



**Angelo Licastro**

(professore ordinario di Diritto ecclesiastico comparato ed europeo  
nell'Università degli Studi di Messina, Dipartimento di Giurisprudenza)

**Ancora in tema di porto del velo islamico  
e discriminazione della lavoratrice nelle aziende private \***

*Still about wearing the Islamic headscarf  
and employee discrimination in private undertakings \**

**ABSTRACT:** This article analyses the development of the jurisprudence of Court of Justice of the European Union on the right to wear an Islamic headscarf at work. In the recent CJEU cases it has been reaffirmed that the employer's rules do not constitute direct discrimination; however, it has been made clear that a policy of neutrality can justify objectively a difference of treatment indirectly based on religion or belief whether it meets a "genuine need" on the part of the undertaking. This test in most cases is not very different from the one concerning the presence of the "genuine occupational requirements". The need to seek appropriate forms of composition between the freedom of the worker and the freedom of the company may make anti-discrimination protection under the ground of "religion" weaker than that under the other grounds covered by EU anti-discrimination law; but this is a consequence of the fact that the ground of discrimination constituted by "religion or belief" has been taken by the Court in close connection with the freedom protected by Article 10 EUCFR.

**SOMMARIO:** 1. Premessa introduttiva - 2. Il quadro dei principi di diritto fissati dalla Corte di giustizia in tema di porto del velo islamico nei luoghi di lavoro privato - 3. Il problema dell'individuazione del parametro della "situazione analoga" nel giudizio di comparazione volto ad accertare una discriminazione diretta per motivi religiosi - 4. Alla ricerca delle ragioni in base alle quali si dà per scontata la non praticabilità di una comparazione "esterna" ai dipendenti aziendali di un medesimo datore di lavoro - 5. I termini di una corretta comparazione interna ai dipendenti dell'azienda - 6. L'improponibilità, sul piano sostanziale, di una piena equiparazione del fattore di rischio legato all'esternazione delle convinzioni "religiose" a quello legato all'esternazione di convinzioni "filosofiche" e "politiche" - 7. La presunta migliore adattabilità dello schema della discriminazione indiretta in rapporto a una materia che richiede una peculiare opera di composizione tra distinte libertà fondamentali adeguata alle caratteristiche dell'azienda e alle mansioni svolte dalla lavoratrice - 8. La questione dei limiti di ammissibilità di disposizioni nazionali più favorevoli - 9. Considerazioni conclusive.

---

\* Contributo sottoposto a valutazione - Peer reviewed paper.



## 1 - Premessa introduttiva

Continua l'opera di chiarificazione interpretativa della Corte di giustizia dell'Unione europea sulla questione del velo islamico indossato dalle lavoratrici nelle aziende private. Con la sentenza *L.F. c. S.C.R.L.*<sup>1</sup> si è giunti ormai a quattro pronunzie<sup>2</sup>, rese tutte a seguito di rinvio pregiudiziale in relazione a cinque diverse cause, mentre non si registra ancora alcun intervento sui segni di appartenenza politica o filosofica. Questi segni sono assimilati a quelli aventi specifica connotazione religiosa dalle più controverse regole interne all'azienda fissate dai datori di lavoro, con ripercussioni significative, stando ai principi di diritto fissati dalla Corte, sul trattamento da riservare, agli effetti del diritto antidiscriminatorio, alle suddette manifestazioni della fede religiosa del lavoratore privato.

Non servono molte parole per segnalare l'importanza del tipo di risposta che viene data alle questioni sollevate dalla scelta dell'uso del velo in azienda. Mi limito in questa sede a richiamare quanto di recente affermato dall'avvocato generale Sharpston, secondo cui si arriva al cuore della domanda seguente: "che tipo di Unione europea dovremmo costruire per il futuro?"<sup>3</sup>. Una Unione in cui trovino accoglienza, senza

---

<sup>1</sup> Corte di giustizia UE, sez. II, 13 ottobre 2022, C-344/20, *L.F. c. S.C.R.L.*

<sup>2</sup> I precedenti sono: Corte di giustizia UE, G.C., 14 marzo 2017, C-157/15, *Samira Achbita, Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding c. G4S Secure Solutions NV*; Id., 14 marzo 2017, C-188/15, *Asma Bougnaoui, Association de défense des droits de l'homme (ADDH) c. Micropole SA, già Micropole Univers SA*; Id., 15 luglio 2021, cause riunite C-804/18 e C-341/19, *IX c. WABE eV e MH Müller Handels GmbH c. MJ*.

<sup>3</sup> Così **E. SHARPSTON**, *Shadow Opinion of Former Advocate General Sharpston: Headscarves at Work (Cases C-804/18 and C-341/19)*, in *EU Law Analysis*, 23 marzo 2021. I temi in discussione non devono dunque essere visti dalla sola prospettiva della tutela della libertà religiosa; come è stato osservato (**L. VICKERS**, Achbita and Bougnaoui: *One Step Forward and Two Steps Back for Religious Diversity in the Workplace*, in *European Labour Law Journal*, 2017, p. 25), il mancato accoglimento delle pratiche proprie degli aderenti ai gruppi religiosi di minoranza può portare a significative disuguaglianze in termini di accesso all'occupazione che limitano le opportunità di lavoro per i gruppi minoritari a ruoli "secondari" e "appartati" ('back room' roles), con pesanti riflessi negativi in termini di effettiva integrazione. Nella dottrina italiana, sottolinea come l'effetto delle prime pronunzie della Corte di giustizia "sia quello di ghettonare ulteriormente le donne" che indossano il velo, "relegandole negli spazi di privata dimora, da una parte, e facendo venir meno la possibilità di un'indipendenza economica che solo lo svolgimento di un'attività professionale può dare, dall'altra", **A. VALENTINO**, *Il velo islamico di nuovo all'attenzione delle Corti europee tra rispetto della scelta della società e esigenze di neutralità delle aziende private*, in *Oss. cost.*, 3/2017, p. 16. Sulle prime pronunzie della Corte, oltre agli Autori citati nel prosieguo del presente contributo, cfr. **A. BERTI SUMAN**, *La Corte Ue ritiene non discriminatorio il divieto di indossare il velo islamico sul luogo di lavoro*, in *Nuova*



troppe restrizioni, le diverse identità religiose, in una logica di “inclusione pluralistica”, positivamente rispettosa della neutralità? O una in cui la neutralità, l’equidistanza dalle diverse fedi e ideologie, si ottiene piuttosto “per sottrazione”, rendendo gli spazi sociali del tutto “impermeabili” al fenomeno religioso?<sup>4</sup>

Basterebbe rispondere a questa semplice domanda per capire le ragioni di chi chiede di potere indossare il velo in azienda come anche quelle di chi lo vorrebbe bandire del tutto<sup>5</sup>. Ma il diritto, si sa, è fatto anche di complessi tecnicismi da cui non è possibile prescindere, sebbene essi siano spesso piegabili, purtroppo, in qualche misura, a esigenze di vario genere, e alle stesse preferenze dell’interprete. E le norme elaborate in questi anni per combattere le discriminazioni sono ricche di tecnicismi, nei

---

giur. civ. comm., 10/2017, I, p. 1344 ss.; **G. AMOROSO**, *Libertà di culto e principio di “neutralità” nella prestazione di lavoro*, in *Foro it.*, 5/2017, IV, c. 254 ss.; **R. COSIO**, *Le sentenze della Corte di giustizia sul velo islamico*, in *Il lav. nella giur.*, 5/2017, p. 450 ss.; **V. PROTOPAPA**, *I casi “Achbita” e “Bouagnaoui”. Il velo islamico tra divieto di discriminazione, libertà religiosa ed esigenze dell’impresa*, in *Argomenti dir. del lav.*, 4-5/2017, II, p. 1079 ss.; **B. PROFUMO**, *Libertà religiosa e di impresa: la CGUE detta i criteri per il bilanciamento*, in *DPCE online*, 3/2017, p. 751 ss.; **C. ELEFANTE**, *Velo islamico e divieti di discriminazione religiosa in ambito occupazionale e lavorativo: l’interpretazione della Corte di Giustizia dell’Unione Europea*, in *Dir. e religioni*, 2/2017, I, p. 273 ss.; **A. GUAZZAROTTI**, *Bandire il velo dal posto di lavoro o prendere sul serio la dimensione pubblica dell’identità religiosa?*, in *Quad. cost.*, 2/2017, p. 420 ss.; **D. SCHIUMA**, *Tutela della libertà religiosa dei lavoratori e politiche aziendali di neutralità: il velo islamico nei luoghi di lavoro*, in *giustiziacivile.com*, 6/2017; **A. BORGHI**, *Sulla libertà di manifestare le proprie opinioni religiose nel luogo di lavoro: brevi note in merito ai casi Achbita e Bouagnaoui*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (<https://www.statoechiese.it>), n. 29 del 2016, p. 1 ss.

<sup>4</sup> Oltreoceano, ha optato decisamente per la prima alternativa, Corte Suprema USA 1° giugno 2015, n. 14-86, *Equal Employment Opportunity Commission v. Abercrombie & Fitch Stores, Inc.* (in [www.supremecourt.gov](http://www.supremecourt.gov)). Su tale pronuncia, nella dottrina italiana, vedi **A. MADERA**, *Le istanze di accomodamento religioso sul luogo di lavoro negli U.S.A.: un commento alla decisione E.E.O.C. v. Abercrombie & Fitch Stores, Inc.*, in **AA. VV.**, *Democrazie e religioni. Libertà religiosa, diversità e convivenza nell’Europa del XXI secolo*, Atti del Convegno Nazionale ADEC, Trento, 22-23 ottobre 2015, a cura di E. CAMASSA, Editoriale Scientifica, Napoli, 2016, p. 171 ss.

<sup>5</sup> Lo rileva in sostanza l’avvocato generale Laila Medina nelle *Conclusioni* relative alla causa C-344/20, *L.F. c. S.C.R.L.*, presentate il 28 aprile 2022: è essenziale stabilire “se le differenze derivanti dalla religione o dalle convinzioni religiose, in particolare le prescrizioni in materia di abbigliamento, debbano essere affrontate promuovendo l’uniformità sul posto di lavoro attraverso un divieto generalizzato di tali differenze, stabilito nel regolamento aziendale di un’impresa, o, in alternativa, promuovendo la diversità attraverso la normalizzazione di tali differenze” (par. 45; cfr. anche parr. 58 e 59).



cui confronti è importante avere un approccio equilibrato, pena il mancato conseguimento degli stessi scopi che quelle norme si prefiggono di raggiungere.

Nel presente studio riassumerò anzitutto le massime che i Giudici di Lussemburgo hanno sin qui enunciato quando si è posto un problema di compatibilità tra le garanzie antidiscriminatorie del diritto dell'Unione - con specifico riferimento alla materia dell'occupazione e delle condizioni di lavoro<sup>6</sup> - e le regole interne all'azienda volte a vietare l'esibizione di qualsiasi segno religioso, politico o filosofico da parte del lavoratore<sup>7</sup>. Nonostante i positivi sviluppi recentemente intervenuti rispetto alle prime pronunzie, che erano parse a molti del tutto sbilanciate nella tutela quasi incondizionata delle ragioni dell'impresa, mi soffermerò quindi su (quelle che continuo a ritenere siano) alcune criticità dell'argomentare della Corte e sui possibili modi di superarle, anche in una prospettiva che valorizzi le significative peculiarità di alcuni Stati membri dell'Unione in ordine al diverso atteggiamento tenuto nei confronti dei vari problemi legati alla presenza del fenomeno religioso nella sfera pubblica.

## 2 - Il quadro dei principi di diritto fissati dalla Corte di giustizia in tema di porto del velo islamico nei luoghi di lavoro privato

Quanto ai principi stabiliti dalla Corte, anzitutto, si è chiarito che indossare il velo è una pratica religiosa tutelata dalla direttiva 2000/78, sebbene questa faccia generico riferimento alle "discriminazioni fondate

---

<sup>6</sup> Si veda, in particolare, la direttiva 2000/78/CE del Consiglio del 27 novembre 2000 che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro, in *G.U.C.E.*, 2 dicembre 2000, L 303, p. 16 ss.

<sup>7</sup> Più precisamente, in *Achbita* la regola interna risultava così formulata: "è fatto divieto ai dipendenti di indossare sul luogo di lavoro segni visibili delle loro convinzioni politiche, filosofiche o religiose e/o manifestare qualsiasi rituale che ne derivi" (par. 15); in *Bougnaoui* la Corte ipotizza l'esistenza di una norma interna la quale "vieta di esibire qualunque segno visibile di convinzioni politiche, filosofiche o religiose" (par. 32); in *WABE e Müller Handel* la regola interna era così formulata: "[s]ul luogo di lavoro, alla presenza di genitori, bambini o terzi, i collaboratori non possono indossare nessun segno visibile relativo alle loro convinzioni politiche, personali o religiose" né "possono compiere nessun rito derivante da dette convinzioni" (par. 25); in *MH Müller Handel* la direttiva interna vietava "l'uso, sul luogo di lavoro, di segni vistosi e di grandi dimensioni di natura religiosa, politica o filosofica" (par. 36); in *L.F.* il regolamento aziendale imponeva ai dipendenti di non "manifestare in alcun modo, né verbalmente, né con un particolare abbigliamento o in altro modo, le proprie convinzioni religiose, filosofiche o politiche, di qualsiasi tipo" (par. 16).



sulla religione”, potendo così fare legittimamente dubitare dell’effettiva estensione del fattore di rischio protetto<sup>8</sup>. Si è, infatti, ribadito che la nozione di “religione” di cui all’articolo 1 della direttiva va interpretata - alla luce della portata riconosciuta alla libertà di religione sia dalla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali (CEDU) sia dalla Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea (CDFUE) - nel senso che essa comprende sia il *forum internum*, ossia l’intima condivisione di idee e principi religiosi integrante una precisa “convinzione”, sia il *forum externum*, ossia i momenti di proiezione esterna di tale convinzione, realizzati attraverso la manifestazione pubblica della fede religiosa<sup>9</sup>. Quanto alla estensione sotto il profilo dei contenuti delle “convinzioni” contemplate dal fattore di rischio “religione o [...] convinzioni personali” (art. 1 della direttiva citata), quest’ultima locuzione include *unitariamente* tanto le convinzioni *religiose* quanto le convinzioni *filosofiche o spirituali*, mentre non abbraccia le “opinioni politiche” o “qualsiasi altra opinione”, non comprese nella tutela assicurata dalla direttiva<sup>10</sup>.

In secondo luogo, si è stabilito che, in mancanza di una norma interna aziendale configurata in termini (almeno apparentemente) neutri, non può giustificare un divieto di indossare il velo islamico la circostanza che esso scaturisca dalla volontà di un datore di lavoro di tener conto del desiderio espresso da una ditta cliente che i servizi non siano più prestati da una lavoratrice che si reca presso la suddetta ditta con il velo. Il requisito occupazionale dipende, infatti, da una caratteristica legata al motivo su cui si basa la discriminazione, può intervenire solo in casi

---

<sup>8</sup> All’indomani dell’approvazione del decreto legislativo di ricezione della direttiva nell’ordinamento italiano, si era sottolineato in dottrina che suscita «notevoli perplessità l’assenza di ogni riferimento esplicito alle ipotesi di trattamento meno favorevole riservato al lavoratore sulla base delle “pratiche religiose” seguite da quest’ultimo», aggiungendo che la configurabilità della discriminazione in rapporto al compimento di atti di culto o di comportamenti riferibili all’osservanza di un precetto confessionale «dipenderà dall’interpretazione del concetto di “religione” richiamato dall’art. 1 della direttiva che verrà data in sede giurisprudenziale»: **V. PACILLO**, *Contributo allo studio del diritto di libertà religiosa nel rapporto di lavoro subordinato*, Giuffrè, Milano, 2003, pp. 172-173.

<sup>9</sup> Corte di giustizia UE, 14 marzo 2017, cit., *Achbita*, par. 28; Id., 14 marzo 2017, cit., *Bougnaoui*, par. 30; Id., 15 luglio 2021, cit., *WABE e Müller Handel*, par. 45. Quest’ultima pronunzia precisa che «[i]l fatto di indossare segni o indumenti per manifestare la propria religione o le proprie convinzioni personali rientra nella “libertà di pensiero, di coscienza e di religione” tutelata dall’articolo 10 della Carta» (*ibidem*, par. 46).

<sup>10</sup> Corte di giustizia UE, 15 luglio 2021, cit., *WABE e Müller Handel*, par. 47; Id., sez. II, 13 ottobre 2022, cit., *L.F.*, par. 29.



strettamente limitati e rinvia a un requisito oggettivamente dettato dalla natura o dal contesto in cui l'attività lavorativa viene espletata<sup>11</sup>.

Invece, qualora un tale divieto sussista (più precisamente, in presenza di un divieto di indossare il velo islamico derivante da una norma applicabile a qualsiasi segno politico, filosofico o religioso indossato in modo visibile sul luogo di lavoro), non può profilarsi alcuna discriminazione *diretta* fondata sulla religione o sulle convinzioni personali.

Questo perché la norma interna aziendale non opera distinzione alcuna, né tra diversi possibili tipi di simboli (siano essi, ad esempio, più o meno appariscenti o di dimensioni differenti), né tra le diverse tipologie di "convinzioni" (siano esse politiche, filosofiche o religiose), né tra i dipendenti dell'impresa (reciprocamente comparati), tutti sottoposti, in maniera generale e indiscriminata, a una medesima regola di neutralità di abbigliamento<sup>12</sup>. Tutti, del resto, possono avere una religione o altro tipo di convinzioni, sicché manca un inscindibile collegamento tra trattamento differenziato e fattore protetto. Emergerà una situazione di particolare "disagio" per alcuni lavoratori - ammetterà alla fine la Corte - ma essa non è collegata "inscindibilmente" alla religione o alle convinzioni personali e come tale non può essere causa di discriminazione<sup>13</sup>.

Al contrario, il divieto limitato all'uso di segni (vistosi) *di grandi dimensioni* può risultare inscindibilmente legato a una o più religioni o convinzioni personali determinate, avendo in questo caso come conseguenza che taluni lavoratori saranno trattati in modo meno favorevole rispetto ad altri in base alla loro religione o alle loro convinzioni personali con conseguente discriminazione diretta a loro danno<sup>14</sup>.

---

<sup>11</sup> Corte di giustizia UE, 14 marzo 2017, cit., *Bouagnaoui*, par. 37-41.

<sup>12</sup> Corte di giustizia UE, 14 marzo 2017, cit., *Achbita*, par. 30; Id., 15 luglio 2021, cit., *WABE e Müller Handel*, par. 52; Id., sez. II, 13 ottobre 2022, cit., *L.F.*, par. 33.

<sup>13</sup> Corte di giustizia UE, 15 luglio 2021, cit., *WABE e Müller Handel*, par. 52-53. In altri termini, sembra voler dire la Corte che la particolare condizione di disagio non è conseguenza ineludibile del professare una particolare religione, presupponendo una scelta della lavoratrice che può anche non essere compiuta. L'avvocato generale nelle sue *Conclusioni* relative alla causa *WABE e Müller Handel* aveva, a questo proposito, affermato che "la sussistenza di una discriminazione siffatta [diretta] deve essere esaminata con una valutazione oggettiva, consistente nel verificare se i dipendenti dell'impresa siano trattati allo stesso modo, e non sulla base di considerazioni soggettive proprie a ognuno di essi" (*Conclusioni* dell'avvocato generale Athanasios Rantos presentate il 25 febbraio 2021, par. 54). Cfr. pure Corte di giustizia UE, sez. II, 13 ottobre 2022, cit., *L.F.*, par. 34.

<sup>14</sup> Corte di giustizia UE, 15 luglio 2021, cit., *WABE e Müller Handel*, par. 73.



Esclusa, dunque, per definizione - salvo questi casi particolari - la ricorrenza di una discriminazione diretta, tuttavia, sempre secondo la Corte di giustizia, la regola aziendale può dare vita a una discriminazione *indiretta*, qualora il giudice nazionale accerti che essa sia neutra solo in apparenza, comportando, di fatto, un particolare svantaggio per i lavoratori che aderiscono a una determinata religione o ideologia<sup>15</sup>.

Il perseguimento, da parte del datore di lavoro, di una *politica di neutralità* ideologica nei rapporti con i clienti rappresenta comunque, in linea di principio, una finalità legittima (in quanto rientrante nella libertà d'impresa), atta, quindi, a giustificare il trattamento indirettamente differenziato fonte del particolare pregiudizio<sup>16</sup>, in presenza, però, di una serie di condizioni.

Anzitutto, il datore di lavoro deve dimostrare che tale politica sia *appropriata*, ossia risponda a una sua *reale esigenza*<sup>17</sup>.

Quest'ultima può consistere: *a)* nella *presentazione del datore di lavoro in modo neutrale* nei confronti dei clienti anche alla luce delle *preferenze da costoro espresse* purché sia dimostrata la presenza di *conseguenze sfavorevoli* per il datore di lavoro derivanti dalla mancata attuazione di quella politica, tenuto conto della natura delle attività dell'impresa o del contesto in cui esse si inscrivono<sup>18</sup>; *b)* oppure nell'*esigenza di prevenire conflitti sociali* nel luogo di lavoro (in particolare, quando risultino tensioni di carattere ideologico già verificatesi in passato)<sup>19</sup>; sempre nell'ambito dell'esame del carattere appropriato della differenza di trattamento, bisogna ponderare, tenendo conto del contesto specifico dello stato membro, i diversi diritti e libertà in gioco, al fine di pervenire a un giusto

---

<sup>15</sup> Corte di giustizia UE, 14 marzo 2017, cit., *Achbita*, par. 34; Id., 14 marzo 2017, cit., *Bougnaoui*, par. 32; Id., 15 luglio 2021, cit., *WABE e Müller Handel*, par. 74; Id., sez. II, 13 ottobre 2022, cit., *L.F.*, par. 37.

<sup>16</sup> Corte di giustizia UE, 14 marzo 2017, cit., *Achbita*, parr. 37-42; Id., 14 marzo 2017, cit., *Bougnaoui*, par. 33; Id., 15 luglio 2021, cit., *WABE e Müller Handel*, par. 63; Id., sez. II, 13 ottobre 2022, cit., *L.F.*, par. 39.

<sup>17</sup> Preciserà Corte di giustizia UE, sez. II, 13 ottobre 2022, cit., *L.F.*, par. 41, che una tale "interpretazione è ispirata dall'intento di incoraggiare per principio la tolleranza e il rispetto, nonché l'accettazione di un maggior grado di diversità e di evitare uno sviamento della creazione di una politica di neutralità all'interno dell'impresa a danno dei dipendenti che rispettano precetti religiosi che impongono di portare una determinata tenuta di vestiario".

<sup>18</sup> Corte di giustizia UE, cit., *WABE e Müller Handel*, parr. 64-67.

<sup>19</sup> Corte di giustizia UE, cit., *WABE e Müller Handel*, parr. 75-76.



equilibrio tra i medesimi<sup>20</sup>.

In secondo luogo, detta politica deve essere attuata *in modo coerente e sistematico* (non potendo considerarsi tale, ad esempio, un divieto che si limiti all'uso di segni di convinzioni politiche, filosofiche o religiose vistosi e di grandi dimensioni)<sup>21</sup> e, infine, deve limitarsi allo *stretto necessario*, coinvolgendo, ad esempio, soltanto i lavoratori *front office*<sup>22</sup>. È pure necessario tentare un accomodamento di fronte al rifiuto della lavoratrice di adeguarsi alla norma interna, proponendole, se ciò non comporti costi aggiuntivi, il trasferimento ad altro incarico che non comporti contatti diretti con la clientela<sup>23</sup>.

In ogni caso, le disposizioni nazionali che tutelano la libertà di religione possono rilevare come *disposizioni più favorevoli* in funzione della protezione dalle differenze di trattamento indirettamente fondate sulla religione o sulle convinzioni personali e, a tal fine, esse devono essere tenute in considerazione in occasione dell'esame del carattere appropriato del trattamento differenziato, qualora, ad esempio, ne subordinassero la giustificazione a requisiti più rigorosi di quelli previsti dalla direttiva 2000/78<sup>24</sup>.

Non sarebbe, invece, consentito scindere, al livello nazionale, in vari motivi distinti, l'unitario motivo di discriminazione fondato sulla "religione o le convinzioni personali", creando sottogruppi di dipendenti all'interno dell'azienda in relazione alla garanzia del principio di parità di trattamento, senza tuttavia che tale conclusione costituisca un ostacolo alla comparazione tra i dipendenti animati da convinzioni religiose e quelli animati da altre convinzioni personali, agli effetti dell'accertamento di una eventuale discriminazione diretta<sup>25</sup>.

---

<sup>20</sup> Corte di giustizia UE, cit., *WABE e Müller Handel*, par. 82 e par. 84; Id., sez. II, 13 ottobre 2022, cit., *L.F.*, par. 50.

<sup>21</sup> Corte di giustizia UE, cit., *WABE e Müller Handel*, parr. 77-78.

<sup>22</sup> Corte di giustizia UE, 14 marzo 2017, cit., *Achbita*, parr. 40 e 42; Id., cit., *WABE e Müller Handel*, par. 68-69.

<sup>23</sup> Corte di giustizia UE, 14 marzo 2017, cit., *Achbita*, par. 43.

<sup>24</sup> Corte di giustizia UE, cit., *WABE e Müller Handel*, parr. 89-90; Id., sez. II, 13 ottobre 2022, cit., *L.F.*, par. 52.

<sup>25</sup> Corte di giustizia UE, sez. II, 13 ottobre 2022, cit., *L.F.*, parr. 58-59.



### 3 - Il problema dell'individuazione del parametro della "situazione analoga" nel giudizio di comparazione volto ad accertare una discriminazione diretta per motivi religiosi

La prima impressione che sembra potersi ricavare dall'esame della giurisprudenza della Corte, fin qui sommariamente riassunta, è che quest'ultima non appare in alcun modo disposta a rivedere la sua posizione sin dall'inizio contraria ad ammettere la ricorrenza di quel *trattamento meno favorevole* della lavoratrice, determinato dalla regola aziendale, che costituisce essenziale presupposto su cui basare l'eventuale accertamento di una discriminazione diretta<sup>26</sup>. Il passaggio dell'ultima sentenza dove si ricorda che il principio è stato "ripetutamente dichiarato" dalla Corte<sup>27</sup> - pure di fronte all'affermazione del giudice di rinvio secondo cui l'interpretazione della Corte di giustizia "solleva seri interrogativi", rilevati anche da alcune posizioni critiche espresse da una parte della dottrina belga<sup>28</sup> - suona quasi come un monito al rispetto di un principio ormai definitivamente acquisito, non suscettibile, si può prevedere, di significativi ripensamenti in occasione di eventuali nuovi rinvii della questione davanti alla Corte<sup>29</sup>. C'è insomma un limite - di fronte al principio dell'efficacia vincolante, per tutti gli Stati membri dell'Unione, della decisione adottata dalla Corte di giustizia in sede di

---

<sup>26</sup> Ricordo che, a termini dell'art. 2, par. 2, lett. a), della direttiva 2000/78, "sussiste discriminazione diretta quando, sulla base di uno qualsiasi dei motivi di cui all'articolo 1, una persona è trattata meno favorevolmente di quanto sia, sia stata o sarebbe trattata un'altra in una situazione analoga".

<sup>27</sup> Corte di giustizia UE, sez. II, 13 ottobre 2022, cit., *L.F.*, par. 33.

<sup>28</sup> Tribunal du Travail de Bruxelles, 17 luglio 2020, *L. F. D., N.N. X c. S.C.R.L. «L. L.»*, BCE, par. 90: "Pour notre part, l'interprétation que donne la Cour de justice du concept de discrimination directe pose sérieusement question".

<sup>29</sup> Depone nel senso di cui al testo anche la circostanza in base alla quale allo stesso avvocato generale è stato richiesto dalla Corte di non affrontare la questione nell'ambito delle conclusioni (cfr. *Conclusioni* dell'avvocato generale Laila Medina relative alla causa C-344/20, *L.F. c. S.C.R.L.*, cit., par. 2 e par. 21). Va anche ricordato che, a differenza delle precedenti, tutte della Camera alta, l'ultima pronunzia è stata emanata dalla Corte a sezione semplice. Aveva parlato di "un assetto ormai in via di consolidamento" già con riguardo alla pronunzia *WABE e Müller Handel, V. PINTO, Corte di giustizia e velo islamico. Il punto su discriminazione e politiche aziendali di neutralità religiosa*, in *Riv. it. dir. lav.*, n. 4, 2021, p. 801. Su questa pronunzia, oltre agli Autori indicati nel prosieguo del presente contributo, cfr. altresì **E. PAGANO**, *La tutela della libertà religiosa nell'Unione europea nella recente giurisprudenza della Corte di giustizia*, in *Dir. comun. e degli scambi internaz.*, n. 1/2, 2021, p. 135 ss.; **R. COSIO**, *Il velo islamico. La gerarchia tra libertà religiosa e altri diritti fondamentali*, in *Mass. giur. del lav.*, 3/2021, p. 742 ss.



rinvio pregiudiziale - alla possibile riproposizione della questione, pure prendendo atto dei temperamenti che quel principio incontra nelle circostanze che il Tribunale del lavoro belga si preoccupa minutamente di enumerare<sup>30</sup>.

A un esito di questo tipo - come si proverà a dimostrare più avanti - si può guardare oggi con minore preoccupazione rispetto al passato quanto al temuto pregiudizio cui resterebbero esposte le ragioni sottese alla tutela della libertà di religione della lavoratrice e al suo diritto a non essere discriminata nei rapporti con i colleghi. Soccorre, in questo senso, l'approccio in qualche misura più sensibile all'esigenza di tutela delle identità diverse sul posto di lavoro di recente adottato dalla Corte<sup>31</sup>,

---

<sup>30</sup> Il giudice *a quo* ricorda che il giudice del rinvio è libero di decidere se sia sufficientemente informato dalla pronuncia pregiudiziale o se sia necessario adire nuovamente la Corte. A maggior ragione, il medesimo giudice potrebbe scegliere di chiedere nuovamente alla Corte di giustizia di pronunciarsi sulla questione già decisa, se ritiene che la risposta fornita manchi di chiarezza o che l'interpretazione data riguardi una particolare situazione di fatto, o ancora che permanga una controversia e che alcuni argomenti non sembrano essere stati presi in considerazione: Tribunal du Travail de Bruxelles, 17 luglio 2020, cit., par. 89.

<sup>31</sup> Il nuovo indirizzo è stato inaugurato in *WABE e Müller Handel*, che «se situe "directement dans le prolongement"» della precedente giurisprudenza, apportandovi "des nuances importantes" (A. DJELASSI, R. MERTENS, S. WATTIER, *Principe de neutralité dans les entreprises privées: la Cour de justice étoffe sa jurisprudence relative à l'interdiction des signes religieux*, in *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 2022, p. 373). In questa pronuncia la Corte si discosta parecchio dalle stesse conclusioni dell'avvocato generale Rantos, ancora preoccupato piuttosto dell'«esclusiva realizzazione dell'interesse dell'imprenditore» (R. BENIGNI, *Tutela dell'identità religiosa e neutralità aziendale. Il garantismo della giurisprudenza nazionale (Francia, Belgio e Germania) e le nuove indicazioni della Corte UE*, in *Quad. dir. pol. eccl.*, n. 3, 2021, p. 800) o, come pure è stato efficacemente scritto, di dare all'imprenditore "carte blanche in relation to how they formulate neutrality policies to follow the wishes, in other words, to pander to the prejudices, of their customers": E. HOWARD, *Headscarves and the CJEU: Protecting fundamental rights or pandering to prejudice*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, n. 5, 2021, p. 659 (della stessa A. cfr. pure *Headscarves return to the CJEU: Unfinished business*, ivi, n. 1, 2020, p. 10 ss., che si segnala pure per gli ampi riferimenti dottrinali offerti). La stessa E. HOWARD, *Headscarves and the CJEU: Protecting fundamental rights and pandering to prejudice, the CJEU does both*, ivi, 2022, p. 257, parla di "very welcome development", in quanto "the CJEU requires more rigorous justification for employer's neutrality policies than it had done in *Achbita*, where the right to freedom of religion of the employee did not appear to play any significant role". Ritiene, invece, che "[d]espite the revised test adopted in *WABE*, that judgment confirms the predominant role recogni[z]ed by the Court to the freedom to conduct a business", rimarcando il doppio registro adottato dalla Corte sul fronte della tutela del diritto del lavoratore a non essere discriminato per motivi religiosi a seconda che esso impatti sull'autonomia delle chiese o sulla libertà



avendo essa imboccato la direzione più convincente fra quelle cui avrebbe potuto condurre l'ampio spazio che la medesima si era riservata nelle prime pronunzie<sup>32</sup> a proposito delle garanzie di tutela offerte dallo schema della discriminazione *indiretta*. Schema cui si è sempre ritenuto che i medesimi fatti potessero essere (in via subordinata) ricondotti, attraverso un percorso logico alternativo a quello fondato sul riscontro dell'esistenza di un nesso diretto tra misura adottata e fattore protetto.

Tutto questo, però, non vale automaticamente a superare anche le perplessità suscitate dal tipo di argomentazioni che la Corte continua a utilizzare per escludere la ricorrenza di una discriminazione diretta.

Vale la pena insistere, invece, anche sugli argomenti invocati dalle tesi che ritengono almeno astrattamente configurabile una tale forma di discriminazione, sia perché ne deriva una più completa analisi della fattispecie, senz'altro utile dal punto di vista sistematico; sia soprattutto perché, com'è ovvio, l'elemento della comparazione della condizione della lavoratrice con persona che versi in una "situazione analoga", su cui si concentra l'argomentare della Corte di giustizia, si trova certamente al cuore della nozione di discriminazione diretta, ma non può non essere al centro della nozione di discriminazione genericamente intesa, e quindi anche della nozione di discriminazione indiretta.

Tutto ciò premesso, di *trattamento meno favorevole* su cui trovi innesto l'illegittimità della misura adottata dall'azienda si può parlare in presenza di un lavoratore che versi "in circostanze materiali paragonabili, che si differenzia dalla presunta vittima principalmente per la caratteristica che forma oggetto del divieto di discriminazione"<sup>33</sup>.

---

dell'impresa, **M. FERRI**, *The interplay between religious discrimination in the workplace and fundamental rights: the cherry-pick approach of the EU Court of Justice*, in *rivista.eurojus.it*, n. 1, 2022, p. 304 e p. 305 ss. (in relazione a questo specifico punto, sottolinea invece "l'azione di unificazione dei livelli europei di tutela della libertà religiosa dei lavoratori, che la Corte persegue ormai da qualche anno, soprattutto espandendo gli effetti diretti del diritto antidiscriminatorio", **R. BENIGNI**, *Tutela dell'identità religiosa*, cit., p. 799 s.); parla di "important but cautious step forward from the perspective of religious freedom and nondiscrimination in the workplace", **D.A. ZUTHER**, *The Headscarf Debate Returns to Luxembourg: A Second Chance for Religious Freedom?*, in *LSE Law Review*, 2021, p. 86.

<sup>32</sup> Cfr. **T. LOENEN**, *In Search of An EU Approach to Headscarf Bans: Where to Go after Achbita and Bougnaoui?*, in *Review of European Administrative Law*, n. 2, 2017, p. 72 s., dove si afferma che "given their terseness and ambiguity, the rulings seem to leave the Court with ample room for developing its case law in various directions".

<sup>33</sup> Agenzia dell'Unione europea per i diritti fondamentali e Consiglio d'Europa, *Manuale di diritto europeo della non discriminazione. Edizione 2018*, Lussemburgo, Ufficio delle pubblicazioni dell'Unione europea, 2019, p. 47.



Si può con sufficiente certezza affermare che le circostanze materiali da prendere in considerazione sono quelle riguardanti lo svolgimento della prestazione lavorativa riguardata dal punto di vista delle mansioni disimpegnate, che devono essere identiche o almeno simili. Per fare un esempio molto semplice, non potrà mai essere comparata la condizione della lavoratrice che svolge mansioni a diretto contatto col pubblico con quella della lavoratrice *back-office*.

Venendo in gioco una sospetta discriminazione basata su uno speciale fattore protetto, sembra poi evidente che potrà essere assunta come appropriato termine di comparazione (operata tra i dipendenti del medesimo imprenditore) solo la condizione di chi non abbia quel particolare fattore di rischio, vertendosi, altrimenti, semmai, in altre situazioni di potenziale violazione di regole di pari trattamento.

Una precisazione si rende, però, a questo riguardo necessaria.

Una volta ammesso, alla luce delle considerazioni della Corte più sopra richiamate, che il fattore di rischio “religione” deve essere assunto, nell’ambito della direttiva 2000/78, in connessione con le facoltà scaturenti dall’articolo 10 CDFUE, nei casi qui considerati esso non va declinato semplicemente come “professione della fede religiosa islamica” (da comparare con la situazione del lavoratore che non professi la medesima fede religiosa, perché ne professa una diversa o non ne professa alcuna), ma piuttosto come “professione della fede religiosa islamica da parte di lavoratrice che intenda manifestare la sua appartenenza confessionale” attraverso il particolare capo di abbigliamento<sup>34</sup>. È discutibile se bisogna ulteriormente distinguere tra religioni che impongono questo tipo di

---

<sup>34</sup> Cfr. il termine di comparazione come individuato dall’avvocato generale nelle *Conclusioni* presentate nella causa *Bougnaoui*: “Un ingegnere progettista [=circostanza materiale riferita alle particolari mansioni svolte dal lavoratore] occupato presso la Micropole [=stesso datore di lavoro] che non avesse scelto di manifestare il suo credo religioso indossando un particolare abbigliamento [=situazione in cui non ricorre il particolare fattore di rischio declinato in funzione delle convinzioni religiose e derivante dall’appartenenza confessionale e dalla particolare pratica religiosa] non sarebbe stato licenziato” (Conclusioni dell’Avvocato Generale Eleanor Sharpston presentate il 13 luglio 2016, Causa C-188/15 *Asma Bougnaoui e Association de défense des droits de l’homme (ADDH) contro Micropole SA*), par. 88. Cfr., tra gli altri, **D.A. ZUTHER**, *The Headscarf Debate Returns to Luxembourg*, cit., p. 106, secondo cui “[t]he relevant criterion is therefore not *having* such beliefs or convictions, but instead the desire to *manifest* them”.

La Corte ha pure precisato che non ci si può limitare a comparare la condizione *di chi ha* con la condizione *di chi non ha* particolari convinzioni religiose, dovendosi piuttosto accertare che il trattamento meno favorevole o lo svantaggio “venga patito in funzione della religione o delle convinzioni personali”: Corte di giustizia UE, 15 luglio 2021, *WABE e Müller Handel*, cit., par. 49.



manifestazioni dalle altre<sup>35</sup>, ma senza dubbio non si può prescindere dell'elemento legato alla manifestazione esterna delle convinzioni religiose possedute. Mi pare del tutto scorretto, invece, limitarsi a una comparazione tra le lavoratrici imperniata unicamente sul fatto materiale integrante la pratica religiosa, per concludere che il medesimo fatto, qualora posto in essere per motivi diversi da quelli religiosi, cadrebbe egualmente nel divieto fissato dalla misura aziendale<sup>36</sup>.

La Corte, come sappiamo, nega l'esistenza di una discriminazione diretta, in quanto anche un altro lavoratore alle dipendenze della stessa azienda che professasse e intendesse esternare un'altra fede religiosa o la sua particolare convinzione politica o filosofica, si troverebbe, a causa della configurazione della regola aziendale, nella medesima situazione, sarebbe cioè trattato nello stesso, identico modo. Mancherebbe quindi il requisito del trattamento meno favorevole di un lavoratore rispetto agli altri. Senza avvedersi che si tratta di un esito alquanto paradossale quello in cui la somma di due<sup>37</sup> (potenziali) discriminazioni dirette, anziché dare vita a un trattamento discriminatorio più grave, produca come risultato l'assenza di qualsiasi discriminazione (direttamente rilevabile), a causa del pari trattamento (potenzialmente discriminatorio ai danni) dei lavoratori dell'azienda<sup>38</sup>. In pratica, come è stato scritto, "il datore di lavoro lascia ai

---

<sup>35</sup> Cfr. D.A. ZUTHER, *The Headscarf Debate Returns to Luxembourg*, cit., p. 106 s.

<sup>36</sup> Cfr., *mutatis mutandis*, la vicenda decisa da United Kingdom Employment Appeal Tribunal nel 2007, *Azmi v Kirklees Metropolitan Borough Council* [2007] UKEAT 0009\_07\_3003 (30 March 2007), consultabile sul sito [www.bailii.org](http://www.bailii.org), relativa a una insegnante devota musulmana cui viene vietato di indossare in servizio "a long dress (the jabbah)" e "a veil which covers all of her head and face, save for her eyes, when in the presence of adult males" (par. 8). A prescindere dalla questione, che qui non interessa, della sua possibile giustificazione, il divieto è esplicitamente rivolto a colpire un particolare abbigliamento religioso, ma i giudici escludono la discriminazione diretta, basandosi sul seguente criterio di comparazione volto a individuare la "situazione analoga": la comparazione "must involve, in our judgment, a woman who, whether Muslim or not, for a reason other than religious belief wears a face covering. In our judgment it would be unrealistic, and would not comply with the requirements of the law, to pose a comparator who does not cover her face and who would not receive such an instruction or be exposed to risk of suspension for refusing it. Such a comparison would not illuminate the answer to the question".

<sup>37</sup> ... stando al numero dei diversi tipi di convinzioni ("religiose" e "filosofiche") espressamente ricomprese nella tutela offerta dalla direttiva 2000/78.

<sup>38</sup> La singolarità della conclusione cui perviene la Corte di giustizia è che una somma di (sospetti) trattamenti (direttamente) *discriminatori* (aventi a oggetto almeno due tipologie di convinzioni, quelle "religiose" e quelle "filosofiche", protette dalla direttiva 2000/78), possano dare vita a un provvedimento apparentemente *neutro*. Cfr. A.



propri dipendenti la libertà di vestirsi come preferiscono fintanto che essa non assuma i contenuti propri di una libertà fondamentale<sup>39</sup>. E l'unica cautela da adottare (per escludere la discriminazione diretta) è che la compressione delle libertà sia attuata in forma "ampia e generalizzata"<sup>40</sup> o nella forma "più estesa e incisiva possibile"<sup>41</sup>.

#### 4 - Alla ricerca delle ragioni in base alle quali si dà per scontata la non praticabilità di una comparazione "esterna" ai dipendenti aziendali di un medesimo datore di lavoro

In una situazione come quella prima descritta si potrebbe, anzitutto, non essere in grado di distinguere il caso in cui nessun lavoratore dell'azienda stia subendo un trattamento discriminatorio, perché ognuno è trattato *allo stesso modo* degli altri, da quello in cui tutti i lavoratori dell'azienda stiano,

---

**LICASTRO**, *Il dubbio di una "velata" discriminazione: il diritto di indossare l'hijab sul luogo di lavoro privato nei pareri resi dall'Avvocato generale alla Corte di giustizia dell'Unione europea*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, cit., n. 29/2016, p. 27 s. Cfr., altresì, **J.H.H. WEILER**, *Je suis Achbita*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, n. 4, 2018, p. 1139, secondo cui la «stessa individuazione di due categorie protette nella definizione di "neutralità" trasforma tale policy [aziendale] in una discriminazione diretta. Il diverso impatto prodotto nei confronti delle varie religioni rimane una discriminazione indiretta». Più avanti (p. 1140) l'A. pone (retoricamente, dal suo punto di vista) il seguente interrogativo: la «società intende escludere ogni manifestazione ideologica o religiosa, per cui utilizza specificamente la "religione" e le "convinzioni personali" come un criterio di esclusione e semplicemente lo chiama "neutralità". Tale scelta rende la discriminazione meno diretta (sia essa giustificata o meno)?». Si veda pure **E. TARQUINI**, *Il velo, il mercato, il corpo delle donne. La giurisprudenza di fronte al divieto di vestizione del velo islamico*, in *Lavoro, Diritti, Europa*, n. 1, 2018, la quale si dichiara colpita dalla conclusione della Corte secondo cui "può dirsi neutra (o almeno, ai fini che interessano, apparentemente neutra) anche una regola che impone divieti e fa seguire conseguenze pregiudizievoli immediatamente alla titolarità di fattori protetti", p. 10.

<sup>39</sup> **V. PINTO**, *Corte di giustizia*, cit., p. 804. In generale, sugli obblighi gravanti sul dipendente attinenti alla cura della persona e all'abbigliamento, cfr. **P. ICHINO**, *Il contratto di lavoro. II, Soggetti e oggetto del contratto, sicurezza del lavoro, retribuzione, qualità, luogo e tempo della prestazione lavorativa*, Trattato di diritto civile e commerciale già diretto da Antonio Cicu, Francesco Messineo, Luigi Mengoni continuato da Piero Schlesinger, Giuffrè, Milano, 2003, par. 284.

<sup>40</sup> **V. PINTO**, *Corte di giustizia*, cit., p. 805. Parla di "intrinsic bizarreness of a rule that bans 'large-scale' signs and the uncertainty to which it may lead", **E. SHARPSTON**, *Shadow Opinion*, cit., par. 121.

<sup>41</sup> **V. PINTO**, *Corte di giustizia*, cit., p. 809.



invece, subendo *allo stesso modo* una (medesima) discriminazione<sup>42</sup>.

Immaginiamo, ad esempio, che tutti i lavoratori dell'azienda intendano manifestare visibilmente le proprie convinzioni religiose, politiche o filosofiche sul luogo di lavoro. Stando all'impostazione della Corte, il provvedimento di cui ci stiamo occupando non potrà mai essere considerato, in presenza di un provvedimento aziendale come quello in esame, direttamente discriminatorio, perché nessuno dei lavoratori è trattato meno favorevolmente degli altri.

Anche accogliendo l'accezione tipicamente "relazionale" del divieto di discriminazione, invero non da tutti condivisa<sup>43</sup>, e prima di soffermarmi sulla ricostruzione dei termini di quella che, a mio avviso, deve essere una corretta comparazione interna ai dipendenti dell'impresa, va detto che la sorte del medesimo provvedimento sarebbe chiaramente diversa qualora fosse possibile comparare i lavoratori dell'impresa con lavoratori alle dipendenze di altri imprenditori.

Sebbene si tratti di questione che non risulta in dottrina essere stata in alcun modo affrontata, adagiandosi i commentatori (anche quelli più critici) sullo schema adottato dalla Corte, senza dare in alcun modo conto delle motivazioni di una tale scelta, bisogna cercare, a questo punto, di interrogarsi su quale sia la ragione che imponga l'utilizzo esclusivo di quello schema. Si può essere certi del fatto che, perché ricorra la "situazione analoga", il lavoratore assunto a termine di riferimento nel

---

<sup>42</sup> Come era stato osservato nella giurisprudenza belga, se "le juge de l'égalité compare deux groupes de victimes d'une même discrimination, il aboutira inévitablement à constater une absence de discrimination": Tribunal du travail francophone de Bruxelles, Ch. des Référéés, ord. 16 novembre 2015, n. 13/7830/A, *Samira A. c. Actiris, Office Régional Bruxellois de l'Emploi*, par. 79, che cita L. VAN DEN MEERSCHE, *La jurisprudence relative à l'article 13 du Traité CE, dans le prolongement ou à l'écart de la jurisprudence sur l'égalité de genre*, in *Chr. dr. soc.*, 2010, p. 245.

<sup>43</sup> Cfr. N. COLAIANNI, *Il velo delle donne musulmane tra libertà di religione e libertà d'impresa. Prime osservazioni alla sentenza della Corte di giustizia sul divieto di indossare il velo sul luogo di lavoro*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, cit., n. 11 del 2017, p. 5, il quale configura il diritto a non essere discriminati come "un diritto assoluto a non essere svantaggiati e non già più svantaggiati o legittimamente svantaggiati in omaggio alla libertà d'impresa" (corsivo presente nell'originale). Nel senso che la nozione di "disparità di trattamento" "esige un giudizio relazionale e richiede che l'atto sia messo in relazione con un altro atto che sia o che sia stato posto in essere in una situazione uguale", mentre il giudizio intorno alla discriminazione non richiede necessariamente un tale confronto, dovendosi guardare piuttosto "all'incidenza [...] di una qualità personale", rispetto al quale giudizio "il confronto con gli altri trattamenti rappresenta un indizio", D. MAFFEIS, *Libertà contrattuale e divieto di discriminazione*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2/2008, p. 413.



giudizio di comparazione debba svolgere la sua attività all'interno della medesima azienda oppure ciò non è necessario? Più precisamente, il corretto termine di comparazione per stabilire la ricorrenza di una eventuale discriminazione diretta determinata da motivi religiosi deve necessariamente ricercarsi in un lavoratore alle dipendenze (sia pure solo virtualmente) del medesimo datore di lavoro oppure no? Mi pare evidente che la Corte di giustizia dia per scontata una risposta affermativa a tale quesito, ma non mi sembra di palmare evidenza quali siano le basi su cui un tale tipo di soluzione possa basarsi. Se fosse possibile la comparazione con i lavoratori di un'altra azienda, il termine di riferimento potrebbe essere rappresentato anche da un lavoratore portatore del medesimo fattore di rischio (=professione di fede islamica da parte di chi intende manifestare la propria appartenenza confessionale indossando il velo), collocabile, pertanto, non in una "situazione analoga", ma in una "situazione identica" rispetto al soggetto asseritamente discriminato. Ci sarebbe però da considerare la variabile legata alla libertà di scelta del datore di lavoro che, ad esempio, pur potendo pretendere (in ipotesi), per ragioni obiettive, legate al tipo di servizio offerto dall'impresa e alle mansioni svolte dalla dipendente, che la lavoratrice non indossi il velo, rinunciasse a esigere dalla medesima un comportamento di questo tipo.

L'ambito in cui il problema risulta essere stato maggiormente approfondito dai Giudici di Lussemburgo è quello concernente la discriminazione retributiva tra uomo e donna<sup>44</sup>. Si può provare a ricavare qualche indicazione dal tipo di conclusioni cui la Corte è giunta in questa materia, valutando se possa risultarne ragionevole una estensione al settore di nostro specifico interesse.

Pur riconoscendo che nella formulazione della disposizione del diritto dell'Unione in materia di parità di retribuzione tra lavoratori di sesso maschile e quelli di sesso femminile (art. 141 TCE, ora art. 157 TFUE) nulla lascerebbe intendere che essa si applichi solo a "situazioni in cui uomini e donne svolgono la propria attività lavorativa per un medesimo datore di lavoro", qualora, tuttavia, le differenze retributive rilevate non possano essere ricondotte a un'„unica fonte", lo stesso lavoro (o il lavoro avente identico valore) presso diverse organizzazioni produttive non può essere comparato, perché, spiega la Corte, "manca un soggetto che sia responsabile della diseguaglianza e che possa ristabilire la parità di

---

<sup>44</sup> Cfr. **M. PERUZZI**, *La parità retributiva di genere nello specchio della decentralizzazione contrattuale. Problemi e soluzioni in una prospettiva di analisi comparata*, in *Riv. it. dir. lav.*, n. 2, 2017, p. 245 s.



trattamento”<sup>45</sup>.

Detto in altri termini, mancherebbe un sicuro “punto di riferimento” su cui calcolare la misura della retribuzione che entrambi i datori di lavoro coinvolti nella comparazione dovrebbero corrispondere, considerato anche che nulla impedisce a uno di essi di concedere emolumenti ben più elevati di quelli minimi stabiliti, ad esempio, dalla contrattazione collettiva.

Peraltro, se la “fonte unica” è la legge (nazionale), o il contratto collettivo di lavoro, che si rivelino concretamente lesivi del diritto alla pari retribuzione dei lavoratori di sesso femminile rispetto a quelli di sesso maschile (consentano, per esempio, a parità di quantità e qualità di lavoro, una retribuzione più bassa per le donne), evidentemente in questo caso sarà possibile comparare anche la condizione di lavoratori operanti presso imprese diverse. Responsabili della discriminazione saranno, però, rispettivamente, il legislatore o le parti del contratto collettivo, non il datore di lavoro che applichi quanto previsto dalla fonte legislativa o contrattuale.

Ribadito che anche per quanto riguarda l’articolo 2 della direttiva 2000/78, nulla farebbe pensare, almeno stando al tenore testuale della disposizione, al requisito dello svolgimento dell’attività lavorativa alle dipendenze del medesimo datore di lavoro quale presupposto per la comparabilità delle situazioni, non sembrano neppure configurabili nella fattispecie di nostro interesse le ragioni poste, come si è visto, a giustificazione di un tale requisito in materia di parità di retribuzione tra lavoratori di sesso maschile e femminile.

---

<sup>45</sup> Corte di giustizia UE, 13 gennaio 2004, C-256/01, *Debra Allonby c. Accrington de Rossendale College, Education Lecturing Services, trading as Protocol Professional*, già *Education Lecturing Services, Secretary of State for Education and Employment*, parr. 45-46; Id., 17 settembre 2002, C-320/00, *A. Lawrence e altri c. Regent Office Care Ltd Commercial-Catering Group Mitie Secure Services Ltd*, parr. 17-18. Mancando una unica fonte, è evidente che, in materia di parità di retribuzione, risulta davvero impossibile accertare una eventuale discriminazione in base al sesso, in assenza di un preciso punto di riferimento da assumere come termine di riferimento. Cfr. l’esempio riportato dall’avvocato generale nelle *Conclusioni* da lui presentate nella causa *Lawrence*, riguardante “la situazione in cui un datore di lavoro corrisponde stipendi superiori rispetto ad un altro. In base a questa circostanza i dipendenti del secondo datore di lavoro non possono rivendicare il diritto di ricevere uno stipendio pari a quello versato dal primo. Anche qualora presso il secondo datore di lavoro fossero impiegate soprattutto donne, non si può concludere per quest’unico motivo che viene operata una discriminazione in base al sesso. L’unica cosa che si può accertare in un simile caso è una differenza nei rapporti retributivi presso i due datori di lavoro”: *Conclusioni* dell’Avvocato generale L.A. Geelhoed presentate il 14 marzo 2002, par. 37.



Di fronte, ancora una volta, a un fattore di rischio declinato sotto forma di restrizione di una libertà fondamentale (la libertà di cui all'articolo 10 CDFUE), la situazione da assumere come termine di comparazione non potrà non essere quella in cui una tale restrizione non sia di fatto operata. Conseguentemente, anche il datore di lavoro a cui addebitare, eventualmente, la responsabilità della ricorrenza del trattamento discriminatorio, e che avrà tutti gli strumenti per eliminarlo, non potrà non essere quello che ha introdotto la già menzionata restrizione, non certo gli altri che una tale restrizione non abbiano previsto.

Vero è, però, che ciò non basta a superare tutte le difficoltà che si presentano nella concreta individuazione della "situazione analoga" presso aziende diverse da quella in cui opera la lavoratrice.

Una volta travalicato il (comodo riferimento del) perimetro aziendale, utilizzabile come ragionevole parametro di comparazione solo per il caso in cui si operino differenze di trattamento tra singoli lavoratori o tra gruppi di lavoratori della stessa azienda, diventa davvero molto complicato stabilire i confini entro i quali potrebbe spaziare una tale scelta: la commessa del negozio di moda cui sia imposto di non indossare il velo potrà lamentare una discriminazione rispetto alla collega della *boutique* di fronte, che magari il velo lo indossa senza problemi? Oppure potrà lamentarla invocando il trattamento di fatto riservato alle commesse nella maggior parte dei negozi di abbigliamento che si trovino nello stesso quartiere o in città? E ci si può spingere ancora oltre? Si può direttamente fare valere in giudizio il dato risultante dall'esercizio dei poteri datoriali di organizzazione interna aziendale, comparando le regole organizzative di diverse aziende? E di quali aziende? Come si concilia tutto questo con la libertà di impresa del singolo datore di lavoro?

Il problema è complesso, ma non sembra irrisolvibile, anche considerando che esso si presenta normalmente in caso di sospetta discriminazione indiretta. Non si vede però perché, in quel caso, a ricostruire il corretto parametro di riferimento possano concorrere anche le risultanze di indagini statistiche, con conseguente apertura a una dimensione che trascende il perimetro aziendale, e lo stesso non si possa aprioristicamente fare, invece, nel caso di sospetta discriminazione diretta<sup>46</sup>. Che ci si possa trovare di fronte almeno a un indizio dell'indebita

---

<sup>46</sup> Ritiene configurabile, nella stessa fattispecie in esame, una discriminazione di genere, data la differenza statistica tra uomini e donne colpite dalla misura, come pure una discriminazione su base di origine etnica, in quanto il divieto colpirebbe



incidenza del fattore di rischio nella scelta operata dall'altro imprenditore (alle cui dipendenze presta la propria opera la lavoratrice che lamenta la discriminazione) mi pare indubbio.

Non può, da questo particolare punto di vista, servire a differenziare le due situazioni, la circostanza che, in caso di discriminazione diretta, viene in rilievo un *trattamento* (differenziato e particolarmente svantaggioso), mentre in quella indiretta si produce un *particolare svantaggio* quale *effetto* di un provvedimento apparentemente neutro. Sicché, in sostanza, se la differenza non risiede tanto nel trattamento, quanto piuttosto negli effetti che esso produce si avrebbe discriminazione indiretta. Questa differenza sembra avere un rilievo solo formale e si spiega alla luce della prospettiva in cui si colloca l'articolo 2 della direttiva 2000/78, che è quella secondo cui la discriminazione diretta chiama in causa il fattore protetto direttamente (appunto) (per questo motivo è terminologicamente appropriato solo in relazione a essa evocare un "trattamento" discriminatorio) - anche se non è detto che si debba trattare necessariamente di un solo fattore protetto (considerato, cioè, in via esclusiva) - mentre la discriminazione indiretta prescinde, almeno in prima battuta, da quel fattore, emergendo, per così dire, in un secondo momento, alla luce di ulteriori considerazioni, l'effetto svantaggioso determinatosi ai danni del lavoratore, quasi come una sorta di "sfortunato effetto collaterale"<sup>47</sup>.

## 5 - I termini di una corretta comparazione interna ai dipendenti dell'azienda

La via ancora da ultimo battuta dal giudice del rinvio (Tribunale del lavoro di Bruxelles) per provare a scardinare l'impostazione della Corte di giustizia è stata però quella - più "sicura" e ben "collaudata" - della comparazione "interna" tra i dipendenti del medesimo datore di lavoro.

Almeno di regola, se si assume come termine di comparazione un lavoratore che sia (in atto), sia stato (nel passato, anche se non più ora) o sarebbe (in via del tutto ipotetica) alle dipendenze del medesimo datore di lavoro, un trattamento meno favorevole può emergere in maniera

---

maggiormente le donne con un *background* migratorio, E. HOWARD, *Headscarves and the CJEU*, cit., p. 254.

<sup>47</sup> Usa questa immagine ("merely an unfortunate side-effect") E. SHARPSTON, *Shadow Opinion*, cit., par. 207.



evidente di fronte a un provvedimento datoriale già “nativamente” di carattere “selettivo”, che interessi cioè sin dal modo in cui è formulato solo determinati dipendenti (i quali professano o non professano una determinata religione e che intendano o non intendono manifestarla in azienda) e non altri (che ne professano una diversa o nessuna o non abbiano comunque intenzione di manifestare le proprie convinzioni)<sup>48</sup>.

Peraltro, il giudice di rinvio si sforza di dimostrare che un *trattamento meno favorevole* tra i dipendenti possa profilarsi - e possa essere concretamente individuato anche per effetto di una mera *comparazione che non travalichi il perimetro aziendale* - pure nel caso del provvedimento che per il modo in cui è formulato colpisce *in maniera indiscriminata* tutti i lavoratori dell'impresa, introducendo delle restrizioni che *allo stesso modo* limitano l'espressione delle convinzioni religiose, filosofiche e politiche dei lavoratori.

C'è una acuta osservazione fatta dal Tribunale, alla quale la Corte di giustizia stranamente non sembra dare molto peso. Il giudice del rinvio non si spiega come mai la Corte di giustizia neghi l'esistenza di un trattamento meno favorevole di alcuni lavoratori a danno di altri (della medesima azienda) agli effetti dell'accertamento di una eventuale discriminazione diretta, salvo poi ammetterne l'esistenza agli effetti della possibile ricorrenza di una discriminazione indiretta<sup>49</sup>.

Che la discriminazione indiretta rappresenti la conseguenza

---

<sup>48</sup> È appena il caso di precisare che la comparabilità delle situazioni segue le stesse regole anche nel caso di datori di lavoro così detti “di tendenza”. In questo caso, il provvedimento di carattere “selettivo”, basato sulla religione, rappresenta la regola e determina un trattamento meno favorevole per chi non segue lo stesso orientamento ideologico della organizzazione. Altro discorso è quello relativo alla giustificazione del trattamento, basata sull'obbligo di fedeltà gravante sul lavoratore rispetto all'etica dell'organizzazione. Di recente, in Germania, il Landesarbeitsgericht (Tribunale regionale del lavoro) di Hamm, 25 marzo 2021, 18 Sa 1197/20 (consultabile sul sito <http://www.justiz.nrw.de>), ha stabilito che un'infermiera di fede musulmana che lavora in un ospedale gestito da protestanti se, nonostante i ripetuti avvertimenti, insiste per indossare il velo durante il suo lavoro, viola il suo dovere di lealtà verso l'organizzazione, in quanto non appare almeno in posizione di neutralità verso la medesima, ma si presenta all'esterno come una dipendente che testimonia una fede non cristiana e sostiene l'Islam durante il suo lavoro. Risulta pertanto presente un requisito professionale essenziale, legittimo, giustificato e proporzionato nelle circostanze previste in cui l'attività deve essere svolta (par. 149).

<sup>49</sup> Trib. du travail de Bruxelles, 17 luglio 2020, cit., par. 100: “si la règle interne ne génère aucun désavantage pour le travailleur marqué par le critère protégé du point de vue d'une discrimination directe, comment une discrimination indirecte pourrait-elle encore être envisagée, puisque par hypothèse il n'y a pas de désavantage?”.



“indiretta”, appunto, di un provvedimento (apparentemente neutro), non toglie che il particolare svantaggio deve comunque ricadere su un lavoratore o un gruppo di lavoratori trattati di fatto in modo meno favorevole rispetto ad altri che versino in una “situazione analoga” rispetto ai primi. Gli stessi organismi europei di supporto delle istituzioni in materia di protezione dei diritti umani sottolineano che “entrambe le forme di discriminazione determinano una disparità di trattamento in situazioni analoghe”<sup>50</sup>, aggiungendo molto saggiamente che in “alcuni casi, la divisione è [...] teorica e potrebbe risultare problematico stabilire se si tratti di discriminazione diretta o indiretta”<sup>51</sup>.

Amnesso, quindi, che un termine di confronto *tra i lavoratori dell'azienda* da cui emerge la potenziale discriminazione a danno di alcuni di essi deve necessariamente esistere perché si possa profilare, alla luce delle stesse conclusioni cui giunge la Corte, una discriminazione indiretta, è tutt'altro che peregrina l'idea di individuare, nei lavoratori dell'azienda che non professano la religione islamica e non avvertano l'esigenza di manifestare la loro appartenenza confessionale, la “situazione analoga” su cui misurare (anche) la ricorrenza di una eventuale discriminazione diretta. Anche nell'esempio sopra riferito, in cui tutti i dipendenti desiderassero manifestare le proprie convinzioni (religiose, politiche o filosofiche), si potrebbe individuare un soggetto privo del particolare fattore di rischio, da assumere a termine di comparazione, in colui che “virtualmente” o “ipoteticamente” versasse nella situazione analoga, sebbene di fatto non dipendente dell'impresa<sup>52</sup>.

L'errore in cui non si deve cadere a questo riguardo è quello di descrivere la posizione della lavoratrice cui viene vietato di esibire il velo come afflitta da un “disagio” meramente psichico e dunque soggettivo, come tale non integrante la base per una (potenziale) discriminazione.

Intanto, bisognerebbe spiegare perché un tale “disagio” possa

---

<sup>50</sup> Cfr. Agenzia dell'Unione europea per i diritti fondamentali e Consiglio d'Europa, *Manuale*, cit., p. 57. Più avanti opportunamente si sottolinea che al pari della discriminazione diretta, anche nel caso di quella indiretta “il giudice deve individuare un termine di confronto per stabilire se l'effetto di una particolare disposizione, criterio o prassi sia significativamente più negativo di quello prodotto su altre persone che si trovano in una situazione analoga” (p. 62).

<sup>51</sup> Agenzia dell'Unione europea per i diritti fondamentali e Consiglio d'Europa, *Manuale*, cit., p. 57.

<sup>52</sup> Ricordo che, a termini dell'art. 2, par. 2, lett. a), della direttiva 2000/78, per l'individuazione del trattamento meno favorevole può farsi riferimento alla persona che “sarebbe trattata [...] in una situazione analoga”.



essere causa di discriminazione indiretta se è da escludere che possa rilevare in sede di accertamento di una discriminazione diretta; in secondo luogo, degradare a “disagio” meramente soggettivo o interiore le conseguenze legate all’impossibilità di rispettare i precetti religiosi che impongono alla donna un determinato abbigliamento entra in palese conflitto con la premessa, posta dalla stessa Corte di giustizia, secondo la quale il motivo tutelato come fattore di rischio include le facoltà connesse all’esercizio della libertà di cui all’articolo 10 CDFUE; in terzo luogo, l’argomento - utilizzato dalla Corte - secondo cui la ricorrenza di un tale “disagio” non incide in alcun modo sulla constatazione in base alla quale la norma aziendale non istituisce comunque una differenza di trattamento tra lavoratori basata su un criterio inscindibilmente legato alla religione<sup>53</sup>, oltre a svalutare, ancora una volta, il nesso tra fattore di rischio e esercizio di una libertà fondamentale, non sembra avere maggiore peso rispetto a quello che sottolinea come il provvedimento selezioni in qualche modo i lavoratori (e gli aspiranti tali) facendo *diretto ed esplicito* riferimento alla “religione” - da cui in linea di principio il rapporto di lavoro e le regole organizzative interne all’azienda dovrebbero sempre prescindere - sia pure in connessione con un altrettanto *diretto ed esplicito* riferimento alla “filosofia” e alla “politica”<sup>54</sup>.

I dipendenti sono *realmente* (non *apparentemente*) trattati allo stesso modo, ma solo perché per tutti è disinnescata la specifica garanzia derivante dalla presenza dei vari fattori di rischio protetti<sup>55</sup>.

---

<sup>53</sup> Corte di giustizia UE, cit., *WABE e Müller Handel*, par. 53.

<sup>54</sup> Richiama cinque specifiche ragioni individuate in dottrina per sostenere che sia in *Achbita* che in *Wabe e Müller* il divieto della particolare pratica religiosa avrebbe comportato una discriminazione diretta, cfr. **E. HOWARD**, *Headscarves and the CJEU*, cit., pp. 251-253. Cfr. pure **E. SHARPSTON**, *Shadow Opinion*, cit., par. 123: “It seems to me difficult to avoid the conclusion that, in relation to those members of non-Christian religions that regard themselves as obliged to wear mandated religious apparel, rules such as those put in place by both employers in these two references discriminate against such employees on a prohibited ground (religion). I venture to add that, in relation to such persons, the discrimination in question looks very much like direct discrimination”.

<sup>55</sup> La stessa Corte di giustizia ha avuto occasione di ribadire che “la discriminazione indiretta può derivare da una misura che, pur formulata in modo neutro, ossia *con riferimento ad altri criteri non connessi alla caratteristica protetta*, porta tuttavia a sfavorire particolarmente le persone che possiedono tale caratteristica”: Corte di giustizia UE, G.C., 16 luglio 2015, causa C-83/14, *CHEZ Razpredelenie Bulgaria AD c. Komisia za zashtita ot diskriminatsia*, par. 94 (mio il corsivo). Si richiama a tale precisazione della Corte, **P. DIGENNARO**, *Il difficile equilibrio tra libertà religiosa e libertà di impresa*, in *Riv. giur. del lav. e della prev. soc.*, n. 3, 2017, II, p. 375.



**6 - L'improponibilità, sul piano sostanziale, di una piena equiparazione del fattore di rischio legato all'esternazione delle convinzioni "religiose" a quello legato all'esternazione di convinzioni "filosofiche" e "politiche"**

Affrontare in termini puramente formalistici la questione<sup>56</sup> - ammesso, in linea del tutto ipotetica, che sia questa la via più indicata per la soluzione del tipo di problemi in esame - può, dunque, non essere di per sé sufficiente a condurre a risultati univoci sul fronte della tutela delle ragioni della lavoratrice o di quelle contrapposte dell'impresa. Vi sono argomenti di un certo peso che depongono in un senso ben preciso e altri, di pari importanza, che indirizzano nella direzione esattamente opposta.

La fattispecie in esame - sul diverso piano sostanziale - pone un problema di *pari trattamento* (da parte di un medesimo datore di lavoro) di *situazioni sensibilmente differenti* (se reciprocamente comparate) avuto riguardo non tanto - salvo quello che si dirà a momenti - al tipo di garanzie per esse previste a livello di diritto antidiscriminatorio, quanto sul piano della loro oggettiva pericolosità riguardo alla possibile, concreta incidenza sui fattori di rischio cui è esposto il bene del pari trattamento dei lavoratori senza distinzioni di convinzioni possedute e manifestate. La peculiare rilevanza che riveste il fattore di rischio protetto delle convinzioni religiose è chiaramente desumibile dalla verifica empirica del tasso di ricorrenza delle situazioni di conflitto di cui si ha notizia nell'ambito della concreta esperienza aziendale europea.

Dico subito che, a rigore, anche quanto alle garanzie previste a livello di diritto antidiscriminatorio, le convinzioni "religiose" possono essere assimilate alle convinzioni "filosofiche" e "spirituali", ma non alle convinzioni "politiche", escluse, stando a quanto la stessa Corte di giustizia ha precisato, dalla "copertura" offerta dalla direttiva. Se così è, appare come una palese forzatura abbinare, *nel contesto della stessa direttiva 2000/78*, all'interno del quale si muove dichiaratamente la Corte, le manifestazioni delle convinzioni "politiche" alle altre, seguendo in definitiva lo schema adottato dal provvedimento aziendale contestato, che, anche attraverso il riferimento a espressioni della libertà del lavoratore prive di garanzia all'interno della direttiva (la manifestazione delle convinzioni politiche), riuscirebbe così a neutralizzare le specifiche

---

<sup>56</sup> Parla di "distinguo formalistici della Corte", N. COLAIANNI, *Il velo delle donne musulmane*, cit., p. 5. Lamenta il "rigido formalismo" della Corte anche V. PINTO, *Corte di giustizia*, cit., p. 808.



forme di tutela in essa invece specificamente assicurate alle convinzioni di carattere religioso (come anche a quelle di carattere filosofico e spirituale).

Sotto il profilo, poi, della frequenza con cui queste situazioni di conflitto si manifestano concretamente, si può immaginare che non siano numerosi i casi in cui i dipendenti che prestano attività all'interno di una azienda avvertano l'esigenza incontenibile di manifestare in maniera vistosa e con continuità la loro adesione a una filosofia o le loro simpatie politiche.

Questo accade perché - fermo restando, com'è ovvio, che la libertà di manifestare le convinzioni politiche e filosofiche non merita certamente una protezione di livello inferiore rispetto a quella di manifestazione *tout court* delle convinzioni religiose - la donna di religione islamica è portatrice di una esigenza tutta particolare, derivante dal precetto confessionale che le impone di seguire precise regole nell'abbigliamento. La sua, quindi, non è una semplice esigenza di esternare una convinzione religiosa posseduta, quanto una esigenza di comportarsi con continuità, nel contesto lavorativo, in piena aderenza ai precetti della sua religione<sup>57</sup>. Non credo esistano ideologie politiche e nemmeno filosofiche che impongano analoghe regole di condotta ai rispettivi aderenti. Anche ove si volesse prescindere da tali considerazioni, resterebbe comunque il dato di fatto, incontestabile, che sono le donne di religione islamica a porre concretamente (almeno nella stragrande maggioranza dei casi) questi problemi, non gli aderenti a una qualche filosofia o ideologia politica<sup>58</sup>.

---

<sup>57</sup> Cfr. **J.H.H. WEILER**, *Je suis Achbita*, cit., p. 1116: "Vi è [...] una sostanziale differenza fenomenologica tra il desiderio di manifestare la propria identità religiosa e la volontà di osservare i precetti della propria fede mettendo in pratica certi comportamenti o - in altri termini - tra il proibire a qualcuno di esprimere la sua identità religiosa e il costringerlo deliberatamente a violare alcune norme che questi considera sacre". Secondo **V. NUZZO**, *La Corte di Giustizia e il velo islamico*, in *Riv. it. dir. lav.*, n. 2, 2017, II, p. 441, il divieto dell'indumento religioso «discrimina (direttamente) chi quell'indumento "deve" indossarlo in ragione di una fede che lo impone».

<sup>58</sup> Di fronte al divieto per tutti gli alunni, introdotto dalla legge austriaca sull'istruzione scolastica [§ 43a (1)], di indossare *indumenti di natura ideologica o religiosa che comportino la copertura del capo* fino alla fine dell'anno scolastico in cui compiono 10 anni, la Corte costituzionale austriaca non ha dubitato che si tratti di un divieto selettivo, destinato ad applicarsi ai soli alunni mussulmani, distinti dagli altri in modo discriminatorio. Sebbene l'affermazione della neutralità religiosa e ideologica dello Stato possa in linea di principio giustificare anche restrizioni della sfera giuridica individuale, conclude la Corte, concentrarsi su una specifica religione o credenza e la sua specifica espressione in un (e solo questo) tipo di abbigliamento, anche comparabile con altre abitudini di abbigliamento non vietate, non è compatibile con il requisito della neutralità [Verfassungsgerichtshof, 11 dicembre 2020, G4/2020 (G4/2020-27)].



Il dubbio che il riferimento, nella misura aziendale contestata, alle convinzioni filosofiche e politiche possa servire talora a distrarre dall'obiettivo che essa mira realmente a conseguire, che è quello di colpire (direttamente?) un unico fattore di rischio, è fondato; e, comunque la si pensi su questo punto, quello appena descritto è un risultato cui si perviene nei fatti, nel concreto dello svolgersi dei rapporti di lavoro all'interno delle aziende europee, nelle quali alcune lavoratrici, a causa della propria professione di fede, vengono scartate in fase di selezione, o vengono licenziate dopo la costituzione del rapporto, mentre restano indenni da qualsiasi pregiudizio gli altri lavoratori, che avranno anche proprie convinzioni religiose, filosofiche e politiche, ma raramente o in via del tutto estemporanea (secondo *l'id quod plerumque accidit*) avvertiranno l'esigenza di esternarle.

Quando si insiste nel ribadire che le norme del nuovo diritto antidiscriminatorio europeo guardano alle oggettive conseguenze sfavorevoli a danno dei lavoratori, prescindendo dall'intenzionalità della condotta dell'imprenditore, o meglio dall'*animus nocendi* di quest'ultimo, si dice una cosa giusta, che segna una importante differenza rispetto ad altre impostazioni che possono essere adottate in materia di tutela della parità di trattamento dei lavoratori<sup>59</sup>. Anche nella fattispecie in esame è quindi bene evitare di restare impaniati nella difficile dimostrazione di un intento discriminatorio del datore di lavoro, ma bisognerebbe prendere comunque atto del dato oggettivo cui si è fatto più volte riferimento, ossia dell'unico fattore di rischio realmente inciso dalla misura aziendale considerata.

Senza considerare che, in presenza di un nesso così palese tra misura introdotta dall'azienda e fattore di rischio protetto, secondo quanto la stessa Corte ha in altra occasione ribadito, anche un provvedimento apparentemente neutro può essere causa della forma più grave di

---

<sup>59</sup> La rilevanza oggettiva delle conseguenze sfavorevoli non significa peraltro che il comportamento doloso dell'imprenditore non possa incidere sull'esistenza stessa della discriminazione. A questa conclusione «non osta [...] il fatto che né alla lettera *a* né alla lettera *b* dell'art. 2, c. 2, si fa riferimento alla necessità di uno specifico intento discriminatorio, poiché l'assenza di un riferimento a quest'ultimo elemento nelle disposizioni serve ad ampliare la portata protettiva delle stesse, ma non esclude che quando un "dolo" nei confronti di un lavoratore sia riscontrabile, questo porti all'accertamento di una discriminazione diretta»: **P. DIGENNARO**, *Il difficile equilibrio*, cit., p. 370 ss., in particolare p. 376, che valorizza questo tipo di prospettiva nella soluzione dei casi *Bougnououi* e *Achbita*.



discriminazione, ossia di una discriminazione diretta<sup>60</sup>.

**7 - La presunta migliore adattabilità dello schema della discriminazione indiretta in rapporto a una materia che richiede una peculiare opera di composizione tra distinte libertà fondamentali adeguata alle caratteristiche dell'azienda e alle mansioni svolte dalla lavoratrice**

Accanto alle puntuali argomentazioni sviluppate dai Giudici di Lussemburgo, c'è forse anche qualcosa di "non detto" che può avere avuto il suo peso nel tipo di soluzione alla fine da essi accolta e ormai più volte ribadita.

Può sicuramente trovare ragionevole fondamento la tesi secondo cui, per come configurata dalla direttiva 2000/78, la disciplina della discriminazione diretta risulta rigidamente definita, in quanto l'unica possibile giustificazione specificamente ammessa rispetto al trattamento (direttamente) differenziato è quella della ricorrenza dei così detti *requisiti occupazionali essenziali*<sup>61</sup>. Solo nel caso in cui una caratteristica correlata alla religione o alla convinzione costituisca, per la natura di un'attività lavorativa o per il contesto in cui essa viene espletata, un requisito essenziale e determinante per lo svolgimento dell'attività lavorativa, purché la finalità sia legittima e il requisito proporzionato, è assicurato un margine di manovra agli Stati membri per escludere che la correlata diversità di trattamento del lavoratore costituisca discriminazione diretta a suo danno (art. 4 par. 1 direttiva cit.).

Per di più, il *Considerando* n. 23 della medesima direttiva ribadisce il carattere sostanzialmente eccezionale di tale previsione normativa, precisando che solo in casi "strettamente limitati" una disparità di trattamento può essere giustificata alla luce di tale deroga, casi che devono

---

<sup>60</sup> La Corte si è in passato orientata in questo senso avendo ritenuto che la condotta discriminatoria ai danni di particolari consumatori fosse motivata da un pregiudizio nei loro confronti. Mi sia consentito il rinvio ad **A. LICASTRO**, *Il dubbio*, cit., p. 26 s. Che l'atteggiamento dell'imprenditore nei confronti della dipendente velata possa integrare un vero e proprio pregiudizio lo afferma, ad esempio, **S. COGLIEVINA**, *Diritto antidiscriminatorio e religione. Uguaglianza, diversità e libertà religiosa in Italia, Francia e Regno Unito*, Libellula, Tricase (Le), 2013, p. 181.

<sup>61</sup> Evoca uno "schema chiuso di giustificazioni" l'avvocato generale Laila Medina nelle *Conclusioni* relative alla causa C-344/20, *L.F. c. S.C.R.L.*, cit. (nota 36). Bisogna poi considerare, ovviamente, una possibile giustificazione risultante dall'applicazione di norme generali della direttiva, come quella dell'art. 2, par. 5 (nella citata nota 36 si possono vedere richiamate tutte queste norme).



anche essere indicati nelle informazioni trasmesse dagli Stati membri alla Commissione.

Senza considerare il dubbio, talora avanzato in dottrina, che di “requisito professionale” possa parlarsi solo qualora la caratteristica sia correlata alla religione o alla convinzione in senso positivo, con esclusione cioè dei casi in cui il collegamento presupponga piuttosto la non ricorrenza di quella determinata caratteristica<sup>62</sup>.

Lo schema della discriminazione indiretta è diverso anche perché, sul fronte delle possibili giustificazioni, sono previsti requisiti meno rigidi<sup>63</sup>. Il trattamento indirettamente differenziato del lavoratore, sebbene avente effetti pregiudizievoli per alcuni dipendenti a causa del tenore della disposizione, del criterio o della prassi adottata dall'azienda, ammette *qualsiasi oggettiva giustificazione*, cui rinvia in modo del tutto generico la direttiva, all'unica condizione che la finalità perseguita dall'imprenditore sia legittima e che i mezzi impiegati per conseguirla risultino appropriati e necessari. In altri termini, una volta accertata la presenza di una giustificazione oggettiva, per escludere la discriminazione basta che dia esito positivo la verifica concernente la proporzionalità della misura.

Non si tratta, beninteso, di valutazioni del tutto indeterminate o affidate a criteri inconsistenti, che lascino, in definitiva, spazio esclusivo all'arbitrio dell'imprenditore; tutt'altro. Il tipo di apprezzamento cui è chiamato l'interprete potrebbe sembrare, però, in questo caso, molto più “adattabile” alle caratteristiche della fattispecie concreta di quanto non lo

---

<sup>62</sup> Sulla questione rinvio ad **A. LICASTRO**, *Quando è l'abito a fare il lavoratore. La questione del velo islamico, tra libertà di manifestazione della religione ed esigenze dell'impresa*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, cit., n. 27 del 2015, p. 30 ss. e ai richiami ivi operati. La giurisprudenza ha ormai più volte mostrato di potere considerare come requisito professionale essenziale anche una caratteristica correlata alla religione *in senso meramente negativo*. Cfr., ad esempio, da noi, TAR Puglia, sez. II, 14 settembre 2010, n. 3477, riguardante i bandi per ginecologi non obiettori o in Germania, relativamente alla dipendente cui viene richiesto di non indossare il velo, la pronuncia del Tribunale regionale del lavoro di Hamm, 25 marzo 2021, cit.

<sup>63</sup> Parla di “meccanismo di giustificazione aperto”, l'avvocato generale Laila Medina nelle *Conclusioni* relative alla causa C-344/20, *L.F. c. S.C.R.L.*, cit. (nota 36) e di “relatively lax approach”, di “a kind of legal black hole in which acts that escape being classified as direct discrimination then escape proper scrutiny and are not sanctioned”, l'avvocato generale E. Sharpston, *Shadow Opinion*, cit., par. 43. Da qui deriverebbe la conclusione secondo cui “le giustificazioni che riguardano ciascun tipo di discriminazione sono significativamente diverse e, di conseguenza, il livello di controllo da applicare è diverso per ciascuna di esse” (*Conclusioni* dell'avvocato generale Laila Medina relative alla causa C-344/20, *L.F. c. S.C.R.L.*, cit., par. 36).



sia una verifica che guardasse esclusivamente al carattere essenziale del requisito professionale richiesto.

Se così è, il “non detto”, che avrebbe spinto nella direzione di ricondurre la fattispecie in esame a un sospetto caso di discriminazione indiretta, scartando l’altra ipotesi, potrebbe essere così esplicitato: lo schema della discriminazione indiretta si presta, meglio di ogni altro, ad assicurare risultati equilibrati sia sul fronte della tutela della libertà religiosa della lavoratrice sia sul fronte dei diritti dell’impresa, rendendo possibile una peculiare opera di composizione tra distinte libertà fondamentali adeguata alle caratteristiche della singola azienda e alle mansioni svolte dalla lavoratrice.

Non è un caso che la stessa Corte di giustizia abbia trovato proprio nell’ambito delle particolari modalità di valutazione del carattere giustificato della misura causa di una potenziale discriminazione indiretta, lo spazio per dare rilievo alle eventuali declinazioni nazionali, legate alle caratteristiche degli Stati membri, in cui può essere assunto lo stesso principio di non discriminazione del lavoratore per motivo della sua fede o delle sue convinzioni.

In realtà, però, come osservato dallo stesso avvocato generale, anche la soluzione della discriminazione “diretta”, conseguente a una regola di neutralità interna aziendale come quella in esame, può riflettere un particolare “punto di vista” su come affrontare il pregiudizio nei confronti delle differenze derivanti dalla religione o dalle convinzioni religiose nella società<sup>64</sup>. E, anche sotto questo aspetto, gli Stati membri dovrebbero quindi avere riconosciuta la possibilità di orientarsi autonomamente sul modo in cui contrastare i pregiudizi contro le

---

<sup>64</sup> *Conclusioni* dell’avvocato generale Leila Medina relative alla causa C-344/20, *L.F. c. S.C.R.L.*, cit., par. 59, dove si precisa: «In sostanza, un approccio basato [su]lla “discriminazione diretta” presuppone la normalizzazione di tali differenze sul posto di lavoro attraverso un controllo più rigoroso dei pregiudizi. Esso muove dal presupposto che le differenze derivanti dalla religione e dalle convinzioni religiose sono affrontate in modo migliore promuovendo la tolleranza e il rispetto, il che a sua volta si traduce nell’accettazione di un maggior grado di diversità. Al contrario, un approccio caratterizzato dalla “discriminazione indiretta” presuppone l’esigenza di tollerare un determinato grado di pregiudizio del pubblico rispetto alle differenze religiose, ove si dimostri che l’azienda interessata potrebbe altrimenti subire gravi conseguenze economiche sfavorevoli. Si ritiene che le differenze derivanti dalla religione e dalle convinzioni religiose, in tale contesto, possano essere affrontate in modo migliore sul posto di lavoro promuovendo l’uniformità attraverso il divieto generalizzato derivante da una regola di neutralità interna».



differenze derivanti dalla religione sul posto di lavoro<sup>65</sup>.

In ogni caso, nella misura in cui in *WABE e Müller Handel* la Corte di giustizia ha aperto - in ordine alla verifica circa la praticabilità della politica di rigorosa neutralità ideologica prescelta dall'imprenditore - alla considerazione, a seconda dei casi, del tipo di servizio reso dall'azienda e delle mansioni svolte dalla lavoratrice, ci si è collocati, a mio parere, nella giusta prospettiva<sup>66</sup>, una prospettiva, peraltro, non molto diversa, nella sostanza, da quella sottesa a una indagine concernente i requisiti professionali essenziali<sup>67</sup>, se della norma dell'articolo 4, par. 1, della direttiva si ammette una interpretazione ampia, del tipo di quella a suo tempo suggerita, ad esempio, dall'avvocato generale Kokott, nelle conclusioni presentate in relazione alla causa *Achbita*<sup>68</sup>, o analoga a quella

---

<sup>65</sup> *Ibidem*, par. 60.

<sup>66</sup> Esprime alcune perplessità sulla scelta di risolvere i singoli casi in base al contenuto delle mansioni **G. PACELLA**, *Velo islamico della lavoratrice e corporate image: Corte Europea e bilanciamento degli interessi*, in *Diritti Lavori Mercati*, n. 3, 2017, p. 653, che si pone la seguente domanda: "le differenze che caratterizzano le mansioni prevalgono sulle differenze che caratterizzano le persone che lavorano? In altre parole, quello che fai conta più di quello che sei?". Della stessa A., cfr. *Velo islamico e libertà di impresa: nuovo orientamento della Corte di Giustizia*, *ivi*, 3/2021, p. 641 ss.

<sup>67</sup> I requisiti professionali essenziali non presuppongono, però, l'adozione della politica di neutralità da parte dell'azienda, operando immediatamente come peculiari esigenze professionali dipendenti della natura dell'attività lavorativa svolta o dal contesto in cui essa viene espletata. Mi ero già espresso nel senso che, anche inquadrando la questione in esame come sospetto caso di discriminazione indiretta, "il bilanciamento degli interessi in conflitto passa necessariamente attraverso una valutazione del tipo di mansioni svolte dal dipendente", in **A. LICASTRO**, *Quando è l'abito*, *cit.*, pp. 33-35; **ID.**, *Il dubbio di una "velata" discriminazione*, *cit.*, p. 24. Ancora una volta prima dell'intervento della Corte, nel senso che la scelta del datore di lavoro, "lungi da essere libera, dovrà essere giustificabile in relazione all'attività dell'impresa e alle mansioni affidate ai dipendenti", **S. SCARPONI**, *L'appartenenza confessionale delle donne lavoratrici davanti alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea*, in *Quad. dir. pol. eccl.*, 2018, nota specialmente, p. 237. Della stessa A., cfr. pure *The "fair balance" of fundamental rights in the European Court of Justice decisions in the matter of religious freedom at work and the impact of the principle of "proportionality"*, in *Variazioni su temi di dir. del lav.*, 2019, p. 1313 ss.

<sup>68</sup> *Conclusioni* dell'Avvocato generale Juliane Kokott del 31 maggio 2016, parr. 77-84. Sulla sostanziale coincidenza dei parametri di giustificazione della discriminazione indiretta e di deroga di quella diretta, cfr. altresì **S. SCARPONI**, *L'appartenenza confessionale delle donne*, *cit.*, p. 237. Sottolinea come la normativa italiana (art. 43, secondo comma, lett. e, del d.lgs. n. 286 del 1998), "stringe il perimetro delle cause di giustificazione del trattamento pregiudizievole, chiedendo che esso sia giustificato non solo da una finalità oggettivamente legittima, ma anche (e soprattutto) in relazione a un requisito essenziale per lo svolgimento dell'attività lavorativa", sicché emerge "una indagine sulle possibili giustificazioni del trattamento indirettamente pregiudizievole che



presente nella giurisprudenza nazionale francese, tedesca e belga chiamata a bilanciare la libertà di impresa e la libertà di religione<sup>69</sup>. Si contribuisce, in questo modo, a sdrammatizzare l'importanza della distinzione stessa tra discriminazione diretta e indiretta, impedendo anche che il datore di lavoro, attraverso una oculata formulazione del provvedimento aziendale, possa deliberatamente finire col fare transitare la qualificazione di una medesima fattispecie verso la forma meno grave di trattamento discriminatorio<sup>70</sup>.

La conclusione cui era pervenuta la Corte di giustizia in *Bougnaoui*, dove la legittima adozione di una politica di neutralità ideologica (con conseguente divieto di indossare simboli di appartenenza confessionale) sembrava subordinata al solo requisito del suo carattere "coerente" (a cosa?) e "sistematico", rischiava di apparire eccessivamente sbilanciata a favore delle istanze dell'impresa, con eccessiva compressione dei concorrenti diritti della lavoratrice. Senza il corredo delle indicazioni successivamente date dai giudici, si correva anche il rischio, in alcuni casi, di rendere applicabile il particolarissimo regime delle organizzazioni di tendenza ad aziende del tutto prive delle caratteristiche tipiche di quelle organizzazioni, identificando automaticamente, in pratica, la politica di neutralità ideologica con un particolare orientamento atto a esprimere la "tendenza" dell'impresa.

L'impresa ideologicamente "di tendenza" invece non può essere in alcun modo confusa con l'impresa la cui tendenza sarebbe data dalla politica di "neutralità" ideologica liberamente adottata al suo interno, dal momento che la semplice idea soggettiva di neutralità non coincide di per sé e non va, quindi, identificata con una vera e propria tendenza: a dimostrare la non sovrapponibilità delle due figure basta richiamare

---

non si discosta molto da quella volta ad escludere la sussistenza di una discriminazione diretta", V. NUZZO, *La Corte di Giustizia e il velo islamico*, cit., p. 442. In questo stesso senso già A. LICASTRO, *Quando è l'abito*, p. 33 s.

<sup>69</sup> Cfr. R. BENIGNI, *Tutela dell'identità religiosa e neutralità aziendale*, cit., p. 793 ss., che ritiene vada considerata una eccezione la pronunzia della Corte del lavoro di Gand del 12 ottobre 2020 che ha chiuso il caso *Achbita*. Sulla vicenda cfr. G. BUSSCHAERT, *End of the Achbita Saga in Belgium: National Judge Rejects Indirect Discrimination and Criticises Duty to Look for Alternative Position in Case of Refusal to Comply with Neutrality Policy*, in *Case Reports European Employment Law Cases*, n. 2, 2021, p. 89 ss.

<sup>70</sup> Mi sembra corretto quanto rilevato da P. DIGENNARO, *Il difficile equilibrio*, cit., p. 376, secondo cui, se si insiste sul semplice riferimento esplicito al fattore di rischio nella misura aziendale per qualificarla come causa di discriminazione diretta, l'ostacolo "sarebbe facilmente aggirabile dal datore semplicemente imponendo una uniforme comune che non consenta alcun copricapo o pendente senza ulteriori specificazioni".



l'istruttiva vicenda dell'asilo *Baby Loup*<sup>71</sup>, mentre, per orientarsi nella soluzione dei casi concreti, resta imprescindibile il riferimento al tipo di servizio offerto dall'impresa e alle mansioni svolte dalla lavoratrice, su cui in sostanza non può non concentrarsi il tipo di verifica ora richiesto dalla Corte.

Si può pure ammettere che non sono queste le uniche ipotesi in cui una scelta di neutralità aziendale può ritenersi giustificata in quanto "appropriata" in relazione al particolare contesto lavorativo (si ricorderà che la Corte di giustizia ha evocato anche possibili conflitti tra i lavoratori fondati sulla manifestazione delle convinzioni da essi possedute), ma sembra indubbio che sono le situazioni più frequenti da considerare in funzione di una possibile restrizione della libertà religiosa della lavoratrice.

Semmai, quella che resta priva di qualsiasi spiegazione è la necessaria declinazione in negativo della politica di neutralità ideologica, che, a rigore, avrebbe potuto essere garantita (e valutata positivamente sotto il medesimo profilo dell'„adeguatezza" e della "necessità") anche dall'ammissione nel luogo di lavoro di qualsiasi simbolo religioso e non religioso, sempre senza distinzione alcuna<sup>72</sup>.

## 8 - La questione dei limiti di ammissibilità di disposizioni nazionali più favorevoli

La più recente pronunzia della Corte si segnala per avere offerto anche una prima precisazione a proposito dell'orientamento, già in precedenza emerso<sup>73</sup>, in base al quale, a differenza dell'esito tendenzialmente "omologante" risultante da *Achbita*, ispirata a una logica di neutralità religiosa particolarmente rigida, si era riconosciuto agli Stati membri un

---

<sup>71</sup> La si può vedere richiamata in **A. LICASTRO**, *Quando è l'abito*, cit., pp. 18-22 e p. 28.

<sup>72</sup> La dottrina, di fronte al divieto aziendale di esibire simboli religiosi, politici e filosofici, aveva già criticato il silenzio delle prime pronunzie della Corte circa la "possibilità che l'immagine neutrale dell'impresa potesse essere testimoniata da una scelta completamente opposta, come quella che permettesse a tutti i dipendenti di esibire qualunque segno di appartenenza ideologica o religiosa": **S. SCARPONI**, *L'appartenenza confessionale delle donne lavoratrici*, cit., p. 232. La verità è che la Corte aveva «fatto proprio e portato alla sua massima espansione, piegando a esso anche i rapporti di lavoro nel settore privato, il concetto di "neutralità come esclusione della religione dalla sfera pubblica"»: **P. DIGENNARO**, *Il difficile equilibrio*, cit., p. 379.

<sup>73</sup> Corte di giustizia UE, cit., *WABE e Müller Handel*, par. 88.



ampio margine di apprezzamento nella concreta individuazione del giusto equilibrio tra le diverse libertà fondamentali chiamate in causa nella materia in esame.

Un tale riconoscimento veniva operato nel contesto dell'analisi della questione riguardante la possibile rilevanza di disposizioni nazionali più favorevoli sul fronte della tutela della libertà religiosa e quindi del divieto di discriminazione. Peraltro, a rigore, il riconosciuto ampio margine di apprezzamento avrebbe potuto mettere in discussione le garanzie fissate dalla direttiva intese come standard minimo di tutela inderogabile. In altri termini, una cosa sembrava essere l'apertura a più favorevoli trattamenti operati a livello nazionale, in funzione di un rafforzamento delle garanzie "minime e inderogabili" previste dalla direttiva<sup>74</sup>, altra il semplice riconoscimento di un ampio margine di apprezzamento nell'applicazione dei vincoli dalla medesima derivanti<sup>75</sup>.

Quest'ultima prospettiva riflette, però, un dato consolidato in materia di rapporti tra il diritto dell'Unione e i diritti nazionali degli Stati membri, secondo cui, nonostante il significativo progresso sul piano della l'integrazione, questi ultimi non sono disposti a rinunciare alla loro sovranità quando in gioco è l'approccio alle forme di rilevanza pubblica del fenomeno religioso<sup>76</sup>.

---

<sup>74</sup> In questo senso, ha affermato l'avvocato generale Laila Medina nelle *Conclusioni* relative alla causa C-344/20, *L.F. c. S.C.R.L.*, cit., che "la direttiva 2000/78 è stata adottata solo per realizzare una parziale armonizzazione della normativa pertinente in materia di parità di trattamento nei settori dell'occupazione e delle condizioni di lavoro" (par. 33).

<sup>75</sup> Cfr. **E. HOWARD**, *Headscarves and the CJEU*, cit., pp. 259-261.

<sup>76</sup> Cfr., quanto alla dottrina straniera e nel contesto specifico dell'esame dei temi di cui trattasi in questa sede, **L. VICKERS**, *Achbita and Bougnaoui*, cit., p. 24, secondo cui "[i]t may be that as far as EU integration is concerned, losing sovereignty on matters of religion would be a step too far". Segnala il rischio che si pervenga a una più debole tutela del diritto del lavoratore a non essere discriminato per motivi religiosi rispetto all'analogo diritto declinato in rapporto ad altri fattori di rischio, rispetto ai quali la Corte di giustizia non ravvisa l'esistenza di un ampio margine di apprezzamento per gli Stati, **E. HOWARD**, *Headscarves and the CJEU*, cit., p. 260. Mi ero espresso favorevolmente al riconoscimento, anche nella materia in esame, dell'esigenza di preservare la *diversità delle tradizioni nazionali* in materia religiosa, in diversi scritti, tra cui **A. LICASTRO**, *Il dubbio*, cit., p. 33 ss.; **ID.**, *L'influenza della Carta di Nizza sui sistemi nazionali europei di disciplina del fenomeno religioso: verso un diritto ecclesiastico dell'Unione?*, in **L. D'ANDREA**, **G. MOSCHELLA**, **A. RUGGERI**, **A. SAIITA** (a cura di), *La Carta dei diritti dell'Unione Europea e le altre Carte (ascendenze culturali e mutue implicazioni)*, Atti della Giornata di studio (Messina 16 ottobre 2015), Giappichelli, Torino, 2016, p. 328. Per approfondimenti da una prospettiva più generale cfr. anche **A. LICASTRO**, *Unione europea e "status" delle confessioni religiose. Fra*



Tuttavia, di “requisiti minimi” parla la rubrica dell’articolo 8 della direttiva, dove è previsto, al paragrafo 1, che gli Stati membri “possono introdurre o mantenere, per quanto riguarda il principio della parità di trattamento, disposizioni più favorevoli di quelle previste nella presente direttiva”. E la precisazione ora fatta dalla Corte in *L.F.* sembra muoversi in controtendenza rispetto all’orientamento che era chiaramente venuto emergendo in *WABE e Müller Handel*.

Per la verità, la Corte ribadisce la validità dell’impostazione di fondo emersa dalla pronuncia del 2021<sup>77</sup>, che si era però limitata ad affrontare la questione in esame solo nel contesto di un caso di discriminazione indiretta; ora si tratta, invece, di capire se gli Stati membri possano fare valere, al fine del giudizio sull’esistenza di una discriminazione, eventuali disposizioni nazionali che incidano, in termini più favorevoli quanto alla tutela del principio di parità di trattamento, sulla comparazione da effettuare ai fini della valutazione dell’esistenza di una discriminazione diretta<sup>78</sup>.

La Corte - ribadito che “la sussistenza di una discriminazione diretta è esclusa in circostanze come quelle di cui al procedimento principale”<sup>79</sup> - preciserà che il margine di apprezzamento di cui godono gli Stati membri non può spingersi fino a comprendere la possibilità di introdurre o mantenere discipline nazionali (attuative della direttiva) che si traducano in un trattamento più favorevole della libertà della lavoratrice *solo sul fronte delle convinzioni religiose*, senza comprendere anche le convinzioni filosofiche e spirituali<sup>80</sup>. Tutto ciò a causa della unicità e inscindibilità del fattore di rischio come configurato, sempre

---

*tutela dei diritti umani fondamentali e salvaguardia delle identità costituzionali*, Giuffrè, Milano, 2014.

<sup>77</sup> Corte di giustizia UE, sez. II, 13 ottobre 2022, cit., *L.F.*, par. 50.

<sup>78</sup> *Conclusioni* dell’avvocato generale Leila Medina relative alla causa C-344/20, *L.F. c. S.C.R.L.*, cit., par. 31.

<sup>79</sup> Corte di giustizia UE, sez. II, 13 ottobre 2022, cit., *L.F.*, par. 58. La Corte sembra quindi esplicitare una netta chiusura rispetto alla posizione espressa dall’avvocato generale, secondo cui si potrebbe ritenere che la protezione di un dipendente sottoposto alla regola aziendale in esame possa essere affrontata in base a un approccio nazionale che consideri tale regola come inscindibilmente legata al motivo della religione, considerato autonomamente, e, quindi, come una discriminazione diretta (*Conclusioni* dell’avvocato generale Leila Medina relative alla causa C-344/20, *L.F. c. S.C.R.L.*, cit., par. 62).

<sup>80</sup> Corte di giustizia UE, sez. II, 13 ottobre 2022, cit., *L.F.*, par. 54.



secondo la Corte, dalla direttiva<sup>81</sup>.

Non è facile prevedere quali possano essere tutti gli effetti e le eventuali ricadute sistematiche di un esito interpretativo di questo genere. Si può solo dire che, quando vengono chiamate in causa le garanzie previste contro il trattamento discriminatorio, è tendenzialmente corretto evitare qualsiasi differenziazione tra convinzioni religiose e convinzioni filosofiche o spirituali. Tuttavia, non va neppure trascurato che il fattore di rischio “religione” deve ricostruirsi, secondo lo stesso insegnamento della Corte, in stretta connessione con l’esercizio delle facoltà promananti dalla libertà di religione. E se l’articolo 10 CDFUE mantiene l’abbinamento tra manifestazione della “religione” e del “credo” (non specificamente qualificato in senso religioso), al tempo stesso la libertà sancita nel già menzionato articolo è declinata a livello nazionale spesso secondo assetti sul punto anche assai diversificati che la stessa Unione europea si è pure impegnata a salvaguardare (art. 17 TFUE).

Si potrebbe, ad esempio, pensare a una (del tutto ipotetica) norma inclusa in una intesa stipulata ai sensi dell’articolo 8, terzo comma, della Costituzione italiana, che (sebbene non attuativa della direttiva) sancisse esplicite e ampie garanzie di non discriminazione per la lavoratrice di religione islamica velata. Questo tipo di garanzia, si badi bene, non sarebbe di per sé in contrasto con l’unitaria configurazione del fattore di rischio relativo alla “religione” o alle “convinzioni personali” prevista dal diritto dell’Unione; l’unitarietà del fattore di rischio, nel senso evocato dalla Corte, produrrebbe, però, l’effetto di consentire che anche chi avesse particolari convinzioni filosofiche (o spirituali), nell’alquanto improbabile ipotesi che pure egli si sentisse vincolato a regole di comportamento analoghe a quelle seguite dalla donna di religione islamica, sia messo in condizione di beneficiare della protezione considerata. Per evitare, infatti, un possibile abbassamento del livello di tutela contro la discriminazione fondata sulle convinzioni religiose derivante dalla mancata applicazione delle disposizioni più favorevoli previste dal diritto interno, i giudici nazionali dovrebbero, secondo la Corte, interpretare ove possibile le disposizioni nazionali in maniera tale che le convinzioni filosofiche o spirituali ricevano lo stesso livello di tutela della religione o delle

---

<sup>81</sup> Un “approccio segmentato di tale motivo, secondo l’obiettivo perseguito dalla regola di cui trattasi, avrebbe la conseguenza di creare sottogruppi di dipendenti e di pregiudicare così il quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro istituito dalla direttiva 2000/78”: Corte di giustizia UE, sez. II, 13 ottobre 2022, cit., *L.F.*, par. 55.



convinzioni religiose<sup>82</sup>.

Tutte queste considerazioni dimostrano quanto sia in concreto difficile individuare il giusto equilibrio tra le garanzie uniformi di non discriminazione del lavoratore e la salvaguardia delle specificità nazionali in materia di approccio ai temi legati alla presenza della religione nello spazio pubblico, pur essendo quella che riserva al diritto nazionale uno “spazio appropriato e rispettoso”, in funzione dell’individuazione di quell’equilibrio, la via da percorrere alla luce dei principi stessi del diritto dell’Unione<sup>83</sup>. Basta considerare che anche nella pronuncia del 2021 la Corte di giustizia non sembra essere riuscita a mantenere una posizione di totale distacco dalle particolari declinazioni nazionali delle soluzioni da dare al problema in esame. Parrebbe, infatti, avere “incorporato” al livello dell’Unione elementi dell’approccio tipico dell’ordinamento tedesco, nella misura in cui si è ribadito che la necessità di dimostrare un *rischio concreto per gli interessi del datore di lavoro* “fa parte del contesto” della valutazione della giustificazione di una norma sospettata di essere causa di discriminazione indiretta<sup>84</sup>.

## 9 - Considerazioni conclusive

Attraverso il “dialogo” tra Corti nazionali (francesi, belghe e tedesche) e Corte di giustizia è andato, dunque, prendendo progressivamente forma

---

<sup>82</sup> Corte di giustizia UE, sez. II, 13 ottobre 2022, cit., *L.F.*, par. 56.

<sup>83</sup> “Thus, in addressing the balance to be struck here between competing fundamental rights, an appropriate and respectful space must be left for national constitutional law to play its part. To say that is not to undermine the generic importance of arriving at a uniform interpretation of EU law or to question its generic supremacy over national law in cases of genuine conflict. There is here no conflict. EU law has indeed established the ‘general framework’ for combating discrimination on any of the listed grounds. But it has left important elements in the story to be nuanced and amplified by national law. In so doing, it has given real effect to the principle of ‘unity in diversity’ that is the European Union’s motto and that is reflected in Article 22 of the Charter”: **E. SHARPSTON**, *Shadow Opinion*, cit., par. 107. In dottrina, per questo tipo di impostazione, **A. LICASTRO**, *L’influenza della Carta di Nizza*, cit., p. 325 ss. (in particolare pp. 328, 332 e 336); **ID.**, *Unione europea*, cit., *passim*.

<sup>84</sup> **D.A. ZUTHER**, *The Headscarf Debate Returns to Luxembourg*, cit., p. 113 (che si richiama al par. 85 di *WABE e Müller Handel*): “Arguably, the Court has now even incorporated parts of the German courts’ approach in finding that the need to demonstrate a specific risk to the employer’s interests ‘forms part of the context’ of the assessment of the justification for an indirectly discriminatory rule”.



un quadro di regole molto puntuali che hanno via via definito in maniera sempre più dettagliata le vaghe indicazioni ricavabili dalla direttiva 2000/78<sup>85</sup>. Fino alla fase attuale di sviluppo di queste regole, minore voce in capitolo ha avuto la Corte europea dei diritti dell'uomo, il cui intervento più specificamente pertinente alla materia in esame si era peraltro ispirato a criteri molto diversi da quelli seguiti dalla Corte di Lussemburgo<sup>86</sup>. Ancora in *WABE*, laddove, in relazione alla verifica volta all'accertamento della ricorrenza di una esigenza reale di neutralità dell'impresa, si richiama il diritto dei genitori, di cui all'art. 14 CDFUE, di provvedere all'educazione e all'istruzione dei figli secondo le loro convinzioni religiose, filosofiche e pedagogiche, per dare legittimazione al desiderio dei medesimi di far educare i figli da persone che non manifestino la loro religione o le loro convinzioni personali<sup>87</sup>, ci si colloca in rotta di collisione con l'orientamento pluralista e inclusivo che la Corte di Strasburgo ha elaborato a proposito della previsione contenuta nell'articolo 2 del Protocollo addizionale n. 1 del 1952 alla CEDU<sup>88</sup>.

Comunque sia, tutte le difficoltà che, come si è visto, si incontrano nel governare la materia in esame dipendono, a mio modo di vedere, da un unico aspetto decisivo della questione, ossia dalla circostanza che il motivo "religione", causa della possibile discriminazione, non viene declinato solo nei termini di semplice "appartenenza confessionale", ma comprende anche le "pratiche" religiose, e dunque ogni peculiare condotta religiosamente ispirata costituente estrinsecazione di una libertà fondamentale.

---

<sup>85</sup> Sottolinea che il "nuovo corso inaugurato dalla Corte UE [nel 2021] è stato indubbiamente sollecitato dalla giurisprudenza nazionale di diversi Paesi", **R. BENIGNI**, *Tutela dell'identità religiosa e neutralità aziendale*, cit., p. 799.

<sup>86</sup> Cfr. **E. RELAÑO PASTOR**, *Combating religious discrimination in the workplace. Approaches by the EU Court of Justice and the European Court of Human Rights*, in *International Journal for Religious Freedom*, n. 1/2, 2018, p. 57 ss.; **B. MESTRE**, *The evolving CJEU's case-law on religious symbols in the workplace: densification and convergence with the ECtHR*, in *Le droit social en dialogue - Mélanges en l'honneur de Marie Anne Moreau*, C. MARZO, E. PATAUT, S. ROBIN-OLIVIER, P. RODIÈRE et G. TRUDEAU (a cura di), Bruylant, Bruxelles, 2022, p. 349 ss.; **T. PAGOTTO**, **E. ERVAS**, *Achbita v. Eweida: libertà d'impresa e libertà religiosa a confronto*, in *Federalismi.it, Focus Human Rights* n. 2, 2017, p. 1 ss.; **D. DURISOTTO**, *I recenti interventi della Corte EDU e della Corte di Giustizia UE in tema di simboli religiosi, un percorso parallelo. Rassegna della giurisprudenza*, in *Federalismi.it, Focus Human Rights* n. 1/2019, p. 1 ss.; **A. LICASTRO**, *Quando è l'abito*, cit., p. 37.

<sup>87</sup> Corte di giustizia UE, 15 luglio 2021, cit., *WABE e Müller Handel*, par. 65.

<sup>88</sup> Lo si può vedere riassunto in **A. LICASTRO**, *Il diritto statale delle religioni nei Paesi dell'Unione europea*, 2<sup>a</sup> edizione, Giuffrè, Milano, 2017, p. 246 ss.



In questo senso, bisogna riconoscere che la Corte di giustizia si è dimostrata sensibile alle peculiari esigenze indotte dalla libertà di religione, avendo essa imboccato, sotto il profilo specifico ora considerato, la strada che può offrire maggiori garanzie sul fronte di una tutela il più possibile completa delle rivendicazioni identitarie nei luoghi di lavoro, ma anche senza alcun dubbio maggiormente impegnativa sul fronte della ricerca degli equilibri con la libertà dell'impresa<sup>89</sup>.

Non era un risultato scontato, così come non è un dettaglio trascurabile averlo raggiunto. Una considerazione del fattore di rischio limitata al solo profilo dell'appartenenza confessionale si sarebbe tradotta in una sua tutela praticamente illimitata (o quasi), ma parziale: infatti, praticamente illimitata è la tutela che l'articolo 10 CDFUE (analogamente all'art. 9 della CEDU) riserva al così detto "foro interno", ossia all'ambito di rilevanza della libertà di religione legato all'interiore condivisione di idee e principi religiosi; e, tuttavia, quella libertà non si esaurisce certamente in esso, riguardando altri aspetti e sue possibili estrinsecazioni.

Una volta che si comprende all'interno di quel medesimo fattore di rischio anche l'ambito di rilevanza della libertà di religione costituito dal così detto "foro esterno", ci si muove però su di un terreno parecchio più scivoloso, in quanto per la manifestazione della fede religiosa sono ben ammissibili diverse limitazioni, non opponibili alla semplice credenza religiosa. Ecco, dunque, la necessità, in certo senso inedita se riferita all'applicazione del principio di non discriminazione, di ricercare adeguate forme di composizione tra libertà della lavoratrice e libertà dell'impresa.

Chi dubitasse del carattere obbligato di un tale approccio potrebbe pensare ad esempio al caso del lavoratore che pretendesse di svolgere attività di proselitismo in azienda<sup>90</sup>: si sa che, secondo quanto chiarito dalla Corte di Strasburgo, l'articolo 9 CEDU tutela anche questa libertà, ma sembra pacifico che una tale facoltà debba retrocedere di fronte alle esigenze dell'impresa e che non possa lamentarsi alcuna discriminazione religiosa determinata dalla regola aziendale che vieti questo tipo di attività semplicemente invocando la piena operatività, estesa fino a comprendere tutte le facoltà derivanti dall'articolo 10 CDFUE (corrispondente nei contenuti all'art. 9 CEDU), del fattore di rischio protetto.

---

<sup>89</sup> In sostanza, è come se l'art. 3, primo comma, della nostra Cost. fosse così formulato: "Tutti i cittadini hanno pari dignità sociale e sono eguali davanti alla legge, senza distinzione di sesso, di razza, di lingua, di ogni possibile estrinsecazione della loro religione, di opinioni politiche, di condizioni personali e sociali".

<sup>90</sup> Affronta tale questione E. SHARPSTON, *Shadow Opinion*, cit., par. 125 ss.



La Corte di giustizia, anche nell'ultima pronuncia dell'ottobre 2022, ribadisce come l'appropriatezza della misura adottata dall'imprenditore dipenda pure dal bilanciamento tra le contrapposte libertà in gioco. Un bilanciamento che può assumere svariate forme<sup>91</sup>, senza esaurirsi necessariamente in una selezione dei simboli sulla base di caratteristiche di grandezza o appariscenza (forse maggiormente adatta ad alcuni particolari contesti nazionali), e che non può non tenere conto del tipo di mansioni svolte dalla lavoratrice e della particolare attività dell'impresa.

Pure quella che appare come una aporia davvero insolubile nel ragionamento della Corte, laddove i giudici sembrano, in diverse sentenze, valutare in maniera opposta l'elemento delle preferenze dei clienti in rapporto alla ricorrenza del sospetto trattamento discriminatorio ai danni del lavoratore<sup>92</sup>, deve essere a mio avviso superata attraverso una adeguata ponderazione del tipo di attività e di mansioni svolte. Ha senso, cioè, fare retrocedere la tutela del lavoratore di fronte ai particolari *desiderata* della clientela solo quando in gioco è lo svolgimento di determinate mansioni e non di altre<sup>93</sup>.

Altrimenti, bisognerebbe rassegnarsi al risultato, non a caso prospettato in dottrina<sup>94</sup>, della completa vanificazione dello scopo perseguito dal diritto antidiscriminatorio e di una meno intensa tutela della forma in esame di discriminazione rispetto a quella contro le discriminazioni basate su altri fattori di rischio, come ad esempio la disabilità; oppure, quanto meno, bisognerebbe registrare qualche progresso sul fronte della tutela della libertà religiosa della lavoratrice, ma al contempo segnalare che la Corte di giustizia autorizza gli imprenditori ad assecondare i pregiudizi dei clienti, nonostante i primi debbano ora fornire la prova della ricorrenza di una "esigenza reale" alla base della loro politica di neutralità<sup>95</sup>.

---

<sup>91</sup> Per alcune esemplificazioni, cfr. **V. PINTO**, *Corte di giustizia*, cit., p. 810.

<sup>92</sup> Cfr. **E. HOWARD**, *Headscarves and the CJEU*, cit., p. 255 s.

<sup>93</sup> Esclude, invece, che "la reale esigenza" del datore di lavoro possa sostanzarsi anche nella sua volontà di assecondare i desideri dei clienti, **G. MIANO**, *Il simbolismo religioso sul luogo di lavoro: l'omologazione a discapito della libertà religiosa*, in *Il Lavoro nella giurisprudenza*, 2/2022, p. 148.

<sup>94</sup> **E. HOWARD**, *Headscarves and the CJEU*, cit., p. 256.

<sup>95</sup> **E. HOWARD**, *Headscarves and the CJEU*, cit., p. 258: "the CJEU allows employers to pander to the prejudices of these customers, even if they need to provide evidence of a genuine need".