

Discriminazione sulla base del sesso
e trattamento preferenziale
nel diritto comunitario

*Un profilo giurisprudenziale alla ricerca
del nucleo duro del new legal order*

di

Oreste Pollicino

Collana
ADAPT - FONDAZIONE

“Marco Biagi”

n. 8

Giuffrè Editore

Discriminazione sulla base del sesso e trattamento preferenziale nel diritto comunitario

*Un profilo giurisprudenziale alla ricerca
del nucleo duro del new legal order*

di

Oreste Pollicino

Giuffrè Editore

Milano 2005

Ai miei genitori, con immensa gratitudine

*La pubblicazione di questo lavoro è stata possibile grazie
all'assegnazione alla presente monografia del premio
"Studi e ricerche Marco Biagi" istituito dalla Fondazione "Marco Biagi"
in memoria del Professore tragicamente scomparso.
Alla Fondazione va quindi il mio più sincero ringraziamento*

Un grazie particolare ad Edoardo

INDICE SOMMARIO

<i>Elenco delle abbreviazioni</i>	XIII
---	------

INTRODUZIONE

1. Una dichiarazione d'intenti	1
2. Peculiarità del terreno di indagine: l'ordinamento comunitario come <i>new legal order</i> . Principio di tolleranza costituzionale e dinamismo evolutivo: i due elementi distintivi del carattere originale dell'ordinamento comunitario	6
2.1. La creatività e l'attivismo dei giudici comunitari	8
2.2. Il ruolo peculiare della Corte di giustizia	11
3. Griglia metodologica nell'analisi della giurisprudenza	17
4. Alcune precisazioni terminologiche.	19

Capitolo I

DISCRIMINAZIONE SULLA BASE DEL SESSO E TRATTAMENTO PREFERENZIALE NEL DIRITTO COMUNITARIO: L'EVOLUZIONE NORMATIVA E GIURISPRUDENZIALE FINO A KALANKE

1. Le origini	27
2. <i>Defrenne II</i> e la manipolazione dell'art. 119 (oggi 141) CE	31
2.1. <i>Defrenne II</i> . Il <i>novum</i> del caso rispetto all' <i>acquis</i>	33
2.2. <i>Defrenne II</i> . La decisione della Corte ed il suo <i>legal reasoning</i> : l'approccio interpretativo teleologico come strumento ermeneutico funzionale all'evoluzione del diritto sociale europeo	34
2.3. <i>Defrenne II</i> . Una <i>motive analysis</i>	38
3. Dalla discriminazione diretta al trattamento preferenziale passando per la nozione di discriminazione indiretta	40
4. L'art. 2, comma 1 e comma 4 della direttiva 76/207 come parametro normativo originario in tema di trattamento preferenziale e la raccomandazione 84/262 in merito alla necessità della adozione di misure preferenziali a favore delle donne	45
5. La giurisprudenza comunitaria in tema di trattamento preferenziale pre-Kalanke: colpevole sottovalutazione di importanti elementi interpretativi.	53

Capitolo II

KALANKE E MARSHALL: “I GEMELLI DIVERSI”

1.	<i>Kalanke</i> . Il giudizio nazionale di rinvio e la normativa oggetto di valutazione nel contesto del sistema di trattamento preferenziale in Germania	59
1.1.	<i>Kalanke</i> . Il <i>legal reasoning</i> della Corte di giustizia all’ombra del precondizionamento assiologico delle conclusioni dell’Avvocato generale	67
1.2.	<i>Kalanke</i> . Una <i>motive analysis</i> : perché un tale approccio da parte della Corte di giustizia?	91
1.3.	I meriti di <i>Kalanke</i>	102
2.	<i>Marschall</i> . I fatti, la normativa impugnata e l’ordinanza di rinvio pregiudiziale.	108
2.1.	<i>Marschall</i> . Le conclusioni dell’Avvocato generale.	109
2.2.	<i>Marschall</i> . Gli interventi dei Governi degli Stati membri	111
2.3.	<i>Marschall</i> . Il <i>reasoning</i> della Corte	113
2.4.	<i>Marschall</i> . Una <i>motive analysis</i>	118

Capitolo III

**LA SECONDA FASE EVOLUTIVA DELLO STRUMENTO
DEL TRATTAMENTO PREFERENZIALE**

SEZIONE I

IL PROFILO NORMATIVO

1.	Amsterdam e la “svolta sociale” dell’Unione. La revisione della direttiva 76/207	125
2.	La Carta di Nizza ed il nuovo (e già vecchio) Trattato costituzionale di Roma.	138

SEZIONE II

IL PROFILO GIURISPRUDENZIALE

1.	Premessa	146
PARTE PRIMA: CONSOLIDAMENTO O ATTENUAZIONE DELLA SVOLTA SOSTANZIALITICA DEL PERCORSO GIURISPRUDENZIALE DELLA “PRIMA GENERAZIONE”? : <i>BADECK VS ABRAHAMSSON</i>		
1.	<i>Badeck</i> . Il fatto, la normativa impugnata e l’ordinanza di rinvio	148
1.1.	<i>Badeck</i> . Le conclusioni dell’Avvocato generale	152
1.2.	<i>Badeck</i> . Il <i>legal reasoning</i> della Corte.	156
2.	<i>Abrahamsson</i> . Fatto, oggetto normativo ed ordinanza di rinvio.	165
2.1.	<i>Abrahamsson</i> . Le conclusioni dell’Avvocato generale	169
2.2.	<i>Abrahamsson</i> . Il <i>legal reasoning</i> della Corte	173
2.3.	<i>Badeck versus Abrahamsson</i> : una <i>motive analysis</i>	178

PARTE SECONDA: *Schnorbus*: LA BIDIREZIONALITÀ DELLA MISURA PREFERENZIALE NELLA GIURISPRUDENZA DELLA CORTE

1. <i>Schnorbus</i> : una premessa	182
1.1. <i>Schnorbus</i> . La normativa nazionale, i fatti di causa e l'ordinanza di rinvio	183
1.2. <i>Schnorbus</i> . Il <i>legal reasoning</i> della Corte	187
1.3. Una <i>motive analysis</i> : quale il valore aggiunto di <i>Schnorbus</i> ?	191

Capitolo IV

**UN ASSESTAMENTO DELLA GIURISPRUDENZA DELLA CORTE
E BILANCIAMENTO DEI VALORI IN GIOCO**

1. Il profilo logico-argomentativo: le diverse manifestazioni dell'attivismo nella giurisprudenza della Corte di giustizia.	197
2. Il profilo contenutistico	202

Capitolo V

**LE TRE DIMENSIONI
DELLA SFERA SOCIALE EUROPEA**

1. La dimensione orizzontale sovranazionale	225
2. La dimensione verticale inter-ordinamentale: alla ricerca di conferme del modello di <i>judicial law</i> fin qui tracciato attraverso un'analisi della giurisprudenza della Corte di giustizia in tema di protezione delle minoranze sessuali. <i>P.v.S. versus Grant</i>	227
2.1. Lo scenario sovranazionale di sfondo alle due decisioni.	228
2.2. Il fatto. <i>a) P.v.S. b) Grant</i>	229
2.3. <i>P.v.S.</i> . Il <i>legal reasoning</i> : l'importanza della scelta del <i>relevant comparator</i> ai fini dell'accertamento della discriminazione sulla base del sesso	230
2.4. <i>Grant</i> . Il <i>legal reasoning</i> : un <i>self restraint</i> "creativo"?	234
2.5. <i>P.v.S. versus Grant</i> . Una <i>motive analysis</i> : perché un approccio anti-tetico per due casi simili?	239
3. La dimensione orizzontale interstatale: processo di armonizzazione del patrimonio costituzionale sociale comune tra pluri-emulazione e <i>majoritarian activism</i>	243

Capitolo VI

LE ULTIME FRONTIERE DEL TRATTAMENTO PREFERENZIALE

LA TERZA GENERAZIONE: LE MISURE PREFERENZIALI RIMANGONO NELL'AREA DELLA DISCRIMINAZIONE FONDATA SUL SESSO MA VANNO OLTRE IL SETTORE LAVORISTICO. STORIA DI UN FALSO; LE MISURE DI PARITÀ NELLA RAPPRESENTANZA POLITICA COME *SPECIES* DEL *GENUS* DELLE AZIONI POSITIVE

1. Premessa: coerenza o deviazione tematica?	247
--	-----

2.	Il problema dell'equa rappresentanza dei sessi a Strasburgo: la presenza femminile al Parlamento europeo e il paradosso delle competenze non esercitate per mancanza di <i>consensus</i> in seno al Consiglio	250
3.	L'esperienza italiana. Il quadro costituzionale di riferimento originario e la sua "lettura" da parte della sent. 422/95 della Corte costituzionale	254
3.1.	Il <i>post</i> sent. 422/95 in Europa. Profili di diritto comunitario e comparato: qualcosa è cambiato	263
3.2.	Il <i>post</i> sent. 422/95 in Italia. Le leggi costituzionali del 2001, la sent. 49/2003 e la recente revisione dell'art. 51 Cost. Qualcosa è cambiato?.	270

CONCLUSIONI

1.	Una premessa "conclusiva"	283
----	-------------------------------------	-----

SEZIONE I

DIGNITÀ DELL'UOMO COME VALORE EMERGENTE CARATTERIZZANTE LA NUOVA STAGIONE DEL DIRITTO ANTIDISCRIMINATORIO COMUNITARIO E, IN GENERALE, LA NUOVA FASE DELLA DIMENSIONE SOCIALE EUROPEA. IL NUOVO MODELLO DI *EQUALITY* E DI TRATTAMENTO PREFERENZIALE OLTRE I CONFINI DELLA DISCRIMINAZIONE SULLA BASE DEL SESSO

1.	Il profilo normativo: la riscoperta del valore emancipatorio del diritto antidiscriminatorio	286
2.	Il profilo giurisprudenziale	298
3.	Dignità, parità e "diritto" al trattamento preferenziale.	302

SEZIONE II

OBEDIENZA VOLONTARIA, COSTITUZIONE EUROPEA E TRASFIGURAZIONE DEL PRINCIPIO DI TOLLERANZA COSTITUZIONALE

1.	Ipotesi di "intolleranza costituzionale" a dettato "costituzionale" invariato.	305
2.	"Tolleranza costituzionale", Costituzione europea e controlimiti: forse qualcosa è cambiato	307

	<i>Bibliografia</i>	317
--	-------------------------------	-----

“Those with a taste for fairy tales seem to have thought that in some Aladdin’s cave there is hidden the Community law in its splendour and that on a judge’s appointment there descends on him knowledge of the magic words Open Sesame.

Bad decisions are given when the judge has muddled the password and the wrong door opens. But we do not believe in fairy tales any more”.

Lord Reid, 1972

“La tutela delle minoranze deve essere elemento fondante di ogni società che intenda valorizzare la persona umana”.

Gianfranco Mor, 1999