e la signora Fuller) si sono espressi a favore della quarta tesi.

12. Per ben inquadrare l'attuale problematica, occorre anche tener conto del «Protocollo sull'art. 119 del Trattato che istituisce la Comunità europea», allegato al Trattato sull'Unione europea ²³, anche se questo Trattato, firmato a Maastricht il 7 febbraio 1992, non è ancora entrato in vigore. Detto Protocollo è redatto come segue:

«Ai fini dell'applicazione dell'art. 119 del Trattato, le prestazioni in virtù di un regime professionale di sicurezza sociale non saranno considerate come retribuzione se e nella misura in cui esse possono essere attribuite ai periodi di occupazione precedenti il 17 maggio 1990, eccezione fatta per i lavoratori o i loro aventi diritto che, prima di detta data, abbiano intentato un'azione giudiziaria o introdotto un reclamo equivalente secondo il diritto nazionale applicabile».

Tornerò in seguito ad esaminare l'importanza di questo Protocollo per l'interpretazione che va data circa l'efficacia temporale della sentenza Barber.

22 — V. anche la descrizione di queste interpretazioni possibili ad opera del signor S. Honeyball e J. Shaw, «Sex, law and the retiring man», Eur. L. Rev., 1991, (47), pagg. 56 e 57. Per un quadro delle posizioni della dottrina su questo punto, v. D. Curtin, «The constitutional structure of the Union: a Europe of bits and pieces», C. M. L. Rev. 1993 (17), pagg. 51-51, con riferimenti.

23 — Il testo di questo Trattato è stato pubblicato nella GU 1992, C 191.

13. *La giurisprudenza della Corte relativa all'efficacia nel tempo delle sentenze.* Prima di prendere una posizione quanto all'efficacia nel tempo della sentenza Barber, ritengo importante precisare i *motivi* per i quali la Corte ha introdotto detta limitazione nella sua sentenza. È innegabile che si tratta al riguardo di un modo di procedere non consueto, tenuto conto della natura declaratoria connessa, in via di principio, all'interpretazione della Corte sul diritto comunitario in forza dell'art. 177 del Trattato²⁴. La Corte ha affermato ciò come segue, nelle sentenze Salumi e Denkavit Italiana:

«L'interpretazione di una norma di diritto comunitario data dalla Corte nell'esercizio della competenza ad essa attribuita dall'art. 177 chiarisce e precisa, quando ve ne sia il bisogno, il significato e la portata della norma, quale deve, o avrebbe dovuto, essere intesa ed applicata dal momento della sua entrata in vigore. Ne risulta che la norma così interpretata può, e deve essere applicata dal giudice anche a rapporti giuridici sorti e costituiti prima della sentenza interpretativa, se, per il resto, sono soddisfatte le condizioni che consentono di portare alla cognizione dei giudici competenti una controversia relativa all'applicazione di detta norma.

Soltanto in via eccezionale la Corte di giustizia, come ha essa stessa riconosciuto nella sentenza 8 aprile 1976, causa 43/75, Defrenne/Sabena, Racc. 1976, pag. 455, potrebbe essere indotta, in base ad un principio generale di certezza del diritto, inerente all'ordinamento giuridico comunitario, e tenuto conto dei gravi sconvolgimenti che la sua sentenza potrebbe provocare per il

passato nei rapporti giuridici stabiliti in buona fede, a limitare la possibilità degli interessati di far valere la disposizione così interpretata per rimettere in questione tali rapporti giuridici.

Una limitazione del genere può tuttavia essere ammessa soltanto nella sentenza stessa relativa all'interpretazione richiesta. L'esigenza fondamentale dell'applicazione uniforme e generale del diritto comunitario implica la competenza esclusiva della Corte di giustizia a decidere sui limiti temporali da apporre all'interpretazione da essa data²⁵.

14. Dal precitato brano emerge che, nella sua decisione di limitare nel tempo la portata di una sentenza, la Corte si basa su due considerazioni principali, vale a dire su un *principio generale di certezza del diritto* inerente all'ordinamento giuridico comunitario e sull'intento di evitare che alcuni rapporti giuridici che sono stati istituiti *in buona fede* siano *seriamente compromessi* da un'applicazione retroattiva integrale della sentenza. Tuttavia, va aggiunto che, come la Corte lo ha confermato iteratamente, il mero fatto che una pronuncia giudiziaria comporti notevoli conseguenze pratiche di per sé non costituisce motivo sufficiente per impedirne l'applicazione integrale. La Corte l'ha affermato nel seguente modo nella sentenza Blaizot, facendo riferimento alla sentenza Defrenne II:

25 — Sentenza 27 marzo 1980, causa 61/79, Denkavit Italiana (Racc. pag. 1205, punti 16-18 della motivazione), e sentenza Salumi, cause riunite 66/79, 127/79 e 128/79 (Racc. pag. 1237, punti 9-11 della motivazione); v. anche le sentenze 10 luglio 1980, causa 811/79, Ariete (Racc. pag. 2545, punti 6-8 della motivazione) e causa 826/79, Mireco (Racc. pag. 2559, punti 7-9 della motivazione), sentenza 2 febbraio 1988, causa 309/85, Barra (Racc. pag. 355, punti 11-13 della motivazione) e causa 24/86, Blaizot (Racc. 1988, pag. 379, punti 27 e 28 della motivazione); sentenza 5 ottobre 1988, causa 210/87, Padovani (Racc. pag. 6177, punto 12 della motivazione). Recentemente, la Corte ha del pari riassunto detti principi nella sentenza 16 luglio 1992, causa C-163/90, Legros (Racc. pag. I-4625, punto 30 della motivazione).

24 — V., su questo punto, R. Joliet, *Le droit institutionnel des Communautés européennes. Le contentieux*. Liegi, Faculté de droit, d'économie et de sciences sociales di Liegi, 1981, pag. 219.

«Per stabilire se si debba limitare la portata di una sentenza nel tempo, secondo la giurisprudenza della Corte (v. in particolare la sopra indicata sentenza 8 aprile 1976) è necessario tener conto del fatto che, benché le conseguenze pratiche di qualsiasi pronuncia del giudice vadano vagliate accuratamente, non si può tuttavia spingersi fino a sminuire l'obiettività del diritto e compromettere la sua applicazione futura a motivo delle ripercussioni che la pronuncia può avere per il passato»²⁶.

15. È assodato che il principio della certezza del diritto fa parte integrante dell'ordinamento giuridico comunitario²⁷. Ciò porta a ritenere che la Corte sia disposta, tenuto conto di circostanze particolari, a non mettere in discussione rapporti giuridici stabiliti nel passato, benché una sua precisazione data nel frattempo avesse indotto a farlo. Dalla giurisprudenza risulta che la Corte riconosce la buona fede o il legittimo affidamento²⁸, per quanto attiene alle parti interessate o per gli Stati membri, come una circostanza particolare di detto tipo qualora l'applicazione retroattiva della pronuncia giurisdizionale comporti seri problemi per dette parti o per gli Stati membri. Siffatta buona fede sussiste qualora, quando sono stati stabiliti rapporti giuridici, le parti o gli Stati membri «hanno

potuto ragionevolmente ritenere»²⁹ che la concezione da essi adottata fosse conforme al diritto comunitario, come ad esempio quando la portata di una disposizione di diritto comunitario non era del tutto chiara. *A fortiori* la Corte ha riconosciuto la buona fede nei casi nei quali le stesse istituzioni comunitarie avevano creato l'impressione di una validità del diritto comunitario, approvando un atto determinato di diritto comunitario derivato che ammetteva l'esistenza delle prassi in questione (sentenze Pinna I³⁰, Barber, Legros), o trascurando di intentare un'azione ex art. 169 contro lo Stato membro che non rispettava i suoi obblighi comunitari (Defrenne II, Legros), oppure adottando un atteggiamento esitante circa la questione della compatibilità (sentenza Blaizot).

Se però è pacifico che le parti o gli Stati membri, tenuto conto in particolare di una giurisprudenza chiara e ben nota della Corte, non potevano avere dubbi sui loro obblighi comunitari, la condizione della buona fede non è soddisfatta. Come risulta dalle sentenze Worringham³¹ e Essevi e Salengo³², la Corte non è obbligata in tal caso a limitare l'efficacia nel tempo della sua pronuncia.

16. La buona fede degli interessati o degli Stati membri costituisce così una circostanza particolare, la quale può giustificare la limitazione nel tempo dell'efficacia di una sentenza, qualora, in mancanza di detta limitazione, i rapporti giuridici stabiliti nel passato

26 — Sentenza Blaizot, punto 30 della motivazione; sentenza Defrenne II, punto 71 della motivazione; v. anche sentenza Worringham (citata nella nota 4), punto 31 della motivazione, e sentenza Legros (citata nella nota precedente), punto 30 della motivazione.

27 — Per espresse conferme, v., fra l'altro, sentenza 21 settembre 1983, cause riunite da 205/82 a 215/82, Deutsche Milchkontor (Racc. pag. 2633, punto 30 della motivazione). Sulla certezza del diritto come principio di tutela dei rapporti giuridici stabiliti in buona fede, v., in particolare, K.-D. Borchardt, *Der Grundsatz des Vertrauensschutzes im Europäischen Gemeinschaftsrecht*, Kehl, Schriftenreihe Europa-Forschung, Tomo 15, 1988, pagg. 135 e 136, e M. Schlockermann, *Rechtssicherheit als Vertrauensschutz in der Rechtsprechung des EuGH*, dissertazione, Monaco di Baviera, 1984, pagg. 144-151.

28 — Questo termine è stato utilizzato dalla Corte nella sentenza 27 maggio 1981, cause riunite 142/80 e 143/80, Essevi e Salengo (Racc. pag. 1413, punto 34 della motivazione).

29 — Questa espressione appare tanto nella sentenza Barber, al punto 43, quanto nella sentenza Legros, al punto 33 della motivazione.

30 — Sentenza 15 gennaio 1986, causa 41/84 (Racc. pag. 1, punto 27 della motivazione): poiché il Consiglio aveva approvato l'art. 73, n. 2, del regolamento (CEE) n. 1408/71, la Francia aveva creduto di poter mantenere in vigore, per un lungo periodo, prassi che non trovavano fondamento giuridico negli artt. 48 e 51 del Trattato.

31 — Sentenza Worringham, punto 33 della motivazione.

32 — Precedentemente citata nella nota 28, punto 34 della motivazione.

siano seriamente compromessi. Secondo la Corte, siffatto problema sussiste quando, indipendentemente dagli elementi propri del procedimento in esame, la sentenza di cui trattasi può comportare importanti *conseguenze economiche e finanziarie, di carattere generale*. Ad esempio, nella sentenza Defrenne II la Corte ha tenuto conto del timore, espresso dai governi britannico e irlandese, di notevoli difficoltà finanziarie per numerose imprese a seguito di rivendicazioni imprevedibili in materia di retribuzione³³. Data in particolare la buona fede (summenzionata) degli operatori economici, la Corte ha considerato che:

«nell'ignoranza del livello complessivo al quale le retribuzioni sarebbero state fissate, considerazioni imprescindibili di certezza del diritto riguardanti il complesso degli interessi in gioco, tanto pubblici quanto privati, ostano in modo assoluto a che vengano rimesse in discussione le retribuzioni relative al passato. Di conseguenza, l'efficacia diretta dell'art. 119 non può essere fatta valere a sostegno di rivendicazioni relative a periodi di retribuzione anteriori alla data della presente sentenza, eccezione fatta per i lavoratori che abbiano già promosso un'azione giudiziaria o proposto un reclamo equipollente»³⁴.

L'attenzione prestata dalla Corte al «complesso degli interessi in gioco, tanto pubblici

quanto privati»³⁵, comprese le notevoli conseguenze finanziarie di una sentenza per le parti o per le autorità che hanno agito in buona fede, risulta anche da varie sentenze recenti. Ad esempio, nella sentenza Blaizot la Corte ha tenuto conto della possibilità che la sua pronuncia, con cui dichiarava incompatibili con l'art. 7 del Trattato CEE diritti d'iscrizione supplementari per gli studenti universitari stranieri, «sconvolgerebbe retroattivamente il sistema di finanziamento dell'insegnamento universitario e potrebbe implicare conseguenze imprevedibili per il buon funzionamento degli istituti universitari»³⁶. Del pari, nella sentenza Barber la Corte ha affermato (v. il brano citato al paragrafo 5) che «l'equilibrio finanziario di numerosi regimi pensionistici di deroga convenzionale rischierebbe di essere retroattivamente sconvolto». Inoltre, sempre recentemente, nella sentenza Legros, con cui ha dichiarato incompatibile con il Trattato una tassa riscossa dai dipartimenti francesi di oltremare (cosiddetta «octroi de mer»), la Corte è stata disposta a limitare l'efficacia nel tempo della sua sentenza a causa delle catastrofiche ripercussioni finanziarie per i dipartimenti francesi d'oltremare a seguito dell'esigibilità delle tasse indebitamente versate:

«Stando così le cose, condizioni tassative di certezza del diritto ostano alla possibilità di rimettere in discussione rapporti giuridici che hanno esaurito i loro effetti nel passato,

33 — Sentenza Defrenne II, punto 70 della motivazione. Per contro, nella sentenza Worringham, la Corte giunse alla conclusione secondo la quale «il numero dei casi che nella fattispecie verrebbero coinvolti dall'efficacia diretta di detta disposizione» non era sufficientemente rilevante, nell'interesse della certezza del diritto, per limitare l'efficacia nel tempo della sentenza: sentenza Worringham, punto 33 della motivazione.

34 — Sentenza Defrenne II, punti 74 e 75 della motivazione.

35 — La Corte ha usato questa espressione anche nella sentenza Pinna I, punto 28 della motivazione; v., al riguardo, J. Boulois, «Quelques observations à propos de la sécurité juridique», in *Du droit international au droit de l'intégration, Liber amicorum Pierre Pescatore*, Baden-Baden, Nomos, 1987, (53), pag. 55.

36 — Sentenza Blaizot, punto 34 della motivazione.

dal momento che ciò sconvolgerebbe retroattivamente il sistema di finanziamento degli enti territoriali dei DOM francesi»³⁷.

17. *Spiegazione dell'efficacia nel tempo della sentenza Barber.* Alla luce della giurisprudenza summenzionata deve essere interpretato il punto della sentenza Barber riguardante la limitazione nel tempo degli effetti di questa sentenza.

Tuttavia, in via preliminare, formulerò ancora le seguenti osservazioni: ai fini della problematica ora esaminata, ha importanza decisiva comprendere come sono costituiti e gestiti i regimi pensionistici professionali (di deroga convenzionale o complementari). Come risulta dalle osservazioni presentate dai governi che sono intervenuti dinanzi alla Corte e dai regimi pensionistici, la maggior parte dei regimi pensionistici è *caratterizzata dalla costituzione progressiva* della pensione. In concreto, il lavoratore costituisce diritti a pensione in funzione dei periodi lavorativi da lui svolti presso il datore di lavoro in questione. A questo scopo, il lavoratore e/o il datore di lavoro versano periodicamente ad un fondo pensionistico privato contributi per

alcuni periodi di lavoro (calcolati in base ad elementi di calcolo attuariale)³⁸.

In diritto, detto carattere di costituzione progressiva della pensione riguardante regimi pensionistici professionali porta a distinguere fra la nascita dei diritti a pensione, vale a dire a seguito della *costituzione progressiva* della pensione in funzione dei periodi lavorativi svolti, e il sopraggiungere dell'esigibilità di detti diritti, vale a dire in occasione della *maturazione* del diritto alla pensione.

Dal punto di vista finanziario ed economico, l'equilibrio di detti regimi pensionistici professionali si basa, fra l'altro, su vari presupposti, fra i quali figurano elementi relativi all'età pensionabile e alle possibilità di sopravvivenza degli uomini e delle donne (v., in seguito, paragrafi 34-39).

38 — Al riguardo, occorre distinguere fra i cosiddetti *regimi a contributi fissi* (spesso chiamati anche «defined contribution plans» o «money purchase schemes») e i cosiddetti regimi a prestazioni fisse (denominati anche «defined benefit plans»). Nei primi regimi la prestazione è costituita dalla somma capitalizzata dei contributi che, in precedenza, sono stati versati periodicamente dagli iscritti; pertanto la prestazione dipende da tali contributi. Nei regimi a prestazioni fisse, invece, l'entità della prestazione è prefissata (nell'atto costitutivo del trust, negli statuti, nelle condizioni della polizza o in altre condizioni generali) in funzione del numero di anni di servizio, sotto forma di una somma fissa, oppure sotto forma di una percentuale dell'ultima retribuzione del lavoratore. Incidentalmente, rilevo che i regimi pensionistici in esame nella causa Coloroll appartengono a questo secondo tipo e che, in base al fascicolo, anche la maggior parte dei regimi pensionistici professionali in Danimarca, nei Paesi Bassi e nel Regno Unito appartengono a questa categoria. Quanto alla precisata distinzione fra i regimi pensionistici professionali, v., in particolare, P.-G. d'Herbais, *Mémoire des retraités dans la CEE. Analyse comparée des régimes de base et complémentaires des salariés et des fonctionnaires*, Parigi, CERR, 1990, pagg. 17 e 18; v. anche, unitamente all'adozione di altre categorie, G. Tamburi e P. Mouton, «Problèmes de frontières entre régimes privés et régimes publics de pensions», *Revue internationale du Travail*, 1986, (143), pagg. 145 e 146.

37 — Sentenza Legros, punto 34 della motivazione. Per un'altra limitazione pronunciata recentemente a causa delle notevoli conseguenze finanziarie di una pronuncia, relativa in questo caso alla nullità di un regolamento comunitario nel settore della politica agricola (quanto, in particolare, alla riscossione di un «clawback» a carico delle merci che avevano fruito di un premio variabile in caso di macellazione), v. sentenza 10 marzo 1992, cause riunite C-38/90 e C-151/90, Lomas (Racc. pag. I-1781, punti 27-30 della motivazione).

18. Ritengo che anche la Corte nella sentenza Barber riconosca, anche se implicitamente, la differenza fra la costituzione e la maturazione della pensione aziendale. È così che occorre interpretare la conclusione della Corte secondo la quale le pensioni versate da un regime di deroga convenzionale «costituiscono senz'altro vantaggi pagati dal datore di lavoro al lavoratore in ragione dell'impiego di quest'ultimo»³⁹. Infatti, dal punto di vista dell'art. 119 del Trattato CEE le prestazioni versate nell'ambito di una pensione professionale vanno considerate come una forma di retribuzione «*differita*», che il lavoratore ha costituito grazie all'attività da lui svolta per uno o più datori di lavoro, durante un periodo di lavoro determinato.

Del resto, la summenzionata distinzione spiega cosa, nel punto 44 della sentenza Barber, la Corte intenda per «diritto alla pensione a decorrere dalla data della presente sentenza». Poiché è il lavoro stesso e, se del caso, i contributi in questione, che fanno sorgere i diritti a pensione del lavoratore e i corrispondenti obblighi a carico del datore di lavoro e/o dei regimi pensionistici (dei trustees di questi ultimi), la Corte in questo caso fa chiaramente riferimento ai periodi di lavoro successivi al 17 maggio 1990. Qualsiasi discriminazione basata sul sesso che avviene dopo questa data in tale materia — in particolare se ci si basa su un'età pensionabile diversa per il calcolo dei contributi e/o delle prestazioni dovute a seguito di detti contributi — cade sotto il divieto stabilito dall'art. 119.

19. Secondo me, la distinzione fra la costituzione della pensione (o la nascita dei diritti a pensione) e la maturazione dei diritti a pensione (o l'esigibilità della stessa) è importante

anche per ben comprendere cosa la Corte intende precisare nel punto 44 della sentenza Barber, quando essa afferma che non devono essere rimessi in discussione i «rapporti giuridici che hanno esaurito i loro effetti nel passato». Si deve soprattutto evitare di interpretare questo punto letteralmente, diversamente da quanto fanno alcune parti nella causa principale Coloroll (in particolare i signori Russell, Parker e Sharp). Se si interpreta il suddetto punto letteralmente, si può infatti sostenere che gli effetti di una pensione aziendale sono totalmente esauriti solo dopo che la pensione sia stata versata integralmente al lavoratore (pensionato). Da siffatta interpretazione discenderebbe che la limitazione nel tempo degli effetti della sentenza, stabilita dalla Corte, in pratica non avrebbe alcuna importanza e che l'effetto utile della limitazione apportata dalla Corte verrebbe meno quasi del tutto⁴⁰.

La distinzione fra la costituzione della pensione e la maturazione del diritto alla pensione consente anche di apportare alcune precisazioni su questo punto. Poiché è il lavoro stesso, e, se del caso, i contributi di cui trattasi, che fanno sorgere i diritti e gli obblighi del lavoratore e del datore di lavoro (e/o degli amministratori del regime pensionistico), si può ragionevolmente ammettere che, con l'espressione «rapporti giuridici che hanno esaurito i loro effetti nel passato», la Corte ha considerato situazioni nelle quali il diritto alla pensione era già acquisito per i periodi lavorativi precedenti la sentenza Barber. Infatti, la nascita di un diritto a pensione in base ad un periodo lavorativo trascorso

39 — Sentenza Barber, punto 28 della motivazione; v. sopra, paragrafo 4.

40 — La Corte ha confermato che le sentenze della Corte non si possono interpretare in modo da privarle di qualsiasi portata utile, fra l'altro, nella sentenza 2 marzo 1989, causa 359/87, Pinna II (Racc. pag. 585, punto 16 della motivazione); v., del pari, le conclusioni dell'avvocato generale Lenz in detta causa, in particolare pagg. 605 e 606, paragrafo 29, il quale cita la giurisprudenza dalla quale emerge che è corrente un'interpretazione teleologica delle sentenze della Corte.

comporta una situazione giuridica i cui effetti sono esauriti, nel senso che il lavoratore ha definitivamente acquisito il diritto alla pensione relativo a detto periodo di lavoro.

20. Il motivo per il quale la Corte ha optato a favore di una limitazione dell'efficacia della sua sentenza ai diritti a pensione come sopra interpretati può essere direttamente collegato all'intento formulato espressamente dalla Corte di non sconvolgere retroattivamente l'equilibrio finanziario dei regimi pensionistici di deroga convenzionale. La certezza del diritto implica, in questo ambito, che la portata di detti diritti sia determinata basandosi sulla norma comunitaria che si applicava al momento del periodo lavorativo in base al quale detti diritti sono stati *acquisiti*, vale a dire l'art. 119 come interpretato prima della sentenza Barber.

Ciò non costituisce affatto una novità nel diritto comunitario. Si può menzionare un precedente nella giurisprudenza comunitaria in materia di regimi di previdenza sociale, vale a dire la sentenza 12 ottobre 1978, Belbouab. Questa causa riguardava il regolamento (CEE) n. 1408/71. Essa riguardava un lavoratore algerino che ha fruito della cittadinanza francese prima dell'indipendenza dell'Algeria e che aveva svolto un lavoro in Francia e nella Repubblica federale di Germania, in quanto cittadino francese. Quando detto lavoratore presentava la sua domanda di pensione di minatore nella Repubblica federale di Germania gli veniva opposto il rifiuto di tener conto dei periodi assicurativi maturati in Francia, in quanto egli non soddisfaceva più il requisito della cittadinanza di uno Stato membro prescritto dall'art. 2, n. 1, di detto regolamento. La Corte ha confutato come segue l'assunto su cui si basava il giudice a quo, secondo cui il requisito della cittadinanza stabilito dall'art. 2, n. 1, del regolamento avrebbe riguardato la cittadinanza al momento della *presentazione della domanda della pensione*:

«In ossequio al principio della certezza del diritto, il quale esige, fra l'altro, che qualsiasi situazione di fatto venga di regola, e purché non sia espressamente disposto il contrario, valutata alla luce delle norme giuridiche vigenti al momento in cui essa si è prodotta, la seconda delle suddette condizioni (il requisito della cittadinanza stabilito dall'art. 2, n. 1), va interpretata nel senso che lo status di cittadino di uno Stato membro deve sussistere all'epoca dello svolgimento dell'attività lavorativa, del versamento dei contributi relativi ai periodi di assicurazione e dell'*acquisto dei diritti corrispondenti*»⁴¹.

Pertanto, non è il momento in cui una domanda di pensione viene presentata che è decisivo per l'applicazione del regolamento (CEE) n. 1408/71, e in particolare del requisito di cittadinanza da esso stabilito, ma il *periodo di attività lavorativa o i periodi di assicurazione*: decisivi sono i periodi durante i quali i contributi sono versati, e, come dichiara espressamente la Corte nella sentenza Belbouab, in cui sono acquisiti i diritti corrispondenti, compreso il diritto ad una pensione legale⁴².

La sentenza Pinna I offre un'applicazione analoga del principio della certezza del diritto, questa volta nel settore degli assegni familiari. Dichiarando nullo l'art. 73, n. 2, del

41 — Sentenza 12 ottobre 1978, causa 10/78, Belbouab (Racc. pag. 1915, punto 7 della motivazione), il corsivo è mio; v., inoltre, sentenza 14 novembre 1990, causa C-105/89, Buhari Haji (Racc. pag. I-4211, punto 17 della motivazione). Nelle sentenze Henck 14 luglio 1971, la Corte aveva già considerato che «il principio della certezza del diritto esige che si interpreti la norma inquadrandola solo nella disciplina vigente al momento dell'importazione (...)»: sentenze, rispettivamente, causa 12/71 (Racc. 1971, pag. 743, punto 5 della motivazione), causa 13/71 (Racc. 1971, pag. 767, punto 5 della motivazione) e 14/71 (Racc. 1971, pag. 779, punto 5 della motivazione).

42 — Questo principio serve già da fondamento alla giurisprudenza della Corte relativa al regolamento n. 3; v., in particolare, sentenza 26 giugno 1975, causa 6/75, Horst (Racc. pag. 823, punto 8 della motivazione).

regolamento (CEE) n. 1408/71, nella versione allora vigente — che, in materia di assegni familiari, stabiliva, per i lavoratori occupati in Francia, un regime che derogava a quello stabilito dal n. 1 di detta disposizione per gli altri Stati membri — la Corte ha tuttavia limitato l'efficacia nel tempo della sua pronuncia. Secondo la Corte, «esigenze imperative di certezza del diritto attinenti all'insieme degli interessi in gioco, sia pubblici che privati, impediscono in linea di principio di rimettere in discussione la percezione delle prestazioni familiari per periodi precedenti la pronuncia della presente sentenza»⁴³. In concreto la Corte ha considerato che l'invalidità della disposizione considerata non poteva essere fatta valere «a sostegno di pretese riguardanti prestazioni relative a periodi anteriori alla data della presente sentenza»⁴⁴.

21. *L'interpretazione proposta.* Alla luce di quanto precede, il punto 45 della motivazione e il punto 5 del dispositivo della sentenza Barber, nei quali la Corte dichiara che l'art. 119 non può essere fatto valere per «chiedere il riconoscimento del diritto alla pensione con effetto da una data precedente a quella della presente sentenza» (v. sopra, paragrafo 5), devono essere interpretati nel senso che essi riguardano il diritto alla pensione che è stato acquisito per periodi lavorativi precedenti la sentenza Barber. In altri termini, opto per la seconda interpretazione soprammenzionata (v. paragrafo 10).

Tale interpretazione è quella che meglio corrisponde alla *buona fede* dei datori di lavoro e dei regimi pensionistici aziendali. Infatti, si deve tener conto della loro convinzione secondo la quale erano leciti requisiti di età pensionabile diversi a seconda del sesso. La Corte l'ha ammesso espressamente nella sentenza Barber: alla luce delle deroghe al principio della parità di trattamento contenute nelle direttive 79/7/CEE e 86/378/CEE, gli Stati membri e i «settori interessati» hanno potuto «ragionevolmente» ritenere «che l'art. 119 non si applicasse a pensioni erogate dai regimi di deroga convenzionale e che in materia continuassero ad essere ammesse eccezioni al principio di parità tra lavoratori di sesso maschile e lavoratori di sesso femminile»⁴⁵.

Il fatto che occorra prendere in considerazione la buona fede delle parti, in particolare dei datori di lavoro e dei regimi pensionistici professionali, implica che prima della sentenza Barber, tenuto conto della convinzione secondo cui l'art. 119 non era applicabile, esse potessero promettere pensioni e basare prestazioni su un'età pensionabile diversa per gli uomini e per le donne. L'*equilibrio finanziario* dei regimi pensionistici di cui trattasi poteva quindi, prima della sentenza, basarsi su detto fondamento. Solo per quanto attiene ai periodi di lavoro *successivi alla sentenza Barber* i datori di lavoro sapevano che bisognava tener conto di una stessa età pensionabile per gli uomini e per le donne quanto alla gestione dei regimi pensionistici professionali e al calcolo dei relativi contributi. Se non si prendesse in considerazione la loro buona fede e quella degli amministratori dei regimi pensionistici vi sarebbero gravi problemi finanziari per i regimi pensionistici. Tutto ciò

43 — Sentenza Pinna I, punto 28 della motivazione.

44 — Sentenza Pinna I, punto 30 della motivazione; salvo, ha aggiunto la Corte, per quanto riguarda i lavoratori che, prima di detta data, hanno proposto un ricorso giurisdizionale o presentato un reclamo equivalente. La Corte ha ribadito il suo punto di vista in materia nella sentenza 13 novembre 1990, causa C-99/89, Yáñez-Campoy (Racc. pag. I-4097, punto 18 della motivazione).

45 — Sentenza Barber, punto 43 della motivazione.

porta a che non vengano rimessi in discussione gli obblighi assunti e i versamenti effettuati prima della data della sentenza Barber⁴⁶.

22. Incidentalmente, vorrei segnalare che, a mio avviso, non può in alcun caso essere accolta la *terza interpretazione*, secondo la quale la maturazione del diritto alla pensione dopo il 17 maggio 1990 è proposta come criterio decisivo (e ciò indipendentemente dal momento in cui si situano i periodi lavorativi cui la pensione si riferisce). Credo che non sia auspicabile accogliere un'interpretazione del genere, non soltanto date le modalità già menzionate, con cui i diritti a pensione sono costituiti, ma anche a causa dell'*iniquità manifesta* che questa interpretazione comporterebbe per numerosi lavoratori: nessun lavoratore la cui pensione aziendale non è stata esigibile o erogata per la prima volta prima della data precitata potrebbe avvalersi del principio della parità della retribuzione. Situazioni del tutto identiche, diverse tra loro solo perché portavano all'acquisizione del diritto alla prestazione prima o dopo il 17 maggio 1990, sarebbero in tal caso trattate in modo molto diverso.

Infine, secondo me, la *quarta interpretazione* è troppo radicale. Infatti, essa non tiene affatto conto dell'equilibrio finanziario dei regimi pensionistici professionali, come un regime costituito in buona fede in base a fattori di calcoli che presupponevano un'età pensionabile diversa per gli uomini e per le donne.

46 — La Corte ha più volte adottato un punto di vista analogo quando ha annullato atti delle istituzioni. Essa ha affermato che, per «gravi motivi di certezza del diritto», l'annullamento dell'atto in questione non poteva rimettere in discussione la validità dei pagamenti effettuati e degli impegni assunti in esecuzione di detto atto fino al giorno della pronuncia della sentenza in materia: v. sentenza 3 luglio 1986, causa 34/86, Consiglio/Parlamento (Racc. pag. 2155, punto 48 della motivazione), e sentenza 31 marzo 1992, causa C-284/90, Consiglio/Parlamento (Racc. pag. I-2277, punto 37 della motivazione).

23. L'interpretazione qui suggerita della limitazione nel tempo degli effetti della sentenza Barber corrisponde, in buona parte, a quella adottata nel Protocollo sull'art. 119 allegato al Trattato sull'Unione europea. Del resto, rilevo che, se la Corte adottasse un'opinione diversa, il suo punto di vista sarebbe in ogni caso superato non appena sarà entrato in vigore il Trattato sull'Unione europea.

Infatti, l'art. 239 del Trattato si applica al Protocollo che sarà allegato al Trattato CEE: non appena sarà entrato in vigore il Trattato sull'Unione europea, detto Protocollo farà parte integrante del Trattato CEE. In altri termini, esso avrà lo stesso valore giuridico delle disposizioni del Trattato⁴⁷. Devo tuttavia sottolineare che il Protocollo non mira ad apportare modifiche all'art. 119 e che esso non sembra neanche rimettere in discussione la giurisprudenza della Corte. Infatti, l'art. B, quinto trattino, del Trattato sull'Unione conferma espressamente che l'Unione mira a «mantenere integralmente "l'acquis" comunitario e svilupparlo», facendo così riferimento a tutte le norme comunitarie vigenti, come interpretate ed applicate dalla Corte⁴⁸. Posso quindi considerare il Protocollo soltanto un testo contenente una *definizione*

47 — C. Vedder, «Articolo 239», in Grabitz, *Kommentar zum EWG-Vertrag*, Monaco di Baviera, Beck, pag. 2, n. 5. La violazione di un protocollo equivale quindi ad una violazione del Trattato: M. Hilf, «Articolo 239», in Groeben-Thiesing-Ehlermann, *Kommentar zum EWG-Vertrag, IV*, Baden-Baden, Nomos, 1991, pag. 5947, punti 7 e 8. Peraltro, nel diritto internazionale dei trattati, i protocolli sono considerati, in genere, come parte integrante del Trattato cui sono allegati: Myers, «The name and scope of Treaties» *Am. J. Int. L.*, 1957 (57), 587; v., peraltro, la definizione del «Trattato» nell'art. 2, n. 1, lett. a), della convenzione di Vienna sul diritto dei trattati del 21 maggio 1969: «un accordo internazionale stipulato per iscritto fra Stati, e disciplinato dal diritto internazionale, contenuto in un atto unico o in due o più atti collegati fra loro, indipendentemente dalla sua particolare denominazione».

48 — V. anche l'art. C del Trattato sull'Unione europea, che dispone che l'ambito istituzionale dell'Unione stessa «rispetta e sviluppa l'acquis comunitario».

dichiarativa della portata data all'art. 119 e alla giurisprudenza della Corte ⁴⁹.

Se la sentenza Barber e la limitazione nel tempo che essa stabilisce si applichino a regimi pensionistici professionali diversi da quello considerato in detta sentenza

24. Nella causa Coloroll la High Court chiede alla Corte se la limitazione nel tempo della sentenza Barber si estenda a regimi pensionistici diversi dai regimi pensionistici di deroga convenzionale di cui si trattava in quest'ultima sentenza (terza questione); in altri termini essa chiede se detta limitazione si estenda anche a pensioni complementari o extralegali e non soltanto a pensioni appartenenti a regimi di deroga convenzionale. Tale questione è sollevata anche nella causa Moroni, benché le questioni sollevate dall'Arbeitsgericht di Bonn mirino in primo luogo a stabilire se, in particolare quanto alla questione dell'incompatibilità con l'art. 119 di una differenza, a seconda del sesso, dell'età in cui si può fruire di una pensione, la sentenza Barber si applichi anche al regime pensionistico oggetto di detta causa (v. sopra, paragrafo 4).

25. Le due questioni sono collegate fra loro e, secondo me, riguardano soprattutto la portata che deve essere data alla sentenza Bilka del 1986. Ricorderò che in questa sentenza la Corte ha deciso che prestazioni nell'ambito di un regime pensionistico professionale vigente in un'impresa tedesca costituivano vantaggi ai sensi dell'art. 119 (v. sopra, paragrafo 3).

Secondo le parti convenute nella causa principale Coloroll, esclusi la signora Broughton e il Coloroll Group, nella sentenza Bilka, che riguardava un regime pensionistico aziendale che non era un regime di deroga convenzionale, la Corte ha preso in considerazione l'intera situazione relativa a detto tipo di regimi pensionistici. In altri termini, secondo dette parti, tale sentenza non riguardava soltanto la questione dell'*esclusione* dei lavoratori iscritti a regimi pensionistici che non sono di deroga convenzionale — di cui si trattava in modo specifico in detta causa — ma anche la questione della *data di inizio* della pensione nell'ambito di questo tipo di regimi pensionistici aziendali. Poiché, trattandosi di regimi pensionistici aziendali che non sono regimi di deroga convenzionale, la questione della data di inizio era quindi già stata trattata nella sentenza Bilka, e pertanto molto tempo prima della sentenza Barber, secondo dette parti la limitazione nel tempo apportata dalla sentenza Barber non deve applicarsi ai regimi pensionistici aziendali che non sono di deroga convenzionale.

La signora Broughton, il Coloroll Group, il governo del Regno Unito, nonché, nella causa Moroni, il governo tedesco, ritengono invece che la portata della sentenza Bilka è senz'altro limitata alla questione dell'*esclusione* dei lavoratori iscritti ai regimi pensionistici professionali che non sono di deroga convenzionale. Contrariamente al governo tedesco, le altre tre parti ritengono che, quanto alla data di inizio della pensione, questione sollevata in modo specifico in detta causa, la sentenza Barber, compresa la limitazione nel tempo che essa stabilisce, si applica a tutti i regimi pensionistici professionali, tanto ai regimi di deroga convenzionale quanto agli altri regimi.

49 — Nello stesso senso, S. Prechal, «Bommen ruimen in Maasricht», *Nederlands Juristenblad*, 1992 (349), pag. 354.

26. Al pari della signora Broughton, del Coloroll Group e del governo del Regno Unito, ritengo che la sentenza Barber, compresa la limitazione nel tempo che essa stabilisce, si applichi *a tutti i regimi pensionistici professionali*, indipendentemente dalla categoria cui appartengono.

Secondo me, nella sentenza Bilka la Corte si è pronunciata soltanto sulla questione se un regime pensionistico aziendale come quello di cui si trattava — nella fattispecie un regime pensionistico aziendale stabilito per contratto e esclusivamente finanziato dal datore di lavoro, stabilito previa concertazione all'interno dell'impresa considerata — rientrasse nella sfera di applicazione dell'art. 119, e sulla questione se l'esclusione da detto regime dei lavoratori a tempo parziale (soprattutto donne) costituisse una discriminazione in contrasto con detto articolo. La Corte ha risolto le due questioni affermativamente. Unicamente nella sentenza Barber la Corte ha esaminato anche la liceità di un'età diversa, a seconda del sesso, per quanto riguarda la data di inizio della pensione, nell'ambito di regimi pensionistici professionali (in questo caso, di deroga convenzionale) (v. sopra, paragrafo 4).

Benché detta sentenza riguardi un regime pensionistico professionale di deroga convenzionale, ritengo che la Corte abbia trattato della questione così sollevata in tale causa, relativa alla data di inizio della pensione, con una pronuncia di carattere generale, valida per tutti i regimi pensionistici

professionali e che, di conseguenza, la limitazione nel tempo stabilita dalla sentenza si applichi anche ai regimi pensionistici che non sono di deroga convenzionale. Infatti, nel dispositivo della sentenza Barber non vi è alcun elemento che corrobori una distinzione fra i regimi pensionistici di deroga convenzionale e quelli che non lo sono, poiché dai punti 3 e 5 del dispositivo non emerge affatto una limitazione per i soli regimi pensionistici professionali di deroga convenzionale. Inoltre, dal punto di vista economico, una distinzione del genere porterebbe a distorsioni arbitrarie fra i rispettivi regimi pensionistici. Peraltro, se nella sentenza Bilka la Corte si fosse pronunciata anche sulla data d'inizio della pensione nell'ambito di regimi pensionistici non di deroga convenzionale, a mio avviso essa avrebbe anche limitato l'efficacia nel tempo di detta sentenza, invece di, come ora, attribuirle efficacia retroattiva fino al (...) 8 aprile 1976, vale a dire fino alla data in cui la Corte, con la sentenza Defrenne II, ha attribuito efficacia diretta all'art. 119⁵⁰. Da tutto ciò risulterebbe che, quanto alla data di inizio della pensione, l'art. 119 sarebbe applicato retroattivamente o irretroattivamente da oltre 14 anni, a seconda che il regime pensionistico professionale considerato abbia o meno natura di un regime di deroga convenzionale. Le conseguenze finanziarie di un'interpretazione del genere sarebbero catastrofiche per gli Stati membri nei quali sono frequenti regimi pensionistici professionali complementari, vale a dire non di deroga convenzionale. Questa non può essere stata l'intenzione della Corte.

50 — In effetti, secondo la propria giurisprudenza (v. sopra, paragrafo 13), la Corte non avrebbe la possibilità di limitare ora gli effetti nel tempo della sentenza Bilka. Per un caso in cui la Corte si è rifiutata di imporre siffatto limite temporale per quanto attiene ad una sentenza precedente, v. la sentenza Barra, citata alla nota 25, punto 14 della motivazione.

Se l'uso di elementi di calcolo attuariale diversi a seconda del sesso sia in contrasto con l'art. 119 del Trattato

27. *Le posizioni delle parti.* Le cause Neath [questione 3, lett. b)] e Coloroll (questione 4) sollevano la questione se sia compatibile con l'art. 119 del Trattato CEE il fatto che le prestazioni erogate in forza di un regime pensionistico siano calcolate mediante elementi di calcolo attuariale e, in particolare, di situazioni attuariali relative all'aspettativa di vita diversa degli uomini e delle donne, che portano a risultati diversi per gli uomini e per le donne.

I fondi pensionistici e i loro amministratori, nonché la maggior parte degli Stati membri intervenienti, sostengono che ciò è del tutto normale. Questi elementi di calcolo attuariale si baserebbero su dati statistici affidabili ed oggettivi relativi alle aspettative di vita a seconda dell'età pensionabile. Poiché questi dati variano da un sesso all'altro — in media le donne vivono più a lungo e quindi fruiscono della loro pensione più a lungo degli uomini — i fattori attuariali avrebbero un'importanza fondamentale per la valutazione degli impegni assunti da un regime pensionistico e, quindi, per l'organizzazione del finanziamento di tutto il regime pensionistico. Il fatto di prendere in considerazione i dati attuariali — che peraltro costituisce una prassi in genere ammessa dai regimi assicurativi (contrattuali) — avrebbe quindi un'influenza diretta e pienamente legittima sull'importo dei diritti che sono trasmissibili ad un altro regime nonché sugli importi delle prestazioni di sostituzione (vale a dire quelle previste nel caso in cui un iscritto opti per un capitale al posto di una pensione periodica): in quest'ultimo caso, secondo modalità uguali per il resto, gli uomini ricevono una somma inferiore a quella percepita dalle donne.

28. Per contro, la Commissione ritiene che il principio della parità di retribuzione fra gli uomini e le donne debba essere applicato individualmente e non per categoria. Il fatto che in genere le donne vivano più a lungo degli uomini non avrebbe alcuna importanza per l'aspettativa di vita di una determinata persona e non si può ammettere che una persona sia danneggiata da ipotesi a proposito delle quali non è certo che esse si riveleranno esatte nel suo caso specifico. Inoltre, vi sono numerosi fattori di rischio che non vengono presi in considerazione: i rischi collegati all'esercizio di una professione, le abitudini in materia di tabagismo, la salute, ecc. Infine, quanto ai regimi pensionistici, non vi è alcuna necessità tecnica di effettuare una distinzione in base ad aspettative di vita: alcuni regimi pensionistici, e tutti i regimi pensionistici statali, si sono avvalsi di un sistema di compensazione di rischi che copre le differenze quanto alla durata di vita presunta degli uomini e delle donne⁵¹. La Corte suprema degli Stati Uniti avrebbe affermato che una discriminazione analoga nei regimi pensionistici era incompatibile con il Civil Rights Act del 1964. La Commissione ne conclude che, data la loro incompatibilità con l'art. 119 del Trattato, né i datori di lavoro né gli amministratori possono far riferimento a elementi di calcolo attuariale diversi per giustificare una riduzione proporzionalmente maggiore della pensione di un uomo rispetto a quella di una donna in caso di un pensionamento anticipato, per giustificare un importo inferiore in capitale per gli uomini e per le donne, qualora si scelga questa possibilità, o per giustificare una misura diversa di riduzione della pensione necessaria per erogare una pensione per vedova o per vedovo ad un avente diritto. Lo stesso

51 — Questi argomenti sono stati già formulati dalla Commissione nella motivazione 29 aprile 1983, relativa alla proposta che sarebbe divenuta la direttiva 86/378/CEE: COM(83) 217 def., pagg. 7 e 8.

varrebbe per il versamento di una somma in capitale agli amministratori di un altro regime pensionistico una volta che un lavoratore abbia cambiato lavoro, in quanto anche questi amministratori sono tenuti al rispetto del principio della parità di retribuzione nei confronti di detto lavoratore. Soltanto se l'importo in capitale è versato ad una società di assicurazione o ad un altro terzo del tutto estranei al rapporto di lavoro, e che quindi non sono tenuti all'osservanza dell'art. 119, non sarebbe vietata a detta impresa o a detti terzi l'uso di tabelle di mortalità diverse per gli uomini e per le donne.

29. *La normativa e la giurisprudenza comunitarie.* Prima di formulare il mio punto di vista, inquadrerò nell'ambito del diritto comunitario la questione dei fattori di calcoli attuariali. La *normativa comunitaria* comporta la direttiva 86/378/CEE. Contrariamente alla proposta iniziale della direttiva della Commissione, la quale vietava espressamente di fissare l'importo delle prestazioni o delle aliquote di contributo tenendo conto «di elementi di computo diversi, attuariali o di altra natura, per quanto riguarda i fenomeni di morbilità, mortalità o speranza di vita»⁵², la direttiva contiene varie eccezioni all'applicazione del principio della parità di trattamento dei regimi di previdenza sociale aziendali e settoriali, eccezioni che riguardano l'uso di elementi di calcolo attuariale diversi a seconda del sesso. Per chiarezza

di esposizione, menzionerò qui di seguito queste eccezioni:

— l'art. 9, lett. c), dispone che, in deroga al divieto stabilito dall'art. 6, n. 1, lett. i), primo comma, di fissare livelli diversi in funzione del sesso per i *contributi dei lavoratori*, gli Stati membri possono differire su questo punto l'attuazione del principio della parità di trattamento «per tener conto degli elementi differenti di calcolo attuariale», al più tardi fino allo scadere di un termine di tredici anni a decorrere dalla notifica della direttiva, vale a dire fino al 30 luglio 1999;

— l'art. 6, n. 1, lett. h), consente di fissare livelli diversi a seconda del sesso per le *prestazioni* nella misura necessaria per tener conto di elementi di calcolo attuariale che sono differenti per i due sessi nel caso di prestazioni definite in base ai contributi⁵³;

— ai sensi dell'art. 6, n. 1, lett. i), secondo comma, livelli differenti a seconda del sesso possono essere fissati per i *contributi dei datori di lavoro* nel caso di prestazioni definite in base ai contributi⁵⁴ «se si tratta di ravvicinare gli importi di tali prestazioni»;

— ai sensi dell'art. 6, n. 1, lett. d), norme diverse a seconda del sesso possono

52 — Art. 6, n. 1, lett. h) e i), della proposta della Commissione 5 maggio 1983, GU 1983, C 134, pag. 7. Questa concezione della Commissione è stata fra l'altro appoggiata dal Parlamento: v. la relazione del signor H. Peeters in nome della commissione per gli affari sociali e l'occupazione 12 marzo 1984, Parlamento europeo, Documento di seduta, 1983-1984, doc. 1-1502/8 (PE 87/755/def.), pag. 10.

53 — L'espressione «definite in base ai contributi» rinvia ai cosiddetti regimi a contributi fissi; al riguardo, v. sopra, nota 38.

54 — V. nota precedente.

essere stabilite, nella misura prevista dai punti h) e i), per il *rimborso dei contributi* se il lavoratore lascia il regime senza aver soddisfatto le condizioni che gli garantiscono un diritto differito alle prestazioni a lungo termine;

giurisprudenza comunitaria⁵⁶. Occorre ancora una volta tener conto della sentenza Barber, nella quale la Corte, al fine di garantire un efficace sindacato giurisdizionale sull'osservanza del principio della parità di trattamento⁵⁷, ha confermato espressamente:

«il principio della parità delle retribuzioni dev'essere garantito per ogni elemento della retribuzione e non solo con riferimento ad una valutazione globale dei vantaggi concessi ai lavoratori»⁵⁸.

È proprio questo il brano della sentenza cui la Commissione fa riferimento per sostenere che il principio di non discriminazione formulato dall'art. 119 si estende a tutti gli aspetti di un regime pensionistico professionale, compresi i fattori di calcolo attuariale⁵⁹. Inoltre, secondo la Commissione, non si deve tener conto delle summenzionate eccezioni della direttiva 86/378/CEE, poiché nelle sentenze Bilka e Barber la Corte avrebbe confermato che, per quanto attiene al lavoratore, l'art. 119 è direttamente applicabile alle modalità di un regime pensionistico professionale.

56 — Posso qui non prendere in considerazione la giurisprudenza formulata dalla Corte e dal Tribunale nelle cause del personale, relative alla presa in considerazione di diritti a pensione acquisiti altrove e, in particolare, del controvalore attuariale di questi diritti per il personale delle istituzioni comunitarie: v., fra l'altro, sentenza 6 ottobre 1983, cause riunite da 118 a 123/82, Celant e a./Commissione (Racc. 1983, pag. 2995); sentenza 9 novembre 1989, cause riunite 75/88, 146/88 e 147/88, Bonazzi-Bertottilli e a./Commissione (Racc. pag. 3599) e sentenza 14 febbraio 1990, causa C-137/88, Schneemann e a./Commissione (Racc. pag. I-369).

57 — V. punti 33 e 34 della sentenza Barber.

58 — Sentenza Barber, punto 35 della motivazione e punto 3 del dispositivo.

59 — Non mi pronuncerò qui sulla questione se occorra effettivamente attribuire a detto brano una portata così rilevante. Infatti, il brano citato si riferiva a vantaggi di diversa natura che, a seconda delle circostanze, erano consentiti ai lavoratori di sesso maschile o di sesso femminile. Si chiedeva al giudice di valutare globalmente tutti questi vantaggi, compito difficile da svolgere. Nella specie non si tratta tuttavia di diversi elementi della retribuzione, ma del sistema di calcolo attuariale di un solo elemento della retribuzione.

— l'art. 6, n. 1, lett. j), consente infine di stabilire norme diverse o norme applicabili soltanto ai lavoratori di un sesso determinato, nella misura prevista dai punti h) e i), per quanto attiene alla *garanzia o al mantenimento del diritto a prestazioni differite* qualora il lavoratore lasci il regime di cui trattasi.

La normativa comunitaria contiene pertanto cinque importanti restrizioni all'applicazione del principio della parità di trattamento, che riguardano fattori di calcolo attuariale, di cui quattro non sono limitate nel tempo⁵⁵. Esse si riferiscono tanto a contributi di lavoratori, o di datori di lavoro, quanto al versamento di prestazioni o al rimborso di contributi.

30. Quanto al rapporto fra gli elementi di calcolo attuariale e il principio della parità di trattamento non vi è ancora una

55 — Tali eccezioni sono state criticate da vari autori che, fra l'altro, esprimono dubbi circa la compatibilità di tali eccezioni con l'art. 119 del Trattato: v. D. Curtin, «Occupational pension schemes and Article 119: beyond the fringe?», *C. M. L. Rev.*, 1987, (215), pagg. 225-229; E. Ellis, *European Community Sex Equality Law*, Oxford, Clarendon Press, 1991, pagg. 56-57; A. Laurent, «Les CE éliminent des discriminations fondées sur le sexe dans les régimes professionnels de sécurité sociale», *Revue internationale du Travail*, 1986, (753), pagg. 759-761; S. Prechal e N. Burrows, *Gender discrimination law of the European Community*, Aldershot, Dartmouth, 1990, pagg. 280-282.

31. *L'applicabilità del principio del divieto di discriminazione.* Mi devo quindi occupare direttamente della questione della norma di diritto comunitario che si applica alla problematica ora in esame, vale a dire l'art. 119 del Trattato, oppure la direttiva 86/378/CEE. È sempre stato difficile delimitare la sfera d'applicazione della prima disposizione e quella delle direttive del Consiglio che mirano ad applicare il principio della parità di trattamento. In sostanza, la giurisprudenza della Corte considera che, se una lite può essere risolta già in base all'interpretazione dell'art. 119, solo questo articolo è pertinente sul piano del diritto comunitario⁶⁰. In altre parole, le direttive di applicazione del principio della parità di trattamento si applicano soltanto se *completano* o *estendono* l'efficacia dell'art. 119⁶¹; esse non possono però in alcun modo modificare o limitare il contenuto della portata di detto articolo⁶². Il fatto che, quanto alla presa in considerazione di elementi di calcolo attuariale diversi a seconda del sesso, la direttiva 86/387/CEE comporti deroghe al principio della parità di trattamento (v. sopra, paragrafo 29), non può costituire quindi un motivo per ritenere che dette deroghe siano applicabili anche, per analogia, al principio della parità di trattamento stabilito dall'art. 119. Le deroghe alla portata dell'art. 119 devono discendere da questo stesso articolo.

60 — Un'illustrazione chiara di questo principio si trova nella sentenza *Macarthys*: benché il giudice a quo avesse deferito alla Corte soprattutto questioni relative alla portata della direttiva 75/117/CEE, la Corte ha considerato che tutta la lite poteva essere risolta in base all'interpretazione dell'art. 119; v. punto 17 di detta sentenza.

61 — Va così segnalato che la direttiva 86/378/CEE possiede una sfera d'applicazione *ratione personae* più ampia dell'art. 119 in quanto, a norma del suo art. 3, si applica anche ai lavoratori indipendenti. La sfera d'applicazione *ratione materiae* della direttiva riguarda, fra l'altro, tutti i regimi professionali che garantiscono una protezione contro i rischi di malattia, invalidità, vecchiaia, incidente di lavoro e malattia professionale, nonché disoccupazione [art. 4, lett. a)].

62 — V., quanto alla direttiva 75/111/CEE, sentenza *Jenkins*, punto 22 della motivazione, e sentenza 3 dicembre 1987, causa 192/85, *Newstead* (Racc. pag.4753, punto 20 della motivazione). Ciò è stato espressamente confermato dalla Corte nella sentenza *Barber*, al punto 11 della motivazione.

32. Quanto a quest'ultimo punto, vale a dire la portata che va conferita al divieto di discriminazione sancito dall'art. 119, a partire dalla sentenza *Defrenne II* la Corte adotta una giurisprudenza costante, confermata anche dalla sentenza *Barber*:

«(...) si deve fare una distinzione, nell'ambito dell'applicazione complessiva dell'art. 119, fra le discriminazioni dirette e palesi, che si possono accertare con l'ausilio dei soli criteri di identità di lavoro e parità di retribuzione indicati da detto articolo, da un lato, e, dall'altro, le discriminazioni indirette e dissimulate, che possono essere messe in luce solo valutandosi di disposizioni d'attuazione più precise, di carattere comunitario o nazionale»⁶³.

Pertanto, l'efficacia diretta dell'art. 119 vale solo per le forme di discriminazione che, già in quanto tali, possono essere accertate *dal giudice nazionale*⁶⁴ in base a criteri «*di identità del lavoro*» e «*di parità di retribuzione*» menzionati da detto articolo.⁶⁵ Nella sentenza *Defrenne II* la Corte ha precisato

63 — Sentenza *Defrenne II*, punto 18 della motivazione.

64 — Il riferimento alle discriminazioni che possono essere accertate «giudizialmente» appare per la prima volta nella sentenza *Macarthys*, al punto 10 della motivazione; v. anche sentenza *Worringham*, punto 23 della motivazione, e sentenza *Jenkins*, punto 17 della motivazione. Al punto 38 della sentenza *Barber* la Corte parla di «giudice nazionale».

65 — Sentenza *Macarthys*, punto 10 della motivazione; sentenza *Worringham*, punto 23 della motivazione; sentenza *Jenkins*, punto 17 della motivazione; sentenza *Barber*, punto 37 della motivazione.

che ciò avviene per le discriminazioni che possono essere individuate dal giudice in base ad un *esame meramente giuridico*, in particolare per quelle che traggono origine da disposizioni di natura legislativa o dai contratti collettivi di lavoro⁶⁶, o per le discriminazioni nei casi nei quali il giudice può *procurarsi tutti gli elementi di fatto* per accertare se vi sia discriminazione in materia di retribuzione, segnatamente nel caso di retribuzioni diverse per i lavoratori di sesso maschile e quelli di sesso femminile per uno stesso lavoro, svolto in una stessa azienda o ufficio (pubblico o privato)⁶⁷.

Benché, secondo la Corte, la completa realizzazione degli obiettivi economici e sociali contemplati dall'art. 119⁶⁸ richieda inoltre che siano abolite tutte le altre discriminazioni basate sul sesso, essa considera che sono necessarie disposizioni di diritto comunitario o nazionali più dettagliate:

«non si può infatti negare che la realizzazione integrale dello scopo perseguito dall'art. 119, mediante l'eliminazione di qualsiasi discriminazione fra lavoratori di sesso femminile e i lavoratori di sesso maschile, tanto diretta quanto indiretta, nell'ambito non solo delle singole aziende, ma anche di interi settori industriali o persino dell'economia nel suo complesso, può richiedere in determinati casi l'adozione di criteri da

determinarsi con opportuni provvedimenti comunitari o nazionali»⁶⁹.

33. Applicata alla problematica degli elementi di calcolo attuariale, detta giurisprudenza comporta le seguenti conseguenze. In alcuni casi, come nella causa Moroni (v. sopra, paragrafo 7), la disparità di trattamento a seguito dell'uso di elementi attuariali diversi per quanto attiene alle prestazioni (in particolare, per quanto riguarda il diritto relativo alla pensione anticipata) discende da un regime *legale*. In altri casi, come nelle cause Neath (v. sopra, paragrafo 8) e Coloroll (v. sopra, paragrafo 9), vi sono differenze basate su elementi di calcolo attuariale nell'ambito di trasferimenti di diritti o di prestazioni in capitale a seguito delle condizioni *contrattuali* dei regimi pensionistici professionali di cui trattasi, e ciò anche per quanto attiene ai regimi pensionistici cui sono iscritti soltanto lavoratori di sesso maschile (v. sopra, causa Coloroll, paragrafo 9).

Tuttavia, in tutti questi casi il giudice nazionale può accertare l'esistenza di una disparità di trattamento basandosi su un esame meramente giuridico: infatti, gli elementi di calcolo attuariale figurano in una disposizione legislativa o rientrano nell'ambito delle condizioni di un regime pensionistico professionale (contenuto nell'atto costitutivo del trust, negli statuti o nelle condizioni generali) e manifestamente non si basano su nient'altro

69 — Sentenza Defrenne II, punto 19 della motivazione. Nelle conclusioni nella causa Burton (Racc. 1982, pag. 582, punto 2.6), riferendosi alla sentenza Jenkins, l'avvocato generale VerLoren van Themaat ha sostenuto, in modo convincente, che la questione della portata dell'efficacia diretta dall'art. 119 dipende essenzialmente dal se la disparità di trattamento possa essere accertata basandosi su un esame meramente giuridico delle circostanze del caso di specie, e non dipende tanto dal se sussistano discriminazioni «dirette» o «indirette», «palesi» o «dissimulate».

66 — Sentenza Defrenne II, punto 21 della motivazione.

67 — Sentenza Defrenne II, punti 22 e 23 della motivazione, sentenza Macarthy, punto 10 della motivazione, sentenza Worringham, punto 23 della motivazione; sentenza Jenkins, punto 17 della motivazione.

68 — Per questi obiettivi, v. sentenza Defrenne II, punti 8-12 della motivazione.

che sulla differenza fra uomini e donne⁷⁰. Inoltre, la discriminazione può essere accertata dal giudice in base ai criteri d'identità di lavoro e della parità di retribuzione stabiliti dall'art. 119: se la prestazione pensionistica, la prestazione in capitale o il trasferimento di diritti al quale un lavoratore di sesso maschile (o di sesso femminile) può aver diritto è inferiore a quelli cui ha diritto un lavoratore di sesso femminile (o di sesso maschile), secondo il principio adottato dalla giurisprudenza della Corte di giustizia vi è disparità di retribuzione dei lavoratori di un sesso rispetto a quelli dell'altro⁷¹. Di conseguenza, si deve concludere che il fatto di prendere in considerazione elementi di calcolo attuariale diversi a seconda del sesso, *almeno qualora questi elementi* portino a contributi o a prestazioni diversi per i lavoratori di sesso maschile e di sesso femminile (v. sopra, paragrafo 34), costituisce una disparità di trattamento basata sul sesso la quale, *in linea di principio*, è vietata dall'art. 119⁷².

34. *Possibili motivi di giustificazione*. Tuttavia, sorge la questione se si possa individuare un motivo oggettivo di detta disparità di trattamento che possa giustificarla in base al diritto comunitario. Da diversi lati si sostiene che tale motivo di giustificazione potrebbe essere costituito dalle differenze oggettivamente definibili di aspettativa di vita media fra gli uomini e le donne.

Prima di esaminare questo punto, vorrei richiamare l'attenzione sulla riserva formu-

lata alla fine del paragrafo precedente. Al pari dei governi britannico e olandese, ritengo che l'uso di elementi di calcolo attuariale collegati al sesso al fine della valutazione degli impegni finanziari di un regime pensionistico non sia di per sé vietato dall'art. 119. In altri termini, l'art. 119 non interferisce con il sistema di finanziamento di un regime pensionistico professionale, purché questo non comporti una disparità di retribuzione dei lavoratori di un sesso rispetto a quelli dell'altro. Diversamente dal governo del Regno Unito — il cui punto di vista in materia, è, del resto, diverso da quello del governo olandese — ritengo però che, se l'uso di questo tipo di fattori attuariali porta a differenze quanto ai *contributi dei lavoratori e/o a differenze nelle prestazioni*⁷³ — sotto forma di trasferimento di diritti, di prestazione in capitale o di pensione ridotta nell'ambito di un pensionamento anticipato — l'art. 119 si applichi integralmente (v. sopra, paragrafo 33).

35. Giungo quindi alla questione se differenze di aspettativa di vita media fra gli uomini e le donne possano *giustificare* l'uso di fattori attuariali basati sul sesso ai fini del calcolo dei contributi dei lavoratori e delle prestazioni di cui essi fruiscono nei regimi pensionistici professionali. È vero che, in quanto gruppo, a quanto risulta, le donne vivono più a lungo degli uomini. È tuttavia del pari assodato che, considerati individualmente, tutti gli uomini e tutte le donne non rispondono alle caratteristiche medie del gruppo del loro sesso. Molte donne vivono

70 — V., a questo proposito, quanto alla discriminazione basata sul sesso relativa alle condizioni d'accesso al fondo pensioni, oggetto della causa Barber, in particolare il requisito dell'età, figurante nel regime pensionistico di Guardian, le mie conclusioni in detta causa (Racc. 1990, pagg. I-1934-1935, paragrafo 47).

71 — V. sentenza Barber, punto 38 della motivazione.

72 — Per esempi di altre discriminazioni, più indirette, nei regimi pensionistici aziendali, v. D. Curtin, *art. cit.*, *C. M. L. Rev.*, 1987, pag. 216.

73 — Qualora il regime pensionistico sia finanziato anche con contributi dei datori di lavoro e/o con contributi pubblici, secondo me per il calcolo di detti contributi si può tener conto di fattori attuariali collegati al sesso se le differenze che ne conseguono non portano in alcun caso a differenze quanto all'onere dei contributi dei lavoratori di sesso maschile e di sesso femminile, e se neanche le prestazioni erogate agli uomini o alle donne grazie a detti contributi presentano natura discriminatoria.

infatti meno a lungo della vita media di un uomo, e molti uomini vivono più a lungo della vita media di una donna. La questione fondamentale che si pone riguarda quindi il punto se vi sia discriminazione ai sensi dell'art. 119 qualora i lavoratori di sesso maschile e di sesso femminile non siano considerati come individui, ma in quanto *gruppo* e ne consegua una disparità di trattamento per i lavoratori di sesso maschile o di sesso femminile *considerati individualmente*.

A mio avviso, occorre risolvere questa questione affermativamente: benché — diversamente dalla corrispondente disposizione americana, vale a dire il Civil Right Act del 1964, la quale si orienta espressamente verso la parità di trattamento dell'*individuo*, a prescindere dal gruppo delle persone di uno stesso sesso di cui esso fa parte⁷⁴ — l'art. 119 imponga l'applicazione del principio della parità di trattamento in termini generali per «i lavoratori di sesso maschile e quelli di sesso femminile», questo principio mira del pari a considerare il lavoratore in quanto *individuo* per quanto attiene al suo diritto ad una stessa retribuzione per uno stesso lavoro e non soltanto in quanto membro di uno dei gruppi di persone dello stesso sesso⁷⁵. Infatti, come la Corte ha confermato nella sentenza Murphy, l'art. 119 si basa sul principio che osta a che a, causa del sesso, una retribuzione inferiore sia versata ai lavoratori di un sesso determinato che svolgono un lavoro di valore uguale a quello svolto dai

lavoratori dell'altro sesso⁷⁶. Il solo fatto che, in genere, le donne in media vivano più a lungo degli uomini non può quindi costituire una ragione sufficiente per giungere ad una differenza di trattamento per quanto attiene ai contributi e alle prestazioni in materia di pensioni professionali.

36. Posso esprimere quanto precede anche in un altro modo. Una disparità di trattamento fra uomini e donne può esser giustificata e quindi non costituire una discriminazione illecita qualora la differenza di trattamento si basi su differenze oggettive che sono rilevanti, vale a dire che si riferiscono effettivamente all'oggetto del regime che comporta una disparità di trattamento. Al riguardo, potrei, ad esempio, immaginare che fattori che esercitano un'influenza diretta sull'aspettativa di vita di un determinato individuo, quali i rischi collegati all'esercizio di una determinata professione, i comportamenti in materia di tabagismo, di alimentazione e di consumo di bevande, ecc., dovrebbero essere presi in considerazione, se ciò fosse possibile dal punto di vista tecnico, per giustificare differenze individuali in materia di contributi e/o di prestazioni. Tuttavia, ciò non vale per le differenze di aspettativa quanto alla vita media fra gli uomini e le donne. Tali differenze non sono collegate all'aspettativa di vita di un determinato individuo e non sono quindi rilevanti per il calcolo dei contributi e/o delle prestazioni che possono essere stabiliti per detto individuo.

37. Secondo me, non costituisce un'obiezione convincente il fatto che, come osserva

74 — Il Civil Rights Act vieta fra l'altro «to discriminate against any individual with respect to his compensation, terms, conditions, or privileges of employment, because of such individual's (...) sex» (di effettuare discriminazioni nei confronti di ogni individuo relative alla sua retribuzione, alle condizioni, alla situazione o ai vantaggi collegati al lavoro, a causa del sesso di detta persona): 42 USC § 2000e(a)(1).

75 — V., nello stesso senso, D. Curtin, «Scalping the Community legislator: occupational pensions and "Barber"» C. M. L. Rev., 1990, (475), pag. 495.

76 — Sentenza 4 febbraio 1988, causa 157/86 (Racc. pag. 673, punto 9 della motivazione); v. anche le conclusioni dell'avvocato generale Lenz nella stessa causa (Racc. pag. 684, punto 12 della motivazione).

il governo danese, da quanto precede risulti che è necessaria una redistribuzione fra i due sessi, di modo tale che un sesso «sovvenzionati» di fatto le prestazioni pensionistiche versate all'altro sesso. Per negare la validità di tale obiezione, mi riferirò alla sentenza *City of Los Angeles, Department of Water and Power v Manhart*, della Corte suprema americana, nella quale questa Corte ha respinto un argomento analogo come segue:

«(...) quando i rischi assicurativi sono raggruppati, i migliori rischi sovvenzionano sempre i rischi peggiori. Le persone in buona salute sovvenzionano le prestazioni mediche per le persone con una salute peggiore; i lavoratori celibi sovvenzionano le pensioni dei lavoratori coniugati; le persone che mangiano, bevono e fumano in maniera eccessiva possono sovvenzionare le prestazioni pensionistiche per le persone con abitudini più sobrie. Il fatto di trattare diverse categorie di rischi come se questi fossero gli stessi ai fini di un'assicurazione di gruppo costituisce una prassi comune che non è stata mai considerata intrinsecamente ingiusta. Il fatto di assicurare le persone con salute fragile e le persone in buona salute come se esse costituissero rischi equivalenti può essere più frequente del fatto di trattare uomini e donne in modo diverso; tuttavia, solo l'abitudine, e nient'altro, fa apparire una di dette "sovvenzioni" meno giusta dell'altra» 77.

Il governo danese esprime quindi il timore che i lavoratori che si rendono conto del fatto che i loro contributi sono in parte a favore dei lavoratori dell'altro sesso non

vogliono iscriversi a detti sistemi; neanche tale timore mi sembra fondato, almeno se si ammette che il divieto stabilito dall'art. 119 si estende a *tutti* i regimi pensionistici professionali, indipendentemente dalla forma giuridica da essi adottata (v. anche sopra, paragrafi 62 e 63).

38. Per giustificare l'uso di elementi di calcolo attuariale diversi a seconda del sesso ai fini della determinazione dei contributi dei lavoratori o delle prestazioni pensionistiche, alcune parti fanno riferimento alla necessità di salvaguardare l'*equilibrio finanziario* dei regimi pensionistici professionali. È soprattutto il governo del Regno Unito che tenta di convincere la Corte di tale necessità. Il suo argomento è il seguente: il fatto che le donne vivano in media più a lungo degli uomini costituisce un elemento essenziale per la valutazione del passivo finanziario di detto sistema, poiché si ritiene che esse fruiscono della loro pensione per un periodo più lungo dei loro colleghi di sesso maschile. Ne consegue necessariamente, per un regime, costi diversi a seconda che si tratti di uomini o di donne, il che dovrebbe immancabilmente comportare conseguenze quanto al livello dei contributi. Peraltro, il fatto di imporre un metodo neutro per quanto attiene al sesso per il calcolo del finanziamento richiesto per il regime di cui trattasi sarebbe in contrasto con la realtà e impedirebbe agli attuari di formulare un parere serio relativo agli impegni di un regime pensionistico nonché al livello adeguato dei contributi futuri.

39. Benché non possa escludere a priori, alla luce della recente giurisprudenza della Corte, che la necessità di un equilibrio finanziario possa, in alcuni casi, giustificare un tratta-

77 — 435 US 677, in particolare pag. 710; 55 L. Ed 2d 657, pag. 666.

mento discriminatorio⁷⁸, detti argomenti non mi convincono. Difficilmente posso ammettere che sia necessario, dal punto di vista tecnico, tener conto di fattori attuariali diversi a seconda del sesso (in particolare, delle differenze quanto all'aspettativa di vita fra uomini e donne) per determinare i contributi e le prestazioni da applicare, poiché nessun regime pensionistico *pubblico* sembra effettuare tale distinzione⁷⁹, e in quanto non lo fanno neanche alcuni regimi pensionistici professionali, in particolare nei paesi nei quali è vietato l'uso di tale distinzione⁸⁰. Posso certo comprendere che per un regime pensionistico è importante, ai fini della valutazione degli impegni attuali e futuri, farsi un'idea esatta dell'aspettativa di vita degli iscritti a detto regime. Tuttavia, tale osservazione riguarda soltanto i metodi *interni* di

gestione attuariale che sono usati dagli attuari per verificare i mezzi che sono necessari onde, tenendo conto della durata di vita dei beneficiari delle pensioni, salvaguardare l'equilibrio finanziario fra contributi e prestazioni. Nulla impedisce agli attuari di tener conto, ai fini della definizione di questo equilibrio, di fattori attuariali diversi a seconda del sesso (v. sopra, paragrafo 34). Ciò che tuttavia l'art. 119 esige è che la fissazione dell'ammontare dei contributi e delle prestazioni che sono richiesti o versate ai lavoratori beneficiari delle pensioni — per quanto attiene quindi ai rapporti *esterni* del regime con i suoi iscritti — si effettui, per gli uomini e per le donne, in base agli stessi criteri.

Anche se ritengo pertanto che la necessità della salvaguardia dell'equilibrio finanziario dei regimi pensionistici professionali non costituisca un motivo di giustificazione di un trattamento discriminatorio fra gli uomini e le donne nella materia dei contributi e delle prestazioni, tale necessità mi sembra per contro costituire una ragione per una concezione ampia della limitazione nel tempo dell'interpretazione proposta, la quale sarà esaminata qui di seguito e che, secondo me, è giustificata. Questa questione costituirà oggetto dei paragrafi seguenti.

78 — V., in particolare, sentenza Equal Opportunities, vertente sull'interpretazione di una deroga al principio della parità di trattamento fra uomini e donne, contemplata dall'art. 7, n. 1, lett. a), della direttiva n. 79/77/CEE: sentenza 7 luglio 1992, causa C-9/91 (Racc. pag. I-4297, in particolare punti 15-18 della motivazione). Questa giurisprudenza è stata ancora recentemente confermata e precisata dalla Corte: v. sentenza 30 marzo 1993, causa C-328/91, Thomas (Racc. pag. I-1247, in particolare punti 9-12 della motivazione). Anche nella recente sentenza Poucet, dedicata essenzialmente alla questione se un organismo incaricato della gestione di un regime speciale di previdenza sociale debba essere considerato impresa ai sensi degli artt. 85 e 86 del Trattato CEE, la Corte ha sottolineato la necessità dell'equilibrio finanziario di siffatto regime: sentenza 17 febbraio 1993, cause riunite C-159/91 e C-160/91 (Racc. pag. I-637, in particolare, punto 13 della motivazione). Si può anche menzionare la sentenza Celant, nella quale la Corte, quanto alla presa in considerazione dei periodi di assicurazione maturati quando era in vigore un regime nazionale pensionistico nell'ambito del regime pensionistico comunitario, ha del pari sottolineato la necessità di «una sana gestione finanziaria» di detto regime: sentenza Celant, citata alla nota 56, punto 27 della motivazione.

79 — V. A. Laurent, loc. cit., pag. 760.

80 — Penso in particolare agli Stati Uniti, ove è pacifico che l'uso di fattori attuariali diversi a seconda del sesso ai fini del calcolo dei *contributi* per i regimi pensionistici è in contrasto con il Civil Rights Act 1964 a partire dalla sentenza della Corte suprema americana nella causa Los Angeles Department of Water and Power v. Manhart, 435 U. S. 702, 55 L. Ed. 2d 657, 98 S. Ct. 1370 (1978). Nel 1983 la Corte suprema ha considerato che anche l'uso di siffatti fattori per le *prestazioni* nell'ambito di simili sistemi era in contrasto con il principio di non discriminazione: Arizona Governing Committee for Tax Deferred Annuity and Deferred Compensation Plans v. Norris, 463 U. S. 1073, 77 L. Ed. 2d 1236, 103 S. Ct. 3492 (1983); v. anche Florida v. Long, 487 U. S. 223, 101 L. Ed. 2d 206, 108 S. Ct. 2354 (1988).

40. Limitazione dell'efficacia nel tempo dell'interpretazione qui suggerita.

Se la Corte intende accogliere il punto di vista adottato nella specie, occorrerebbe

limitare l'efficacia nel tempo di tale interpretazione e indicare in modo quanto più preciso possibile le modalità di questa limitazione.

Questa è anche la portata della questione n. 4, lett. c), sollevata dalla High Court nella causa Coloroll, con la quale la High Court chiede in quale misura (e in particolare per quali periodi) si possa esigere dai trustees di un regime pensionistico la modifica e il nuovo calcolo degli elementi determinati su una base attuariale per fatti precedenti il 17 maggio 1990.

In pratica tutte le parti che sono intervenute dinanzi alla Corte si sono pronunciate per quanto attiene all'efficacia nel tempo di una pronuncia con la quale, per ipotesi, la Corte dichiara l'art. 119 applicabile all'uso di elementi di calcolo attuariale diversi a seconda del sesso. Posso riassumere le loro posizioni come segue.

41. I governi tedesco e del Regno Unito sostengono che vanno applicati gli stessi principi relativi all'efficacia nel tempo della stessa sentenza Barber. Il governo del Regno Unito ne deduce che le prestazioni devono essere modificate o ricalcolate soltanto per la parte in cui esse corrispondono a periodi di lavoro successivi al 17 maggio 1990.

Il governo olandese non suggerisce una data, ma sostiene che dovrebbero continuare a sussistere le differenze attualmente vigenti in materia di prestazioni periodiche a vita in caso di pensione anticipata o in materia di conversione in un capitale unico di una parte della pensione, purché esse siano state costituite durante i periodi di lavoro precedenti una data che la Corte dovrà precisare o, almeno, prima del 17 maggio 1990.

Il punto di vista adottato dalla Commissione è meno univoco. Nella causa Neath essa ha suggerito, basandosi manifestamente sul principio secondo cui il problema dei fattori attuariali non era considerato dalla sentenza Barber, che, qualora la Corte accolga l'interpretazione sopra proposta, essa limiti l'efficacia nel tempo della sua pronuncia nella causa ora in esame. Per contro, nelle osservazioni presentate nella causa Coloroll, la Commissione sostiene che la tesi adottata nella sentenza Barber per quanto concerne l'efficacia nel tempo della stessa sentenza deve applicarsi anche per quanto concerne le azioni che contestano una discriminazione che sembrava consentita dalla direttiva 89/378/CEE. Qualora la Corte adottasse una posizione diversa, la Commissione suggerisce che essa inviti le parti a presentare osservazioni scritte relative alla più adeguata limitazione nel tempo della sua pronuncia.

42. Al pari dei suddetti intervenienti, ritengo che debbano applicarsi i *principi* stabiliti dalla Corte nella causa Barber quanto all'efficacia nel tempo, come ho sopra precisato (v. paragrafi 17-20). Ciò significa che mi sembra necessario, anche per quanto attiene alla problematica degli elementi dei calcoli attuariali, tenuto conto delle esigenze tassative di certezza del diritto e data la buona fede degli operatori economici e degli Stati membri, limitare l'efficacia nel tempo dell'interpretazione qui suggerita. Infatti, tanto gli operatori economici quanto gli Stati membri potevano far affidamento sulla liceità nel diritto comunitario delle differenze in materia di calcoli attuariali usati da regimi pensionistici professionali, tenuto conto, in particolare, delle deroghe significative previste al riguardo dalla direttiva 86/378/CEE (v. sopra, paragrafo 29) quanto all'applicazione del principio della parità di trattamento sancito dalla stessa direttiva. Basandosi su questi

elementi, gli amministratori dei regimi pensionistici hanno fissato i contributi chiesti ai lavoratori di sesso maschile e di sesso femminile e le prestazioni che venivano loro versate, per quanto attiene ai periodi situati nel passato, prendendo in considerazione dette differenze attuariali. Se si apportasse un cambiamento a tale situazione quanto al passato, si potrebbe seriamente compromettere l'equilibrio finanziario dei sistemi.

Più specificamente, quanto alla *data* da fissare della limitazione nel tempo, contrariamente al governo del Regno Unito, e, sembra, contrariamente a quanto osservato dalla Commissione nella causa Coloroll, ritengo che la Corte non possa prendere come punto di riferimento la sentenza Barber, ma la data della *sentenza nelle presenti cause*. Infatti, la decisione adottata nella sentenza Barber si riferiva ad un'altra problematica, vale a dire la questione se l'art. 119 consentisse l'esistenza di un'età diversa a seconda del sesso per il diritto ad una pensione professionale. Soltanto nelle presenti cause, e in particolare nelle cause Neath e Coloroll, si chiede alla Corte di pronunciarsi sulla problematica relativa agli elementi di calcolo attuariale usati nell'ambito di dette pensioni.

43. Le precedenti considerazioni mi portano alla seguente conclusione. Tenuto conto, in particolare, delle deroghe contemplate dalla direttiva 86/378/CEE, le categorie interessate potevano ragionevolmente supporre che l'uso di fattori attuariali diversi a seconda del sesso, in particolare per la fissazione dei contributi chiesti ai lavoratori e delle prestazioni che venivano loro versate, potesse essere autorizzato in base all'art. 119. Onde evitare che possano essere messi in discussione regimi pensionistici costituiti in passato, in particolare in base a detti fattori, con tutte le notevoli ripercussioni finanziarie che possono derivarne, occorre quindi che la Corte

limiti l'efficacia della sua interpretazione ai diritti a pensione corrispondenti a periodi di lavoro *svolti dopo la data della sua sentenza* nelle cause Neath e Coloroll ora esaminate. L'unica eccezione che ritengo auspicabile in materia riguarda la situazione delle persone — lavoratori o i loro aventi diritto — le quali, già prima della data della sentenza della Corte, abbiano intentato un'azione o presentato un reclamo equivalente ai sensi del diritto nazionale da applicare.

Se il versamento di una pensione per vedovo sia contemplato dall'art. 119 del Trattato

44. Nella causa Ten Oever il kantonrechter di Utrecht chiede alla Corte se le prestazioni integrative del regime legale versate a superstiti prossimi — nella fattispecie, il versamento di una pensione per vedovo — debbano essere considerate una retribuzione o un vantaggio ai sensi dell'art. 119.

Il signor Ten Oever, il governo del Regno Unito e la Commissione ritengono che tale questione debba essere risolta affermativamente. La Stichting, il governo tedesco e quello olandese sono invece a favore di una soluzione negativa.

45. Prima di pronunciarmi al riguardo, è necessario descrivere le caratteristiche precise della pensione per vedovo di cui trattasi. Secondo il regolamento pensionistico della Stichting, si tratta di una pensione che viene versata all'uomo con il quale l'iscritta al regime pensionistico di sesso femminile o l'ex iscritta di sesso femminile era coniugata

al momento del suo decesso, purché il matrimonio sia avvenuto prima del sessantacinquesimo anno di età della donna di cui trattasi ⁸¹.

Inoltre, dalle osservazioni del governo olandese e della Stichting emerge che nella fattispecie si tratta di un regime pensionistico di una cassa pensioni di categoria, reso obbligatorio nei Paesi Bassi per tutto il settore lavorativo riguardante il lavaggio dei vetri e le pulizie in base alla Wet betreffende verplichte deelneming in een bedrijfspensioenfonds (legge olandese sull'iscrizione obbligatoria ad una cassa pensioni professionale) ⁸². Perché siffatta partecipazione ad una cassa pensionistica sia resa obbligatoria — il che avviene con decreto ministeriale — la precitata legge prescrive che le organizzazioni considerate rappresentative dei datori di lavoro e dei lavoratori di un settore professionale che ha istituito una cassa pensioni presentino una domanda al riguardo ⁸³. Il governo olandese precisa che il contenuto del regime pensionistico è determinato da negoziati collettivi fra le organizzazioni di lavoratori e quelle di datori di lavoro; il finanziamento del regime è in genere assicurato mediante un contributo medio versato, come avviene anche nel caso di specie (v. sopra, paragrafo 6), tanto dai datori di lavoro quanto dai lavoratori. Infine, le modifiche della decisione che dichiara il regime obbligatorio, degli statuti e del regolamento della cassa pensionistica professionale, richiedono la previa approvazione del ministro competente.

46. Ci si chiede se siffatta pensione per vedovo costituisca una forma di retribuzione ai sensi dell'art. 119 del Trattato. Secondo il governo olandese, se ne può dubitare o, almeno, ciò non è evidente: da un lato, la sentenza Barber — che non riguardava però prestazioni a favore dei superstiti — sembra indicare che i regimi pensionistici professionali sono effettivamente contemplati dall'art. 119; d'altro lato, le prestazioni a favore dei prossimi superstiti avrebbero comunque una posizione specifica nel diritto comunitario derivato. Il governo olandese rinvia, in materia, all'art. 3, n. 2, della direttiva 79/7/CEE, che esclude espressamente le prestazioni dei superstiti dalla parità di trattamento nel regime legale della previdenza sociale, nonché all'art. 9, lett. b), della direttiva 86/378/CEE, che consente agli Stati membri di differire l'applicazione del principio della parità di trattamento per quanto riguarda «le pensioni di superstiti finché una direttiva imponga il principio della parità di trattamento nei regimi legali di sicurezza sociale in materia». Secondo il governo olandese, questa speciale situazione delle prestazioni del coniuge superstite è stata confermata anche dalla proposta di direttiva che completa l'applicazione del principio della parità di trattamento fra uomini e donne nei regimi legali e professionali di previdenza sociale, presentata dalla Commissione al Consiglio il 27 ottobre 1987 ⁸⁴. L'art. 4 di detta proposta realizza il principio della parità di trattamento per le prestazioni di coniuge superstiti ⁸⁵.

81 — Ai sensi dell'art. 2, n. 1, lett. c), del regolamento pensionistico della Stichting, in vigore a partire dal 1° gennaio 1989.

82 — Legge 17 marzo 1949, *Staatsblad* J 121.

83 — Art. 3, n. 1, della legge sull'iscrizione obbligatoria a una cassa pensione professionale.

84 — GU 1987, C 309, pag. 10. Il quinto 'considerando' di detta proposta rinvia espressamente all'art. 9, lett. b), della direttiva 86/378/CEE.

85 — Va osservato che l'art. 4 fa parte del titolo I della proposta di direttiva, riguardante le «prestazioni di superstiti» e, in questo titolo, è accompagnato da disposizioni che mirano a realizzare il principio della parità di trattamento nel settore delle prestazioni per orfano (art. 5) e delle prestazioni per altri superstiti (art. 6).

Il governo olandese trova infine nella sentenza *Newstead* della Corte una conferma della situazione specifica nel diritto comunitario delle prestazioni per il coniuge superstite. Secondo la *Stichting*, in quest'ultima sentenza la Corte si è basata sul principio secondo il quale una pensione per vedova non costituisce un elemento della retribuzione ai sensi dell'art. 119.

47. Esaminerò anzitutto l'argomento che le parti summenzionate ritengono individuare nella sentenza *Newstead*. Questa causa riguardava la compatibilità col diritto comunitario di un regime pensionistico professionale britannico (ancora una volta del tipo di deroga convenzionale), che imponeva unicamente ai funzionari di sesso maschile l'obbligo di versare l'1,5% del loro salario lordo ad un fondo pensionistico per vedove. Benché il salario lordo dei funzionari di sesso maschile e di sesso femminile fosse lo stesso, i contributi di cui trattasi comportavano un salario netto inferiore per gli uomini. Tuttavia, un funzionario celibe, quale il signor *Newstead*, otteneva, al momento di lasciare le sue funzioni o in caso di decesso, il rimborso dei suoi contributi, unitamente ad un interesse ponderato.

La Corte ha ritenuto che l'art. 119, interpretato in combinato disposto con la direttiva 75/117/CEE, non si opponesse a siffatto regime⁸⁶. La Corte ha aggiunto, fra l'altro, che la disparità controversa del salario netto risultava in effetti dal prelievo di un contributo ad un regime pensionistico professionale. Dato che questo regime si sostituiva al regime legale, la Corte ne ha concluso che detti contributi, «esattamente come i contributi ad un regime previdenziale obbligatorio, devono considerarsi rientranti nel campo di applicazione dell'art. 118, non già dell'art. 119»⁸⁷.

86 — Sentenza *Newstead*, citata nella nota 62, punto 21 della motivazione.

87 — Sentenza *Newstead*, punto 15 della motivazione.

In secondo luogo, interrogata sulla compatibilità del regime di cui trattasi con la direttiva del Consiglio 76/207/CEE⁸⁸, la Corte ha considerato, riferendosi agli artt. 3, n. 2, della direttiva 79/7/CEE, e 9, lett. b), della direttiva 86/378/CEE, di cui sopra (v. paragrafo 46), che alle pensioni di superstiti non si applica alcuna delle direttive adottate dal Consiglio per garantire la progressiva attuazione dei principi della parità di trattamento in materia di previdenza sociale⁸⁹. La Corte ne ha concluso che non sussisteva neanche una violazione della direttiva 76/207/CEE: secondo la Corte, il caso esaminato dal giudice nazionale rientrava nell'ambito della deroga all'applicazione del principio della parità di trattamento di cui all'art. 1, n. 2, della direttiva 76/207/CEE⁹⁰.

48. Ci guarderemo dal trarre conseguenze troppo radicali da detta sentenza. Infatti, la Corte doveva occuparsi anzitutto della questione se una differenza di salario netto fra gli uomini e le donne, a seguito dell'iscrizione obbligatoria dei primi ad un fondo pensionistico per vedove, costituisce una discriminazione in contrasto con l'art. 119; la questione se la stessa pensione per vedove debba essere considerata una retribuzione ai sensi di detto articolo non era sollevata di per sé. Tuttavia, ritengo che costituisca un elemento determinante il fatto che nella sentenza *Barber* la Corte abbia espressamente modificato la concezione che aveva adottato nella sentenza *Newstead*, secondo la quale il regime pensionistico complementare in

88 — Direttiva del Consiglio 9 febbraio 1976, 76/207/CEE, relativa all'applicazione del principio della parità di trattamento fra gli uomini e le donne per quanto concerne l'accesso al lavoro, alla formazione e alla promozione professionale e le condizioni di lavoro, GU 1987, L 39, pag. 40.

89 — Sentenza *Newstead*, punti 25-27 della motivazione.

90 — Sentenza *Newstead*, punto 28 della motivazione. L'art. 1, n. 2, di questa direttiva rinvia, per garantire la progressiva attuazione del principio della parità di trattamento in materia di previdenza sociale, a disposizioni adottate dal Consiglio, su proposta della Commissione, che ne preciseranno in particolare il contenuto, la portata e le modalità di applicazione.

questione non rientrava nell'ambito di applicazione dell'art. 119, ma in quello dell'art. 118. Infatti, nella sentenza Barber la Corte ha considerato che «le pensioni versate da un regime professionale privato di deroga convenzionale rientrano nella sfera d'applicazione dell'art. 119 del Trattato»⁹¹.

49. Nella sentenza Barber la Corte è arrivata a questa conclusione basandosi su un'analisi del sistema pensionistico professionale di deroga convenzionale di cui trattavasi in detta causa, la quale modifica i criteri adottati nelle sentenze Defrenne I e Bilka (v. sopra, paragrafo 3), e che applicherò qui di seguito anche alla pensione per vedovo oggetto della causa Ten Oever. Occorre tuttavia osservare anzitutto quanto segue: dalla natura stessa di una pensione per vedovo, quale quella oggetto nel caso di specie, discende che tale pensione non è accordata al lavoratore, ma al suo coniuge superstite. Tuttavia, malgrado i termini della definizione di «retribuzione» ai sensi dell'art. 119, fornita dalla Corte (v. sopra, paragrafo 3), vale a dire i vantaggi pagati «dal datore di lavoro *al lavoratore* in ragione dell'impiego di quest'ultimo», questo fatto non mi sembra costituire un'obiezione convincente contro l'applicabilità dell'art. 119 a detta pensione per vedovo. Per contro, è essenziale che, ai sensi del regolamento pensionistico della Stichting, l'*iscrizione* alla cassa dia diritto alla pensione per vedovo⁹²: in altri termini, come il governo del Regno Unito giustamente osserva, questa pensione viene acquisita nell'ambito di un rapporto di lavoro fra il lavoratore e il datore di lavoro ed è quindi versata al coniuge superstite *in ragione dell'impiego* della sua coniuge

deceduta, vale a dire, secondo i termini del regolamento pensionistico, l'«iscritto di sesso femminile o l'ex iscritto di sesso femminile».

50. Resta la questione se un regime pensionistico quale quello di cui trattasi non presenti piuttosto, come sostengono il governo olandese e la Stichting, le caratteristiche di una pensione di vecchiaia, come nella sentenza Defrenne I, e, per questo motivo, non rientri nella sfera d'applicazione dell'art. 119. Se applichiamo alla pensione per vedovo, oggetto della causa Ten Oever, i criteri formulati nelle sentenze Defrenne I, Bilka e Barber (v. sopra, paragrafo 3), dobbiamo risolvere negativamente tale questione. Infatti, in primo luogo, è evidente che, benché sia stato reso obbligatorio dalla legge, tale regime pensionistico costituisce il risultato di una *concertazione collettiva* nell'ambito del settore professionale di cui trattasi e di per sé non è stabilito direttamente dalla legge. La pubblica amministrazione si limita a dichiarare obbligatorio a tutto il settore professionale il regime di cui trattasi, su domanda delle organizzazioni dei datori di lavoro e dei sindacati considerati rappresentativi i quali, inizialmente, hanno stabilito direttamente il contenuto del regime pensionistico, tramite negoziati collettivi. Il regime di cui trattasi risulta pertanto «da una concertazione fra le parti sociali»⁹³.

Inoltre, è pacifico come il regime pensionistico di cui trattasi sia finanziato esclusivamente dai datori di lavoro e dai lavoratori *senza alcuna partecipazione della pubblica amministrazione*⁹⁴.

91 — Sentenza Barber, punto 30 della motivazione e punto 2 del dispositivo.

92 — Art. 2, n. 1, prima frase, del regolamento pensionistico nella sua versione in vigore a partire dal 1° gennaio 1989.

93 — Sentenza Barber, punto 25 della motivazione.

94 — La stessa situazione si presentava nella sentenza Barber: v. punto 25 di questa sentenza.

Infine, il regime di cui è causa non è obbligatoriamente applicabile a categorie generali di lavoratori, ma solamente ai *lavoratori di talune imprese*, vale a dire i lavoratori del settore del lavaggio di vetri e delle pulizie. Ai sensi della sentenza Barber occorre pertanto ammettere che l'iscrizione a tale regime risulta necessariamente dal rapporto di lavoro con un determinato datore di lavoro e che il regime in questione, anche se è stato riconosciuto e reso obbligatorio dalla pubblica amministrazione, è disciplinato da normative proprie ⁹⁵.

51. Dall'insieme di detti elementi risulta che una pensione per vedovo, come essa si configura nella causa Ten Oever, rientra nell'ambito d'applicazione dell'art. 119 del Trattato. Benché mi sembri che, in senso stretto, persino prima della sentenza Barber, in particolare a partire dalla sentenza Bilka, si potesse giungere a questa conclusione basandosi sulla giurisprudenza della Corte, al pari dei governi olandese, tedesco e del Regno Unito, ritengo che sia necessaria anche su questo punto una limitazione nel tempo dell'efficacia della pronuncia della Corte. Infatti, ancora una volta, data la deroga contemplata dall'art. 9, lett. b), della direttiva 86/378/CEE (v. sopra, paragrafo 46), gli Stati membri e i settori interessati potevano ritenere che fossero ancora leciti secondo il diritto comunitario discriminazioni nei regimi pensionistici professionali, relativi all'attribuzione di pensioni per vedovo.

Pertanto, ritengo, ancora una volta, che la Corte debba limitare nel tempo la sua pronuncia relativa all'applicabilità dell'art. 119 alle pensioni per vedovo, conformemente ai principi che ho già formulato per quanto concerne l'efficacia nel tempo della sentenza

Barber ⁹⁶. Quanto alla data di riferimento, non ritengo che la data della sentenza Barber sia la data adeguata, ma che sia adeguata piuttosto quella della sentenza che dovrà essere pronunciata nella causa Ten Oever, poiché soltanto in quest'ultima causa si è chiesto alla Corte di pronunciarsi su detta problematica.

In concreto, il punto di vista formulato nel caso di specie significa che, diversamente dalla tesi sostenuta, fra l'altro, dal governo del Regno Unito, il signor Ten Oever possiede comunque un diritto alla pensione per vedovo da lui richiesta, in quanto nella sua qualità di avente diritto egli ha preso in tempo utile l'iniziativa di salvaguardare i suoi diritti, vale a dire mediante un'azione presentata l'8 ottobre 1990 dinanzi al kantonrechter di Utrecht.

La possibilità per il coniuge del lavoratore deceduto di invocare l'art. 119

52. La causa Coloroll (nella prima questione), e in parte anche la causa Ten Oever, sollevano la questione se, oltre allo stesso lavoratore, persone da lui dipendenti, in particolare la sua vedova o il suo vedovo, possano invocare l'efficacia diretta dell'art. 119 del Trattato CEE per quanto concerne diritti a prestazioni in base ad un regime pensionistico.

⁹⁶ — Del resto, la Commissione propone un criterio analogo nella summenzionata proposta di direttiva 27 ottobre 1987, il cui art. 13, n. 2, dispone che, per quanto concerne l'applicazione del principio della parità di trattamento alle prestazioni del coniuge superstite, la direttiva non può essere invocata per domande presentate prima della data della sua applicazione.

⁹⁵ — Sentenza Barber, punto 26 della motivazione.

Cinque convenuti nella causa Coloroll (signori Russell, Parker, Sharp, signore Fuller e Broughton), il governo del Regno Unito e quello olandese e la Commissione risolvono affermativamente tale questione. Il governo olandese sostiene invece che l'art. 119 riguarda esclusivamente il rapporto fra il datore di lavoro e il lavoratore. I superstiti di quest'ultimo, essendo estranei a tale rapporto, non potrebbero invocare detta disposizione autonomamente. Tuttavia, il governo olandese aggiunge immediatamente che l'importanza pratica di questo aspetto della sfera di applicazione *ratione personae* dell'art. 119 non è grandissimo, in quanto, di regola, i superstiti potranno invocare l'art. 119 in qualità di eredi qualora, quanto meno in base al diritto successorio nazionale, possano essere aventi causa per quanto concerne i diritti eventuali del lavoratore deceduto nei confronti del suo *ex datore di lavoro*.

53. Non posso aderire a quest'ultima tesi. Sopra (v. paragrafo 51) ho già rilevato che una pensione per vedovo come quella oggetto della causa Ten Oever rientra nell'ambito di applicazione dell'art. 119 del Trattato CEE. Per quanto attiene a siffatto regime pensionistico, ma anche ad altre pensioni professionali, la questione relativa alla possibilità per il coniuge superstite del lavoratore di invocare l'art. 119 in concreto si pone, nella maggior parte dei casi, solo quando lo stesso lavoratore è deceduto e il coniuge superstite chiede le prestazioni al regime pensionistico cui il lavoratore era iscritto. Qualora detto coniuge in tale situazione non potesse far valere giuridicamente l'art. 119, il principio della parità di retribuzione sarebbe privo di qualsiasi effetto utile.

Del resto, la Corte ha già ammesso un orientamento simile in occasione dell'applicazione della direttiva 79/7/CEE, in particolare nella sentenza Verholen. Questa causa sollevava fra l'altro la questione se il *coniuge* di una lavoratrice che rientra nella sfera d'applicazione di detta direttiva (ma la quale non è essa stessa parte in causa) possa invocare le disposizioni della stessa direttiva qualora subisca gli effetti di una disposizione nazionale discriminatoria. La Corte ha ammesso espressamente che

«il diritto di invocare le disposizioni della direttiva 79/7 non è limitato ai singoli che rientrano nella sfera d'applicazione *ratione personae* della direttiva, in quanto non si può escludere che altre persone possano avere un interesse diretto all'osservanza del principio di non discriminazione per le persone tutelate»⁹⁷.

La Corte, benché ammetta che spetta al diritto nazionale determinare la qualità e l'interesse di un singolo per agire in giustizia, ha ricordato la sua giurisprudenza costante, secondo la quale il diritto comunitario prescrive che la normativa nazionale non pregiudichi il diritto ad una tutela giurisdizionale effettiva, e secondo cui l'applicazione della normativa nazionale non può portare a rendere praticamente impossibile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico comunitario⁹⁸. In concreto, la Corte ha risolto la questione sollevata nel senso che un singolo può invocare dinanzi a un giudice nazionale la direttiva 79/7/CEE qualora subisca gli effetti di una disposizione nazionale discriminatoria relativa al suo coniuge, che non è parte in causa, purché però il

97 — Sentenza 11 luglio 1991, cause riunite C-87/90, C-88/90 e C-89/90 (Racc. pag. I-3757, punto 23 della motivazione).

98 — Sentenza Verholen, punto 24 della motivazione.

suo stesso coniuge rientri nella sfera d'applicazione della direttiva ⁹⁹.

54. Anche il coniuge superstite può pertanto invocare l'efficacia diretta dell'art. 119 per quanto concerne i diritti a prestazioni che il lavoratore deceduto possedeva in base ad un regime pensionistico professionale, benché si applichino naturalmente, anche in questa materia, le limitazioni nel tempo da me esposte per quanto attiene alla sentenza Barber e alla problematica degli elementi di calcolo attuariale.

La possibilità di invocare l'art. 119 contro i trustees di un regime pensionistico professionale

55. In altri termini si pone la questione deferita alla Corte nella causa Coloroll (prima questione). Essa consiste nello stabilire se, quanto ai diritti a prestazioni in materia di pensioni, il lavoratore o i suoi aventi diritto possano invocare l'efficacia diretta dell'art. 119 anche *contro* una persona diversa dal datore di lavoro, in particolare i trustees di un regime pensionistico professionale. Esaminerò anzitutto la questione stessa di principio, relativa alla possibilità di invocare in tali casi l'efficacia diretta di detto articolo, prima di esaminare gli altri problemi considerati nelle questioni della High Court.

La maggior parte dei convenuti nella causa Coloroll — esclusa la signora Broughton e il Coloroll Group —, il governo del Regno Unito e la Commissione ritengono che l'art. 119 possa essere invocato anche contro i

trustees di un regime pensionistico. Non posso che sottoscrivere i loro argomenti: l'interesse pratico e l'efficacia utile dell'art. 119 sarebbero notevolmente ristretti e la tutela giuridica necessaria ai fini di questo articolo sarebbe notevolmente ostacolata se un lavoratore o i suoi aventi diritto potessero invocare tale disposizione soltanto nei confronti del *datore di lavoro*. Ciò vale in particolare per paesi come il Regno Unito, nei quali è ampiamente diffuso il ricorso ai trustees per regimi pensionistici professionali.

56. Del resto, questo punto di vista è corroborato tanto dalla formulazione dell'art. 119 quanto dalla giurisprudenza della Corte. Quanto al *testo* dell'art. 119, la Commissione osserva giustamente che per «retribuzioni» si devono intendere tutti i vantaggi versati *direttamente o indirettamente* dal datore di lavoro al lavoratore in ragione dell'impiego di quest'ultimo. Anche in base a questo elemento nella sentenza Barber la Corte ha considerato che il fatto che le pensioni professionali di deroga convenzionale non siano versate al lavoratore dallo stesso datore di lavoro, ma dai trustees di un regime pensionistico, non è rilevante per l'applicazione dell'art. 119:

«Questa interpretazione dell'art. 119 non è inficiata dalla circostanza che il regime professionale privato di cui è causa sia costituito sotto forma di trust e gestito da trustees che godono di una formale autonomia nei confronti del datore di lavoro, giacché dall'art. 119 sono considerati parimenti i vantaggi pagati dal datore di lavoro in modo indiretto» ¹⁰⁰.

⁹⁹ — Sentenza Verholen, punto 26 della motivazione e punto 3 del dispositivo.

¹⁰⁰ — Sentenza Barber, punto 29 della motivazione.

Inoltre, in una sua *giurisprudenza* costante a partire dalla sentenza Defrenne II, la Corte ha confermato il carattere imperativo ed applicabile *erga omnes* del divieto di discriminazione sancito dall'art. 119:

«A proposito di quest'ultima disposizione si deve ricordare che, avendo esso natura imperativa, il divieto di discriminazione tra lavoratori di sesso maschile e lavoratori di sesso femminile non solo riguarda le pubbliche autorità, ma vale del pari per tutte le convenzioni, che disciplinano in modo collettivo il lavoro subordinato come pure per i *contratti fra singoli*»¹⁰¹.

Da detta giurisprudenza risulta che la Corte non limita l'efficacia diretta dell'art. 119 a situazioni verticali (pubblici poteri-singolo) e alle clausole stipulate collettivamente o individualmente tra il datore di lavoro e il lavoratore, ma la estende a *tutti i contratti fra singoli*. È certo che questi ultimi comprendono gli accordi stipulati per contratto dal datore di lavoro con persone, compresi gli amministratori, indipendentemente dal modo con cui questi siano designati per gestire i diritti a pensione derivanti per un lavoratore dal suo rapporto di lavoro con detto datore di lavoro.

57. Secondo me, non si può invocare, come fa invece in particolare la signora Broughton, contro detta efficacia dell'art. 119 nei confronti dei trustees di un regime pensionistico

professionale, il fatto che i trustees potrebbero essere obbligati ad agire contrariamente alle disposizioni dell'atto costitutivo del trust e non potrebbero eventualmente applicare quest'ultimo. Il carattere fondamentale del principio della parità della retribuzione fra gli uomini e le donne, sancito dall'art. 119, che costituisce un'applicazione del divieto delle discriminazioni basate sul sesso e quindi un diritto fondamentale¹⁰², fa sì che qualsiasi disposizione contrastante con detto principio, contenuta in una misura legislativa o amministrativa nazionale, oppure in un contratto o in un atto (costitutivo del trust) di diritto privato, dev'essere disapplicato alla luce di detto principio. Una diversa concezione consentirebbe di eludere troppo facilmente il principio della parità di trattamento, ricorrendo a terzi estranei al rapporto di lavoro.

Contrariamente a quanto sostiene il governo olandese, ritengo che questo punto di vista non sia confutato neanche dall'art. 6, n. 2, della direttiva 86/378/CEE. Questa disposizione impone agli organi di gestione di un regime pensionistico professionale complementare o di deroga convenzionale di tener conto del principio della parità di trattamento, quando l'attribuzione delle prestazioni rientra nel loro potere discrezionale. Posso soltanto considerare questa disposizione la conferma della volontà del legislatore comunitario di dare al principio della parità di trattamento un'efficacia quanto più effettiva possibile, non certo un argomento *a*

101 — Sentenza 27 giugno 1990, causa C-33/89, Kowalska (Racc. pag. I-2591, punto 12 della motivazione) con riferimento alla sentenza Defrenne II, punto 39 della motivazione; quanto ai contratti collettivi di lavoro, v. anche sentenza 7 febbraio 1991, causa C-184/89, Nimz (Racc. pag. I-297, punto 17 della motivazione).

102 — V. sentenza 15 giugno 1978, causa 149/77, Defrenne III (Racc. pag. 1365, punto 27 della motivazione); sentenza 20 marzo 1984, cause riunite 75/82 e 117/82, Razzouk e Beydoun/Commissione (Racc. pag. 1509, punto 16 della motivazione). Proprio la natura fondamentale del principio della parità di trattamento nell'ordinamento giuridico comunitario ha indotto più volte la Corte a fornire un'interpretazione restrittiva delle deroghe a detto principio autorizzate dal giudice comunitario. V. sentenze 26 febbraio 1986, causa 151/84, Roberts (Racc. pag. 703, punto 35 della motivazione); causa 152/84, Marshall (Racc. pag. 723, punto 54 della motivazione), e causa 262/84, Beets-Propert (Racc. 1986, pag. 773, punto 38 della motivazione).

contrario da cui risulterebbe che, quanto alle discriminazioni in materia di retribuzione direttamente prese in considerazione dall'art. 119, il lavoratore o il suo avente diritto o i suoi aventi diritto non potrebbero invocare quest'ultima disposizione anche nei confronti dei trustees. Del resto, la predetta direttiva non può derogare all'efficacia dell'art. 119 (v. sopra, paragrafo 31).

58. Per motivi di chiarezza, vorrei esaminare inoltre un altro punto sollevato dal governo olandese. Detto governo si riferisce infatti ai problemi ai quali un'estensione dell'efficacia diretta orizzontale dell'art. 119 potrebbe dar luogo qualora un lavoratore sia stato iscritto di volta in volta — nella maggior parte dei casi, ma non necessariamente a causa del cambiamento del datore di lavoro — a vari regimi pensionistici professionali. Tale questione è presa in considerazione anche dalla High Court nella sua questione 5 (2). In tali casi, succede molto spesso (v. sopra, paragrafo 8, la possibilità di scelta da parte del lavoratore, fra una pensione differita e un trasferimento di diritti, oggetto della causa Neath), che, in cambio del trasferimento, il più recente regime pensionistico abbia ripreso l'obbligo di versamento delle prestazioni del regime precedente. In tal caso, ci si chiede se l'ultimo regime pensionistico debba occuparsi dei diritti di un lavoratore basati su una disparità di trattamento alla quale egli era soggetto in un regime pensionistico precedente, quando aveva un altro datore di lavoro.

Al pari degli intervenienti che sono a favore della seconda interpretazione dell'efficacia nel tempo della sentenza Barber, ritengo che questo temuto «effetto domino» in pratica

sia del tutto neutralizzato dai limiti relativi all'efficacia nel tempo delle pronunce della Corte da me sopra proposti, e in particolare della stessa sentenza Barber (v. sopra, paragrafo 21), nonché della sentenza che sarà pronunciata nelle cause Neath e Coloroll, nelle quali si chiede alla Corte di statuire sugli elementi di calcolo attuariale (v. sopra, paragrafo 43). La questione della determinazione dei periodi di lavoro per i quali un lavoratore può validamente invocare il principio della parità di trattamento è quindi chiara per tutte le parti, di modo che, in linea di principio, non vi sarebbero neanche problemi quanto al trasferimento dei diritti da un regime pensionistico all'altro.

59. *L'efficacia dell'art. 119 per quanto concerne l'intervento dei trustees.* Qualora l'art. 119 possa essere invocato anche contro i trustees di un regime pensionistico, nella causa Coloroll la High Court solleva varie sottoquestioni relative a come debbano intervenire i trustees o il datore di lavoro per applicare il principio della parità di trattamento [questione 1, n. 2 i), ii) e iii)]¹⁰³. In sostanza, si tratta di due questioni, vale a dire, i) l'influenza del diritto comunitario sul come i trustees o il datore di lavoro debbano esercitare le loro competenze e ii) la forma finanziaria che deve assumere il principio della parità di trattamento, vale a dire la questione se questo principio debba essere applicato tramite un aumento delle prestazioni versate ai lavoratori del sesso svantaggiato, oppure se tale applicazione sia possibile anche mediante una riduzione delle prestazioni ai lavoratori del sesso avvantaggiato.

103 — Per la loro esatta formulazione, v. relazione d'udienza.

In relazione al primo punto, vale a dire quanto all'efficacia del diritto comunitario per quanto concerne *l'esercizio delle competenze dei trustees o dei datori di lavoro*, mi posso limitare a brevi osservazioni. È evidente che queste persone sono tenute a fare tutto quanto rientra nel loro potere per garantire che le prestazioni che devono essere versate ai lavoratori o ai loro aventi causa rispettino il principio della parità di trattamento, tenendo conto delle limitazioni dell'efficacia nel tempo di detto principio, da me sopra suggerite. A questo scopo, essi possono essere tenuti a cooperare, cooperazione che, secondo l'ordinanza di rinvio della High Court, nella maggior parte dei casi è richiesta per apportare modifiche nell'atto costitutivo del trust e nelle disposizioni del regime pensionistico. Naturalmente, a questo scopo, un'importante funzione di controllo è riservata al giudice nazionale, il quale deve garantire la piena efficacia del diritto comunitario e la tutela giuridica richiesta al riguardo¹⁰⁴; a questo scopo, il giudice nazionale deve dare alle disposizioni nazionali (legislative e, *a fortiori*, contrattuali o statutarie), in tutta la misura in cui un potere discrezionale gli è accordato dal suo diritto nazionale, un'interpretazione e un'applicazione conformi alle esigenze del diritto comunitario e, qualora tale interpretazione conforme non sia possibile, detto giudice deve, se necessario, disapplicare, in base alla sua propria autorità, qualsiasi disposizione contrastante, legislativa, contrattuale o statutaria¹⁰⁵.

60. Più delicata mi sembra la seconda questione, vale a dire il *risultato finanziario* da raggiungere per i lavoratori. Vari convenuti nella causa Coloroll (signori Russell, Parker, Sharp e signora Fuller) fanno giustamente riferimento al riguardo alla sentenza Defrenne II. In questa sentenza la Corte ha considerato, tenuto conto dello scopo di politica sociale che è alla base dell'art. 119 — consistente nel miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro della manodopera, prescritto dall'art. 117 — che ciò «toglie ogni valore all'obiezione secondo la quale detto articolo potrebbe essere osservato anche qualora non venissero aumentate le retribuzioni più modeste»¹⁰⁶. Tuttavia, questo «considerando» va interpretato nel suo contesto: la causa principale riguardava una domanda di risarcimento presentata dalla signora Defrenne contro il suo ex datore di lavoro, vale a dire la Sabena, a causa di discriminazioni in materia di retribuzioni che riguardavano un'attività svolta durante il decennio precedente. Va pertanto rilevato che detto «considerando» può riferirsi soltanto a discriminazioni verificatesi *nel passato*. La giurisprudenza più recente ha confermato il fatto che, quanto a tali discriminazioni e nell'attesa di una misura che le elimini, è necessario un *aumento* delle retribuzioni più basse: in particolare, a partire dalla sentenza Razzouk e Beydoun¹⁰⁷, la Corte ha affermato che il «solo sistema di riferimento valido» per un'immediata applicazione del principio della parità di trattamento, *fi tantoché* un regime non sia stato ancora adeguato a tale principio, dev'essere individuato nel regime

104 — Si tratta di una giurisprudenza costante della Corte: v., fra l'altro, sentenza 19 giugno 1990, causa C-213/89, Factorame I (Racc. pag. I-2433, punto 19 della motivazione), e sentenza 19 novembre 1991, cause riunite C-6/90 e C-9/90, Francovich e Bonifaci (Racc. pag. I-5357, punto 32 della motivazione).

105 — V. sentenza Murphy, citata alla nota 76, punto 11 della motivazione; sentenza Nimz, citata alla nota 101, punto 19 della motivazione; sentenza 9 marzo 1978, causa 106/77, Simmenthal (Racc. pag. 629, punto 21 della motivazione).

106 — Sentenza Defrenne II, punto 15 della motivazione.

107 — Sentenza Razzouk e Beydoun, citata alla nota 102, punto 19 della motivazione; v., per quanto concerne il criterio del «solo sistema di riferimento valido» utilizzato in detta sentenza, J. Mertens de Wilmars, «Le système communautaire de contrôle des sanctions dans le domaine de l'égalité de traitement entre hommes et femmes», in *Egalité de traitement entre les hommes et les femmes*, Revue du Travail, aprile-maggio-giugno 1990, (731), pag. 735.

pensionistico vigente. Ciò implica che, in un nuovo regime adeguato a detto principio, il sistema applicabile nel regime vigente ai membri del gruppo del sesso più avvantaggiato debba essere applicato anche ai membri del gruppo del sesso meno avvantaggiato¹⁰⁸. Quanto al passato, detto in modo più preciso, per le prestazioni pensionistiche che si riferiscono a periodi lavorativi svolti nel passato, il principio della parità di trattamento esige quindi che le prestazioni di cui fruisce il gruppo del sesso svantaggiato siano aumentate per raggiungere il livello di quelle di cui fruisce il gruppo del sesso avvantaggiato.

Tuttavia, ciò non vale per quanto concerne le prestazioni che si basano su un nuovo regime, adeguato al principio della parità di trattamento, che si riferisca ai periodi di lavoro che si svolgeranno in *futuro*. Al pari della Commissione, ritengo che il diritto comunitario non osti ad una riduzione di tali prestazioni, purché queste restino fissate a un livello uguale per i lavoratori di sesso maschile e per quelli di sesso femminile. L'adozione di un altro punto di vista comporterebbe un'immissione poco auspicabile del diritto comunitario in una materia che, allo stato attuale del diritto comunitario, rientra nella competenza degli Stati membri i quali, come più volte la Corte ha sottolineato, «dispongono di un margine di valutazione ragionevole per quel che riguarda la natura dei provvedimenti di protezione e le

modalità concrete della loro realizzazione»¹⁰⁹.

61. *Rapporto tra la responsabilità del regime pensionistico e quella del datore di lavoro.* Qualora l'art. 119 possa essere invocato tanto nei confronti del datore di lavoro quanto nei confronti dei trustees di un regime pensionistico, la High Court solleva varie dettagliate questioni relative al rapporto fra la responsabilità del regime pensionistico e quella del datore di lavoro (questione 1, n. 3), in particolare quando sono insufficienti i mezzi del regime pensionistico o del datore di lavoro (questione 1, n. 4).

Al pari della signora Broughton, del Coloroll Group, del governo del Regno Unito e della Commissione, ritengo che, allo stato attuale del diritto comunitario, tali questioni possano essere esaminate soltanto in sede nazionale. L'art. 119 del Trattato CEE impone un obbligo avente efficacia diretta in base al quale la stessa retribuzione dev'essere garantita, per lo stesso lavoro, ai lavoratori di sesso maschile e a quelli di sesso femminile. Né il Trattato, né qualsiasi altra normativa comunitaria disciplinano gli obblighi rispettivi del datore di lavoro e di terzi per quanto concerne l'applicazione di questo obbligo, in particolare in caso dell'insolubilità di un regime pensionistico professionale o del datore di lavoro. Il principio secondo il quale è compito del giudice nazionale conferire la piena efficacia al diritto comunitario e garantire la tutela giuridica richiesta a questo scopo si applica anche in detto caso (v. sopra, paragrafo 54). A questo proposito, è in ogni caso evidente che le disposizioni in materia di responsabilità che si applicano in caso di violazione dell'art. 119 non possono essere

108 — La Corte ha utilizzato tale criterio in particolare per garantire l'applicazione del principio della parità di trattamento sancito dall'art. 4, n. 1, della direttiva 79/7/CEE, fintantoché il legislatore nazionale non proceda alla (completa) attuazione di detta direttiva: v. sentenza 4 dicembre 1986, causa 71/85, FNV (Racc. pag. 3855, punto 22 della motivazione); sentenza 24 marzo 1987, causa 286/85, McDermott e Cotter (Racc. pag. 1453, punto 18 della motivazione); sentenza 24 giugno 1987, causa 384/85, Borrie Clarke (Racc. pag. 2865, punto 12 della motivazione); sentenza 13 dicembre 1989, causa C-102/88, Ruzius-Wilbrink (Racc. pag. 4311, punto 20 della motivazione); sentenza Kowalska, citata alla nota 101, punto 20 della motivazione; sentenza Nimz, citata nella stessa nota, punto 18 della motivazione; sentenza 11 luglio 1991, causa C-31/90, Johnson (Racc. pag. I-3723, punto 36 della motivazione).

109 — Sentenza 12 luglio 1984, causa 184/83, Hofmann (Racc. pag. 3047, punto 27 della motivazione); sentenza 7 maggio 1991, causa C-229/89, Commissione/Belgio (Racc. pag. I-2205, punto 22 della motivazione); sentenza 19 novembre 1992, causa C-226/91, Molenbroek (Racc. pag. I-5943, punto 15 della motivazione).

più sfavorevoli di quelle riguardanti ricorsi simili di diritto interno, né possono essere strutturate in modo tale da rendere praticamente impossibile o quanto meno estremamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico comunitario ¹¹⁰.

L'art. 119 e i vari sistemi di finanziamento dei regimi pensionistici professionali

62. Con la questione 5 (n. 1), la High Court intende inoltre far stabilire se, quanto ai regimi pensionistici che non sono esclusivamente finanziati con i contributi dei datori di lavoro, ma anche con i contributi complementari dei lavoratori, imposti o volontari, l'art. 119 si applichi soltanto alle prestazioni a carico del patrimonio della cassa provenienti dai contributi dei datori di lavoro, o anche alle prestazioni provenienti dai predefiniti contributi dei lavoratori.

La soluzione di tale questione riveste un'importanza fondamentale, anche se essa mi sembra evidente. In primo luogo, occorre tornare al citato brano (v. paragrafo 4) della sentenza Barber, nella quale la Corte ha affermato che le pensioni versate dai regimi di deroga convenzionale costituiscono *vantaggi* proposti dal datore di lavoro al lavoratore in ragione dell'impiego di quest'ultimo

e che, di conseguenza, esse rientrano nella sfera d'applicazione dell'art. 119 ¹¹¹. La Corte è giunta a questa conclusione basandosi su un esame del regime pensionistico in questione, nel corso del quale essa fra l'altro ha constatato che «il loro finanziamento è interamente a carico del datore di lavoro o contemporaneamente di quest'ultimo e dei lavoratori, senza che in nessun caso la pubblica amministrazione vi partecipi» ¹¹². Ne consegue che, quanto alla qualifica dei «vantaggi» di cui all'art. 119, la Corte non effettua alcuna distinzione fra le prestazioni di un regime pensionistico professionale a seconda del *sistema di finanziamento* di tale regime, indipendentemente dal fatto che questo si basi unicamente sui contributi dei datori di lavoro o si basi sui contributi dei datori di lavoro e su quelli dei lavoratori. Il fatto che non unicamente le prestazioni versate grazie ai contributi dei datori di lavoro rientrano nell'ambito dell'art. 119 poteva del resto già essere dedotto dalla sentenza Worringham, nella quale la Corte ha affermato che costituiva una retribuzione ai sensi dell'art. 119 un contributo di un lavoratore ad un regime pensionistico di deroga convenzionale (per il quale vi era l'obbligo di fornire contributi soltanto per i lavoratori di sesso maschile) che veniva versato dal datore di lavoro ad una cassa pensioni in nome dei dipendenti ¹¹³.

Siffatta distinzione fra i contributi dei datori di lavoro e i contributi dei lavoratori non sarebbe del resto effettiva nella pratica. Le due forme di contributi di regola non sono separate le une dalle altre nel patrimonio di un regime pensionistico e sono gestite unitariamente. Comunque, anche se una distinzione fosse possibile, ritengo che essa

110 — La Corte l'ha del resto espressamente confermato nelle cause relative alla parità di trattamento: v., quanto alla direttiva 79/7/CEE, la sentenza Verholen, citata alla nota 97, nonché la sentenza 25 luglio 1991, causa C-208/90, Emmott (Racc. pag. I-4269, punto 16 della motivazione). V., più in particolare, per quanto concerne il ricorso per risarcimento, la sentenza Francovich e Bonifaci, punto 43 della motivazione. Le tre sentenze rinviano su questo punto alla sentenza 9 novembre 1983, causa 199/82, San Giorgio (Racc. pag. 3595, in particolare punto 12 della motivazione).

111 — Sentenza Barber, punto 28 della motivazione; v. già l'ultima frase del punto 25 della motivazione: «Detti regimi rientrano pertanto tra i vantaggi che il datore di lavoro propone ai lavoratori».

112 — Sentenza Barber, punto 25 della motivazione.

113 — Sentenza Worringham, punto 17 della motivazione.

sarebbe del tutto arbitraria e inopportuna: in tal caso i regimi esclusivamente finanziati con contributi dei datori di lavoro dovrebbero applicare integralmente il principio della parità di trattamento, mentre ciò varrebbe solo parzialmente — vale a dire non per l'ammontare dei contributi dei lavoratori — per i regimi il cui finanziamento dipenda anche dai contributi dei lavoratori. Ciò porterebbe senza alcun dubbio all'elaborazione di numerosi sistemi volti ad eludere l'art. 119 e darebbe quindi luogo a nuove forme di discriminazioni.

63. Secondo me, in un'ampia misura gli stessi motivi portano a considerare che non si deve effettuare una distinzione, per quanto concerne l'applicazione dell'art. 119, a seconda che si tratti di *contributi di lavoratori obbligatori o volontari*. Non mi possono convincere del contrario gli argomenti di vari intervenienti, secondo i quali siffatti contributi facoltativi dei lavoratori sono gestiti in un fondo separato, e secondo i quali, nella maggior parte dei casi, le prestazioni corrispondenti non sono calcolate basandosi sui periodi lavorativi e sulla retribuzione degli iscritti, ma attraverso l'accertamento di una determinata somma corrispondente al valore dei contributi versati. Anche in questo caso, in genere si tratta di prestazioni versate in base ad un regime pensionistico di deroga convenzionale o complementare, e non si può negare che, ai sensi della sentenza Barber, tali prestazioni fanno anch'esse parte dei vantaggi che un datore di lavoro propone ad un lavoratore in ragione dell'impiego di quest'ultimo. In altri termini, l'art. 119 si applica a *tutte le prestazioni* versate ai lavoratori *in ragione del loro impiego*, nell'ambito di un regime pensionistico professionale.

Applicabilità dell'art. 119 ai regimi pensionistici cui sono iscritte soltanto persone di un unico sesso

64. Con la sesta ed ultima questione la High Court intende far stabilire se l'art. 119 si applichi anche ai regimi pensionistici cui sono sempre state iscritte soltanto persone di un unico sesso. Si tratta più in particolare della questione se una persona che è stata iscritta a siffatto regime abbia diritto alle prestazioni supplementari cui la stessa persona avrebbe avuto diritto in base all'art. 119 se detto regime pensionistico avesse avuto un iscritto o iscritti dell'altro sesso.

65. Dal punto di vista dell'art. 119 la soluzione di tale questione è agevole, in quanto i regimi pensionistici cui sono iscritti soltanto lavoratori di un unico sesso riguardano di regola, se non sempre, un'impresa o una parte di impresa nella quale lavorano soltanto lavoratori di un unico sesso. Nella sentenza Macarthy's la Corte ha espressamente respinto la tesi secondo cui un lavoratore di sesso femminile può invocare l'art. 119 per chiedere la retribuzione alla quale essa avrebbe potuto aver diritto se fosse stata un uomo, anche in mancanza, in quel momento o in passato, nell'impresa o nell'ufficio in questione, di un lavoratore di sesso maschile che svolgesse attualmente o che avesse svolto precedentemente un lavoro analogo (cosiddetto criterio del «lavoratore di sesso maschile ipotetico»). La Corte ha confermato che in base all'art. 119 i raffronti si limitano «ad analogie riscontrabili sul piano di

valutazioni concrete, relative a prestazioni lavorative svolte effettivamente, nell'ambito di uno stesso stabilimento o ufficio, da lavoratori di sesso diverso» ¹¹⁴.

In altri termini, qualora in un'impresa o in una parte di un'impresa lavorino soltanto lavoratori dello stesso sesso, questi lavoratori non possono invocare l'art. 119 per far sì che la loro retribuzione e i loro altri vantaggi siano equiparati alla retribuzione e agli altri vantaggi che sarebbero conferiti ad un ipotetico lavoratore dell'altro sesso. Infatti, non si può applicare in tal caso il criterio, fondamentale per l'applicazione dell'art. 119, del

lavoro identico, o quanto meno analogo, svolto dal lavoratore dell'altro sesso.

Naturalmente ciò non varrebbe qualora un datore di lavoro proponesse regimi pensionistici diversi ai suoi lavoratori, a seconda del loro sesso. In tal caso, a proposito del quale il governo del Regno Unito giustamente osserva che esso non rientra nell'ambito della questione sollevata dalla High Court, mi sembra che l'art. 119 richieda che si esamini se le prestazioni in materia di pensioni assegnate ai lavoratori di sesso maschile e a quelli di sesso femminile — in base ai loro regimi pensionistici diversi — siano conformi ai criteri di «parità di retribuzione» e di «identità del lavoro» ai sensi dell'art. 119.

Conclusioni

66. Alla luce delle precedenti considerazioni, suggerisco alla Corte di risolvere come segue le questioni formulate nelle presenti cause:

Nelle cause C-109/91, C-110/91, C-152/91 e C-200/91:

L'efficacia diretta dell'art. 119 del Trattato non può essere invocata per chiedere una pensione professionale acquisita per periodi lavorativi precedenti la data della sentenza 17 maggio 1990, causa C-262/88, Barber (Racc. pag. I-1889) salvo per i lavoratori o per i loro aventi causa che prima di detta data abbiano esperito un'azione o presentato un reclamo equivalente ai sensi del diritto nazionale vigente.

Nella causa C-109/91:

Una pensione per vedovo, quale quella oggetto della presente causa, va considerata una retribuzione ai sensi dell'art. 119, secondo comma, del Trattato CEE. Tuttavia,

114 — Sentenza Macarthy, punto 15 della motivazione.

l'art. 119 non può essere invocato al riguardo per chiedere detta pensione per vedovo qualora questa pensione corrisponda a periodi lavorativi precedenti la data della sentenza della Corte nella presente causa, salvo per i lavoratori o per i loro aventi causa che prima di detta data abbiano esperito un'azione o presentato un reclamo equivalente ai sensi del diritto nazionale vigente.

Nelle cause C-110/91 e C-200/91:

Il divieto che discende dall'art. 119 del Trattato CEE, vale a dire il divieto di fissare un'età diversa a seconda del sesso per l'attribuzione della pensione, nonché la limitazione nel tempo di questo principio, quale contemplata dalla sentenza 17 maggio 1990, causa C-262/88, Barber, si applicano non soltanto ai regimi pensionistici di deroga convenzionale, ma anche a tutte le altre forme di regimi pensionistici professionali.

Nelle cause C-152/91 e C-200/91:

L'art. 119 del Trattato vieta di considerare nell'ambito di un regime pensionistico professionale elementi di calcolo attuariale diversi a seconda del sesso, almeno nella misura in cui ne risultino ammontari diversi di contributi o di prestazioni per i lavoratori di sesso maschile e per quelli di sesso femminile. L'efficacia diretta dall'art. 119 del Trattato non può tuttavia essere invocata in materia per chiedere pensioni corrispondenti a periodi lavorativi precedenti la data della sentenza nelle presenti cause, salvo per i lavoratori o per i loro aventi causa che prima di detta data abbiano esperito un'azione o presentato un reclamo equivalente ai sensi del diritto nazionale vigente.

Nella causa C-200/91:

- 1) Anche il coniuge superstite può invocare l'efficacia diretta dell'art. 119 del Trattato CEE per quanto attiene a diritti a prestazioni che il lavoratore deceduto possedeva in base a un regime pensionistico professionale.

- 2) L'art. 119 del Trattato può essere invocato dal lavoratore o dai suoi aventi causa contro i trustees di un regime pensionistico professionale.
- 3) I trustees di un regime pensionistico professionale sono tenuti, a norma dell'art. 119 del Trattato CEE, a far tutto ciò che rientra in loro potere per garantire che le prestazioni versate ai lavoratori o ai loro aventi causa rispettino il principio della parità di trattamento sancito da detto articolo.
- 4) Fintantoché l'art. 119 del Trattato CEE non sia applicato correttamente, le prestazioni in materia di pensioni delle persone appartenenti al gruppo del sesso svantaggiato devono essere aumentate per raggiungere il livello di cui fruiscono le persone del gruppo del sesso avvantaggiato. Il diritto comunitario non osta tuttavia a che un nuovo regime, adeguato al principio della parità di trattamento, relativo a periodi lavorativi situati in futuro, diminuisca le prestazioni in materia pensionistica, purché tali prestazioni restino fissate ad un livello uguale per i lavoratori di sesso maschile e per quelli di sesso femminile.
- 5) Nello stato attuale del diritto comunitario, la questione relativa al rapporto fra la responsabilità di un regime pensionistico e quella del datore di lavoro, quanto alle violazioni dell'art. 119 del Trattato CEE, e in particolare quanto all'insufficienza dei mezzi finanziari di una di queste parti, può essere esaminata soltanto a livello nazionale. Il diritto comunitario richiede però che le norme nazionali in materia di responsabilità che si applicano ad una violazione dell'art. 119 non siano più sfavorevoli di quelle che valgono per azioni nazionali analoghe, e che esse non siano tali da rendere praticamente impossibile o quanto meno estremamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico comunitario.
- 6) Non è rilevante per l'applicazione dell'art. 119 del Trattato la questione se un regime pensionistico professionale sia finanziato esclusivamente coi contributi dei datori di lavoro o anche coi contributi dei lavoratori, obbligatori o volontari.
- 7) Quando, in un'impresa o in una parte di impresa, lavorano soltanto lavoratori di un unico sesso, iscritti ad un regime pensionistico professionale cui sono iscritte soltanto persone di questo sesso, tali lavoratori non possono invocare l'art. 119 del Trattato CEE allo scopo di adeguare la loro pensione a quella che sarebbe stata conferita ad un ipotetico lavoratore dell'altro sesso.