

Corte D'appello Milano, 26 luglio 2018, n. 1005 – Pres. Bianchini, Est. Bianchini – E. Z. (avv.ti Ganzarolli, Sangalli, Caput) c. INAR-CASSA (avv. Pandolfo)

Pensione superstiti – Previdenza per gli ingegneri e architetti – Coppia omosessuale stabilmente convivente – Diritto alla pensione di reversibilità prima della l. 76/2016 – Sussiste – Applicazione dell'art. 2 Cost. da parte del giudice comune – Ammessa.

Il diritto al trattamento pensionistico di reversibilità, costituzionalmente garantito e rientrante fra i diritti/doveri di assistenza e solidarietà propri delle relazioni affettive di coppia in cui rientra anche quella omosessuale stabile, va riconosciuto al partner superstite di una coppia omosessuale cui non sia stato consentito di istituzionalizzare la propria relazione, attraverso l'applicazione diretta dell'art. 2 Cost. anche da parte del giudice comune e senza la necessità di porre la questione al vaglio della Corte Costituzionale.

★ ★ ★

Silvia Borelli

La pensione di reversibilità per le coppie omosessuali.

*Par cete voie s'il vous plait, caro Trabucchi!**

Sommario: **1.** I fatti oggetto del giudizio e la decisione della Corte d'Appello. **2.** La qualificazione della pensione di reversibilità Inarcassa come retribuzione. **3.** Le similitudini fra unioni omosessuali e unioni fondate sul matrimonio. **4.** I rimedi in caso di discriminazione diretta. **5.** *Once upon a time*, la pensione di reversibilità.

1. I fatti oggetto del giudizio e la decisione della Corte d'Appello

La sentenza che qui si commenta riguarda la vicenda di una coppia omosessuale che aveva convissuto stabilmente e ininterrottamente dal 1976 e che, nel 2012, appena istituito il Registro amministrativo delle unioni civili di Milano, ivi si iscriveva¹. Un partner della coppia, che a partire dal 30 aprile 2015 aveva goduto della pensione di vecchiaia Inarcassa, decedeva il 14 giugno 2015. A seguito di tale decesso, il partner superstite chiedeva a Inarcassa la pensione di reversibilità, richiesta che veniva rigettata in quanto, ai sensi dell'art. 24 reg. Inarcassa, solo il coniuge sposato ha diritto a tale trattamento. La coppia in questione non aveva potuto né sposarsi, perché nel nostro ordinamento ciò è consentito solo a persone di sesso diverso, né unirsi in unione civile, in quanto la c.d. legge Cirinnà (l. 20 maggio 2016 n. 76) era entrata in vigore dopo il decesso di uno dei partner².

* Il titolo del contributo riprende e ribalta quello di un saggio in cui Trabucchi denuncia i fattori di erosione della famiglia, rapporto che “dev'essere tra uomo e donna, perché da noi non si concepirebbe parlare di famiglia per un'unione omosessuale”. Tra i fattori di erosione, l'autore annovera il principio di parità: “quante volte, l'invocazione di un criterio di non discriminazione porta a innaturali e irragionevoli pretese di parità là dove la natura e la vita imporrebbero differenze” (*Par par cete voie s'il vous plait!*, in *RDC*, 1981, p. 356). Si ringrazia Madia D'Onghia per il confronto durante la redazione della nota. La responsabilità di quanto scritto rimane a carico dell'autrice.

¹ Al Registro delle unioni civili possono iscriversi “due persone maggiorenni, di sesso diverso o dello stesso sesso, residenti e coabitanti nel comune di Milano” (art. 4 Regolamento approvato con deliberazione del Consiglio comunale di Milano n. 30 del 26 luglio 2012). Con l'iscrizione, i partner sono riconosciuti come “famiglia anagrafica” ai sensi dell'art. 4 d.P.R. 30 maggio 1989 n. 223.

² La l. 76/2016 è stata adottata a conclusione di un lungo e difficoltoso iter parlamentare, e dopo che la Corte costituzionale (14 aprile 2010 n. 138) sollecitava il legislatore a “individuare forme di garanzia e di riconoscimento” per le unioni omosessuali, e la Corte europea dei diritti

Il Tribunale di Milano, adito dal partner superstite, riteneva che l'unica legittimata a valutare la ragionevolezza dell'art. 24 reg. Inarcassa fosse la Corte costituzionale. Tuttavia, proseguiva il Tribunale meneghino, non era possibile sollevare la questione di legittimità costituzionale a causa della natura regolamentare della norma controversa.

Con la sentenza in commento, la Corte d'Appello di Milano ribalta la decisione del giudice di primo grado, e riconosce al partner superstite il diritto alla pensione di reversibilità, applicando direttamente l'art. 2 Cost. La decisione della Corte d'Appello si fonda su due considerazioni: da un lato, la riconducibilità delle unioni omosessuali alle formazioni sociali tutelate dall'art. 2 Cost; dall'altro, la qualificazione del diritto alla pensione di reversibilità come diritto inviolabile dell'uomo³. Se la prima osservazione non è oggi contestabile⁴, la seconda è tutt'ora dibattuta, in dottrina e in giurisprudenza⁵. "Audace" è poi il passaggio argomentativo in cui si fa diretta applicazione dell'art. 2 Cost.⁶

dell'uomo condannava il nostro paese a causa della mancanza di "uno specifico quadro giuridico che prevedesse il riconoscimento e la tutela" delle unioni omosessuali (21 luglio 2015, Oliari e a. c. Italia, § 185). Tale legge non estende l'istituto del matrimonio alle coppie omosessuali, ma individua un nuovo istituto, l'unione civile, mediante cui possono unirsi solo le coppie dello stesso sesso. L'unione civile costituisce, ad oggi, l'unico modo che hanno le coppie omosessuali per accedere al diritto alla pensione di reversibilità (art. 1, co. 20, l. 76/2016).

³ Sul riconoscimento al convivente *more uxorio* dei diritti inviolabili garantiti dall'art. 2 Cost. si v. le sentenze della Corte costituzionale 24 marzo 1988 n. 404 (sul diritto all'abitazione) e 5 luglio 2016 n. 213 (sul permesso mensile retribuito per l'assistenza del disabile grave).

⁴ La Corte costituzionale (138/2010) annovera le unioni omosessuali fra le formazioni sociali protette dall'art. 2 Cost., riconoscendo così "il diritto fondamentale di vivere liberamente una condizione di coppia, ottenendone – nei tempi, nei modi e nei limiti stabiliti dalla legge – il riconoscimento giuridico con i connessi diritti e doveri".

⁵ Sia la Corte costituzionale (23 ottobre 2010 n. 461 su cui v. CATAUDELLA, *Pensione di reversibilità e convivenza more uxorio*, in *GCost*, 2001, p. 1651) che la Cassazione (3 novembre 2016 n. 22318 su cui v. CARCHIO, *Il convivente more uxorio non ha diritto alla pensione ai superstiti*, in *LG*, 2017, p. 261; FERRARI, *Insussistenza di un «diritto fondamentale» alla reversibilità della pensione del convivente more uxorio*, in *FI*, 2017, I, 142, p. 300; MALZANI, *Famiglie e tutele ad assetto variabile. La pensione di reversibilità nelle convivenze more uxorio*, in *ADL*, 2017, I, p. 173; NUNIN, *Convivenza e reversibilità della pensione di inabilità: senza unione civile, nulla cambia*, in *FD*, 2017, p. 313) hanno negato la riconducibilità del diritto alla pensione di reversibilità ai diritti inviolabili garantiti dall'art. 2 Cost. Sul punto v. D'ONGHIA, *Diritti previdenziali e compatibilità economiche nella giurisprudenza costituzionale*, Cacucci, 2013, p. 27 ss.

⁶ Sul punto v. FALSONE, *Quali diritti per le coppie omosessuali prima della legge sulle unioni civili? Il caso della pensione di reversibilità*, in *RGL*, 2019, II, in corso di pubblicazione e CORDIANO, PERUZZI, *Unioni omoaffettive e riconoscimento della pensione di reversibilità prima della riforma Cirinnà*, in *RIDL*, 2018, II, p. 852.

Certamente, sarebbe percorribile la strada del rinvio alla Corte costituzionale, per decidere circa la ragionevolezza dell'art. 7, co. 1, lett. a), l. 3 gennaio 1981 n. 6, a cui il regolamento Inarcassa dà esecuzione (C. Cost. 183/2010). Nel commento che segue si vuole però mettere in luce come il riconoscimento del diritto alla pensione di reversibilità al partner dello stesso sesso possa essere argomentato seguendo un diverso percorso che, ancorandosi nelle solide fondamenta del diritto Ue antidiscriminatorio, pare offrire un approdo più sicuro.

2. *La qualificazione della pensione di reversibilità Inarcassa come retribuzione*

Come si legge al considerando n. 13, la dir. 2000/78 del 27 novembre 2000 si applica ai regimi di sicurezza sociale e di protezione sociale le cui prestazioni sono assimilate a una retribuzione ai fini dell'applicazione dall'art. 157 Tfue. Secondo l'interpretazione consolidata della Corte di giustizia, "la circostanza che talune prestazioni siano corrisposte dopo la cessazione del rapporto di lavoro non esclude che esse possano avere carattere di «retribuzione»" ai sensi dell'art. 157 Tfue (C. Giust. 1 aprile 2008, C-267/06, *Maruko*, § 44 e la giurisprudenza ivi citata)⁷. Per valutare se un regime pensionistico rientra o meno in tale nozione, i giudici di Lussemburgo si avvalgono del criterio dell'impiego, ed esaminano se la pensione è corrisposta in ragione di un precedente rapporto di lavoro (C. Giust. 1 aprile 2008, C-267/06, *Maruko*, § 46 e la giurisprudenza ivi citata; C. Giust. 24 novembre 2016, C-443/15, *Parris*, § 34). A tal fine, occorre esaminare "se la pensione interessa soltanto una categoria particolare di lavoratori, se è direttamente proporzionale agli anni di servizio prestati e se il suo importo è calcolato in base all'ultima retribuzione" (C. Giust. 1 aprile 2008, C-267/06, *Maruko*, § 48 e la giurisprudenza ivi citata; C. Giust. 24 novembre 2016, C-443/15, *Parris*, § 35). Il fatto che la pensione non sia corrisposta al lavoratore, ma al suo co-

⁷ Sul caso *Maruko v. CALAFÀ, Unione solidale registrata fra persone omosessuali e pensione superstiti: il caso Tadao Maruko dinanzi alla Corte di Giustizia CE*, in RGL, 2009, II, p. 248; VIZIOLI, *La Corte di giustizia si pronuncia sulla pensione di reversibilità nelle unioni di fatto tra partner dello stesso sesso*, in GI, 2009, 8/9, p. 1904; CARUSO, *Discriminazione fondata sull'«orientamento sessuale»: la Corte di giustizia riconosce la pensione di reversibilità al partner di un'unione solidale registrata*, in RDSS, 2008, 3, p. 832; IZZI, *La direttiva 2000/78 tutela le aspettative previdenziali del partner omosessuale di un lavoratore deceduto?*, in LG, 2008, 12, p. 1231.

niuge superstite, “non è tale da infirmare questa interpretazione, in quanto tale prestazione è un vantaggio che trae origine dall’iscrizione al regime del coniuge del superstite” (C. Giust. 1 aprile 2008, C-267/06, *Maruko*, § 45 e la giurisprudenza ivi citata; C. Giust. 24 novembre 2016, C-443/15, *Parris*, § 33).

Orbene, è indubitabile che la pensione di reversibilità Inarcassa riguardi solo una categoria particolare di lavoratori (gli architetti e gli ingegneri), che sia proporzionale agli anni di servizio e che il suo importo sia calcolato in base ai contributi versati, i quali dipendono dal reddito professionale⁸. La pensione di reversibilità Inarcassa rientra dunque all’interno della nozione di retribuzione ai sensi dell’art. 157 Tfu.

Su tale conclusione non incide il fatto che l’iscritto al regime Inarcassa sia (stato) un libero professionista. La dir. 2000/78 si applica infatti “alle condizioni di accesso all’occupazione e al lavoro, sia dipendente che autonomo” (art. 3, § 1, lett. a); v. analogamente art. 3, co. 1, lett. a), d. lgs. 9 luglio 2003 n. 216). Seppure ciò non viene ripetuto alla lett. c) (che riguarda le condizioni di lavoro, compresa la retribuzione), si deve ritenere che, anche per queste materie, i divieti di discriminazione di cui alla dir. 2000/78 si applichino sia al lavoro subordinato che al lavoro autonomo. Sarebbe infatti assurdo vietare la discriminazione al momento dell’accesso al lavoro autonomo e consentirla invece nello svolgimento del rapporto di lavoro. Peraltro, nelle numerose decisioni in cui la Corte di giustizia ha valutato se un trattamento pensionistico debba essere considerato “retribuzione”, non si è mai occupata della qualificazione del rapporto di lavoro che sta(va) alla base dell’iscrizione al regime previdenziale: ciò che conta è che una persona sia (stata) iscritta a un regime previdenziale professionale (*Maruko*, § 43 e ss.; *Parris*, § 30 e ss.). L’orientamento della Corte è del tutto condivisibile se si considera che il diritto a un trattamento previdenziale e l’importo dello stesso può essere basato su periodi contributivi svolti come lavoratore subordinato e/o lavoratore autonomo⁹.

⁸ In base all’art. 24 Reg. Inarcassa, sono reversibili le pensioni di vecchiaia, vecchiaia unificata, anzianità, inabilità, invalidità, la prestazione supplementare e la pensione contributiva. Il diritto alle prestazioni indicate viene maturato in ragione degli anni di iscrizione e contribuzione a Inarcassa, e il relativo importo dipende dall’ammontare dei contributi versati (artt. 17-23 reg. Inarcassa).

⁹ Il reg. Inarcassa richiama le previsioni relative al cumulo (art. 24 bis che rinvia all’art. 1, co. 239 ss., l. 24 dicembre 2012 n. 228), alla totalizzazione (art. 16.2, lett. a) che rinvia al d. lgs. 2

Altra questione da risolvere riguarda il fatto che la dir. 2000/78 (così come il d. lgs. 216/2003, art. 3, co. 2, lett. d) “lascia impregiudicate le legislazioni nazionali in materia di stato civile e le prestazioni che ne derivano” (considerando n. 22). Come però osservato dalla Corte di giustizia, gli Stati membri, nell’esercizio della loro competenza su tali materie, “devono rispettare il diritto comunitario, in particolare le disposizioni relative al principio di non discriminazione” (*Maruko*, § 59 e la giurisprudenza ivi richiamata; *Parris*, § 58; in materia di libera circolazione delle persone v. C. Giust. 5 giugno 2018, C-673/16, *Coman*, § 38). Tuttalpiù che i divieti di discriminazione di cui alla dir. 2000/78 sono espressione del principio di eguaglianza, annoverato tra i principi generali del diritto dell’Unione europea (C. Giust. 19 aprile 2016, C-441/14, *Dansk Industri*, § 35).

Le similitudini fra unioni omosessuali e unioni fondate sul matrimonio

Chiarita l’applicabilità del principio di non discriminazione basata sull’orientamento sessuale al caso di specie, si tratta ora di valutare se l’unione omosessuale è comparabile a quella fondata sul matrimonio. A tal fine, occorre in primo luogo notare che il partner omosessuale non può essere assimilato al convivente *more uxorio*¹⁰. Il primo, infatti, non può sposarsi a causa del suo orientamento sessuale, né poteva, fino alla data di entrata in vigore della l. 76/2016, unirsi civilmente. Per il partner omosessuale non può dunque escludersi la comparabilità con il coniuge “in ragione dei caratteri di stabilità, certezza, reciprocità e corresponsabilità dei diritti e doveri” che nascono soltanto dal vincolo matrimoniale (C. Cost. 11 marzo 2009 n. 86; 18 maggio 1989 n. 310; 23 ottobre 2000 n. 461; Cass. 22318/2016). Né può argomentarsi la mancata inclusione del partner omosessuale tra i soggetti beneficiari del trattamento pensionistico di reversibilità in ragione del fatto che tale “trattamento si collega geneticamente ad un preesistente rapporto giuridico che, nel caso considerato, manca” (C. Cost. 86/2009 e 461/2000; Cass.

febbraio 2006 n. 42) e alla ricongiunzione dei periodi assicurativi (art. 27 che rinvia alla l. 5 marzo 1990 n. 45).

¹⁰ La differenza tra convivenze *more uxorio* e unioni omosessuali è stata evidenziata anche dalla Corte di giustizia che ha rilevato come il fatto che l’art. 85 d.P.R. 30 giugno 1965 n. 1124 neghi la rendita Inail al convivente superstita non configura alcuna discriminazione fondata sull’orientamento sessuale (C. Giust. 17 marzo 2009 (ord.), C-217/08, *Mariano*, § 28).

22318/2016). Tali condizioni sono infatti, di per sé, discriminatorie, dato che le coppie dello stesso sesso non possono sposarsi né hanno potuto, fino all'entrata in vigore della legge Cirinnà, contrarre unione civile (C. Giust. 12 dicembre 2013, C-267/12, *Hay*, § 44)¹¹.

Nel caso che qui si discute non si può neppure sostenere che la convivenza “può venire a cessare unilateralmente e in qualsivoglia momento” (C. Cost. 13 novembre 1986 n. 237; C. Cost. 461/2000). I partner si erano infatti iscritti al Registro amministrativo delle unioni civili di Milano, ciò che garantiva una certa stabilità al loro rapporto.

Va osservato che, quando si è occupata dei diritti delle coppie omosessuali, la Corte di giustizia ha sempre rimesso al giudice *a quo* il compito di decidere se le persone dello stesso sesso si trovano “in una posizione analoga a quella dei coniugi per quanto concerne la prestazione ai superstiti controversa nella causa principale” (*Maruko*, § 69; C. Giust. 10 maggio 2011, C-147/08, *Römer*, § 52)¹². Invero, il sindacato sulla comparabilità deve essere svolto “non in maniera globale e astratta, bensì in modo specifico e concreto in riferimento alla prestazione di cui trattasi” (*Römer*, § 42; *Hay*, § 33). Il giudice *a quo* deve cioè tenere conto di tutte le circostanze del caso e valutare se l'unione di persone dello stesso sesso presenta le caratteristiche che giustificano il riconoscimento della pensione di reversibilità nel caso di unione fondata sul matrimonio.

Nel nostro ordinamento, la pensione di reversibilità viene riconosciuta ai familiari superstiti in ragione del “venir meno della fonte di reddito sulla quale fin a quel momento avevano potuto fare affidamento”¹³. Presupposto comune a tutte le categorie dei superstiti per l'ammissione al diritto alla pensione di reversibilità è la vivenza a carico del pensionato al momento della morte, requisito che si presume *juris et de jure* per il coniuge e i figli minori di 18 anni¹⁴.

¹¹ Sul caso *Hay* v. RIZZI, *Il caso Hay e la Corte di Giustizia: una nuova dottrina contro le discriminazioni delle coppie omosessuali*, in *RGL*, 2015, II, p. 47.

¹² Sul caso *Römer* v. PICARELLA, *Le discriminazioni fondate sull'orientamento sessuale nella giurisprudenza della Corte di giustizia: dal caso P. alla sentenza Römer*, in *RIDL*, 2011, II, p. 1325; NINNATI, *Il caso Römer: limiti di materia, principio di uguaglianza o tutela di diritti?*, in *QC*, 2011, p. 693; WINKLER, *I trattamenti pensionistici delle coppie dello stesso sesso nell'unione europea. Il caso Römer*, in *RCP*, 2011, p. 1980.

¹³ CINELLI, *Diritto della previdenza sociale*, Giappichelli, 2018, p. 614. Sulla funzione della pensione di reversibilità v. in particolare C. Cost. 8 luglio 1987 n. 286; 22 giugno 1988 n. 777; 12 maggio 1999 n. 180; 27 ottobre 1999 n. 419.

¹⁴ PIERINI, *La pensione ai superstiti*, in *Trattato di previdenza sociale*, diretto da BUSSI e PERSIANI,

A parere della Corte costituzionale (15 giugno 2016 n. 174), “nella pensione di reversibilità erogata al coniuge superstite, la finalità previdenziale si raccorda a un peculiare fondamento solidaristico. Tale prestazione, difatti, mira a tutelare la continuità del sostentamento e a prevenire lo stato di bisogno che può derivare dalla morte del coniuge”¹⁵.

Di conseguenza, qualora il giudice rilevi che i partner omosessuali si presta(va)no, reciprocamente e stabilmente, assistenza morale e materiale, analogamente a quanto prescritto per i coniugi, deve concludere che le due situazioni sono comparabili. Né il giudice può richiedere, per il partner dello stesso sesso, la prova della vivenza a carico, in quanto ciò configurerebbe una disparità di trattamento rispetto al coniuge, discriminatoria perché fondata sull’orientamento sessuale¹⁶.

Va osservato che, in *Maruko, Römer e Hay*, la Corte di giustizia si è occupata della discriminazione subita dai partner dello stesso sesso che avevano contratto un’unione civile registrata da cui il legislatore tedesco (nei primi due casi) e francese (nel terzo) fanno discendere obblighi analoghi a quelli previsti per le coppie unite in matrimonio (in particolare, l’obbligo reciproco dei partner di prestarsi soccorso e assistenza e di contribuire in maniera adeguata ai bisogni della comunità familiare mediante il loro lavoro e il loro patrimonio: *Römer*, § 47). Nei casi di specie, dunque, la valutazione della comparabilità è incentrata sui diritti e gli obblighi dei coniugi e delle persone legate in un’unione civile, “quali disciplinati nell’ambito dei corrispondenti istituti e che risultano pertinenti alla luce della finalità e dei presupposti di concessione della prestazione in questione” (*Römer*, § 52). La Corte di giustizia aggiunge però che il giudice deve valutare se il partner di un’unione civile “si trova in una situazione di diritto e di fatto paragonabile a quella di una persona coniugata” (enfasi aggiunta; *Römer*, § 52).

In dottrina vi è chi ha parlato di approccio *top-down* e *bottom-up* al riconoscimento della famiglia¹⁷: nel primo caso, vi è una “formalizzazione giu-

1974, vol. I, p. 433; PERSIANI, *La funzione della pensione di reversibilità nella più recente giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *GCost.*, 1980, I, p. 498; PERSIANI, D’ONGHIA, *Fondamenti di diritto della previdenza sociale*, 2016, p. 236; BETTINI, *I diritti dei superstiti del lavoratore*, in *ADL*, 2011 p. 871.

¹⁵ Lo stesso fondamento solidaristico, prosegue la Corte, “permea l’istituto anche nelle sue applicazioni più recenti alle unioni civili” (C. Cost. 174/2016).

¹⁶ Sulla vivenza a carico v. SGROI, *Vivenza a carico e pensione ai superstiti*, in *RGL*, 2006, II, p. 153.

¹⁷ AIMO, CONSITO, GIANONCELLI, LONG, *Essere famiglia per il diritto: riflessioni interdisciplinari*, in *LD*, 2018, p. 699.

ridica del legame familiare”, a cui conseguono diritti e doveri sanciti *ex lege*; nel secondo caso, il legislatore o il giudice riconoscono una situazione di fatto, prendendo atto di alcuni “indicatori dell’esistenza della vita familiare” (quali, i legami affettivi, la convivenza e coabitazione, la collaborazione e la solidarietà economica), a prescindere dall’esistenza di un vincolo formale. Che le unioni omosessuali siano una famiglia, da tutelare ai sensi dell’art. 8 Cedu, ce lo ha ripetuto, più volte, la Corte europea dei diritti dell’uomo (v. in particolare C. Eur. Dir. Uomo 24 giugno 2010, *Schalk e Kopf c. Austria*, § 91)¹⁸, la cui giurisprudenza è richiamata anche dalla Corte di giustizia ai fini dell’interpretazione dell’art. 7 Cdfue (*Coman*, § 50). Il divieto di discriminazione in ragione dell’orientamento sessuale obbliga il giudice ad adottare l’approccio *bottom-up* sopra descritto, e a rilevare che, nei casi come quello in esame, i partner provvedevano stabilmente e reciprocamente all’assistenza morale e materiale, e che pertanto la loro situazione è comparabile a quella dei coniugi e come tale è meritevole di tutela da parte dell’ordinamento.

3. I rimedi in caso di discriminazione diretta

Nei paesi in cui il matrimonio è riservato alle persone di sesso diverso, qualora il giudice rilevi che la situazione del partner dello stesso sesso è comparabile a quella del coniuge, la norma nazionale che non riconosce al primo il diritto di beneficiare di un trattamento equivalente a quello garantito al secondo deve “essere considerata costitutiva di una discriminazione diretta fondata sull’orientamento sessuale” (*Maruko*, C-267/06, § 72; *Parris*, § 46). Invero, “una disparità di trattamento fondata sullo status matrimoniale dei lavoratori, e non esplicitamente sul loro orientamento sessuale, è pur sempre una discriminazione diretta in quanto, essendo il matrimonio riservato alle persone di sesso diverso, i lavoratori omosessuali sono impossibilitati a soddisfare la condizione necessaria per ottenere i benefici rivendicati” (*Hay*, § 44).

Trattandosi di discriminazione diretta, possono applicarsi solo le eccezioni previste dall’art. 2, § 5, dir. 2000/78 (recepito dall’art. 3, co. 2, lett. c), d.

¹⁸ “The notion of “family” under this provision is not confined to marriage-based relationships and may encompass other de facto “family” ties where the parties are living together out of wedlock” (*Schalk e Kopf c. Austria*, § 91).

lgs. 216/2003) che, “istituendo una deroga al divieto di discriminazioni, deve essere interpretato in senso stretto” (*Hay*, § 46). Questa è la principale differenza tra le sentenze *Maruko*, *Römer* e *Hay* da un lato, e la sentenza *Parris* dall’altro, in cui la Corte di giustizia si è pronunciata su una disposizione che subordinava l’erogazione della pensione di reversibilità al fatto di avere contratto il matrimonio o l’unione civile prima del sessantesimo anno di età. Essendo la regola formulata in termini neutri, la Corte esclude trattarsi di discriminazione diretta e ne valuta l’eventuale carattere indirettamente discriminatorio (§ 49 e ss.). Per questi motivi (e altri che non possono qui esaminarsi)¹⁹, le conclusioni cui giunge la Corte in *Parris* non sono rilevanti per risolvere il caso in esame.

È pacifico che, nel caso di specie, non ricorre alcuna ragione di sicurezza pubblica, ordine pubblico, prevenzione dei reati o tutela della salute (art. 3, co. 2, lett. c), d. lgs. 216/2003).

Una volta riconosciuto che l’art. 24 reg. Inarcassa, negando il diritto alla pensione di reversibilità al partner omosessuale che si trova in posizione analoga a quella del coniuge superstite, configura una discriminazione diretta, il giudice deve disapplicare la norma discriminatoria e riconoscere al partner omosessuale la medesima prestazione garantita al coniuge. Il giudice nazionale deve infatti assicurare la piena efficacia del diritto Ue, “disapplicando all’occorrenza, di propria iniziativa, qualsiasi contraria disposizione della legislazione nazionale, anche posteriore, senza doverne chiedere o attendere la previa rimozione in via legislativa o mediante qualsiasi altro procedimento costituzionale” (*Römer*, § 54). Peraltro, nel caso di specie, il giudice civile è tenuto a disapplicare la norma regolamentare non conforme all’art. 3, co. 1, lett. a), d. lgs. 216/2003. L’intervento del giudice ordinario per garantire, ai partner della coppia omosessuale, “in presenza di specifiche situazioni, il di-

¹⁹ La sentenza *Parris* presenta una serie di punti controversi: in primo luogo, la Corte di giustizia, pur citando l’obbligo, per gli Stati membri, di rispettare il diritto antidiscriminatorio, non sottopone la disposizione oggetto del giudizio *a quo* a tale controllo (§ 58 e ss.; sul punto, le conclusioni dell’Avvocato generale sono di tenore ben diverso: 30 giugno 2016, C-443/15, § 65-99); in secondo luogo, i giudici di Lussemburgo negano l’esistenza di una discriminazione diretta fondata sull’età, applicando estensivamente le deroghe di cui all’art. 6, § 2, dir. 2000/78 (§ 74 e ss.; anche su questo punto si discostano le conclusioni dell’Avvocato generale: 30 giugno 2016, C-443/15, § 119-145); la Corte si rifiuta poi di esaminare la discriminazione multipla (§ 79). Nel nostro ordinamento, una norma come quella prevista dal diritto irlandese non supererebbe, con ogni probabilità, il sindacato di ragionevolezza della Corte costituzionale (v. 12 maggio 1988 n. 587; 7 marzo 1990 n. 123; 15 giugno 2016 n. 174).

ritto ad un trattamento omogeneo a quello assicurato dalla legge alla coppia coniugata”, è stato sollecitato anche dalla Cassazione (15 marzo 2012 n. 4184; 9 febbraio 2015 n. 2400).

A tale conclusione, non possono opporsi generiche esigenze di bilancio dato che si tratta di una decisione relativa a un caso specifico, i cui effetti hanno una portata ben diversa da quelli generati dalle pronunce additive della Corte costituzionale²⁰. La fattispecie di cui si discute riguarda inoltre una categoria ben delimitata di persone (i *partner* dello stesso sesso che non si possono sposare, né hanno potuto contrarre un’unione civile) e dunque gli eventuali maggiori oneri per il regime previdenziale sarebbero contenuti. In generale, non è poi possibile che le sole esigenze di contenimento della spesa pubblica giustifichino una misura discriminatoria (*Maruko*, § 77; C. Giust. 19 giugno 2014, cause riunite da C-501/12 a C-506/12, C-540/12 e C-541/12, *Specht*, § 77; 11 novembre 2014, C-530/13, *Schmitzer*, § 41; 17 giugno 1998, C-243/95, *Hill e Stapleton*, § 40; 6 aprile 2000, C-226/98, *Jørgensen*, § 39).

Per inciso, va detto che, da tempo, la dottrina discute circa la razionalità della disciplina della pensione di reversibilità (e, in generale, delle prestazioni a favore dei superstiti), anche alla luce della condivisibile esigenza di meglio utilizzare le limitate risorse pubbliche²¹. Spetta, tuttavia, al legislatore intervenire (possibilmente in maniera organica) su questa disciplina, per garantirne la sistematicità, la ragionevolezza e la conformità alla Costituzione e alle fonti sovranazionali. Diversamente, il diritto antidiscriminatorio affida al giudice ordinario il compito di intervenire per assicurare che l’applicazione di quella disciplina non pregiudichi, nel caso concreto, il generale principio di eguaglianza.

²⁰ V. da ultimo D’ONGHIA, *Welfare e vincoli economici nella più recente giurisprudenza costituzionale*, in *LD* 2018, p. 93; MASSA, *Previdenza, assistenza e vincoli di bilancio. Tre tesi sulla giurisprudenza costituzionale degli anni della crisi*, in *LD*, 2018, p. 77.

²¹ Sul dibattito seguito alla sent. 174/2016 della Corte costituzionale v. CALAFÀ, *Matrimonio tardivo e reversibilità della pensione*, in *LG*, 2016, p. 1082; CORDIANO, *Convivenza di fatto e pensione di reversibilità: riflessioni a seguito della legge n. 76/2016*, in *VTDL*, 2017, 4, p. 1035; FABOZZI, *La pensione di reversibilità anche al coniuge giovane (Corte costituzionale 27 luglio 2016, n. 174)*, in *RDSS*, 2016, 4, p. 763; GAROFALO, *Amore senza età e pensione di reversibilità*, in *RDSS*, 2017, 1, p. 79; PISTORE, *Convivenze di fatto e tutela dei superstiti tra problemi vecchi e nuovi*, in *VTDL*, 2017, 4, p. 1057; SANDULLI, *La Corte costituzionale orienta il legislatore delle pensioni. A proposito delle sentenze nn. 173 e 174/2016*, in *RDSS*, 2016, 4, p. 687. Sul punto v. anche CAPURSO, *La pensione ai superstiti. Alla ricerca di un fondamento*, in *RDSS*, 2016, 4, p. 609; MALZANI, *op. cit.*, p. 175.

4. Once upon a time, *la pensione di reversibilità*

La sentenza che si commenta si iscrive nella lunga storia di decisioni con cui i giudici, di merito e di legittimità, la Corte costituzionale e le corti sovranazionali hanno plasmato la disciplina della pensione di reversibilità. Quella storia ci racconta delle lotte di donne e uomini, di età diverse, di diverso orientamento sessuale, divorziati, separati o conviventi, per il riconoscimento di un diritto concepito, in origine, per le vedove che si presumevano dipendere economicamente dal capo famiglia, il marito defunto²². La famiglia, oggi, non è solo questo²³. Le corti, nazionali e sovranazionali, devono ricordarcelo e, per quanto possono, intervenire.

²² V. UNEDDU, *Pensione di reversibilità e art. 3 della Costituzione*, in *GCost*, 1972, p. 1282; PIERINI, *op. cit.*, p. 429 e ss.; PERSIANI, *op. cit.*, p. 494.

²³ Come ci ha insegnato la Corte costituzionale, il concetto di famiglia va interpretato “tenendo conto non soltanto delle trasformazioni dell’ordinamento, ma anche dell’evoluzione della società e dei costumi” (sent. 138/2010). Sul punto v. le condivisibili riflessioni di RANIERI, “*Love wins*” ... e la giustizia pure, in *ADL* 2019, in corso di pubblicazione. In generale, v. BILOTTA, *Quanto è lontana l’Europa?*, in *Diritto & Questioni pubbliche*, n. 1/2015, p. 1 ss., http://www.dirittoquestionipubbliche.org/page/2015_n15-1/OI_mono_07-Bilotta.pdf.