



Angelo Licastro

(ordinario di Diritto ecclesiastico nell'Università degli Studi di Messina,
Dipartimento di Giurisprudenza)

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 *

SOMMARIO: 1. La novità e la rilevanza della questione pregiudiziale relativa all'uso del velo islamico in azienda sollevata davanti alla Corte di giustizia – 2. I termini della vicenda esaminata dalla Cassazione belga – 3. Il rinvio operato dalla pronuncia "gemella" della Cassazione francese – 4. Il profilarsi della questione pregiudiziale in controversie riguardanti lavoratori del settore pubblico – 5. Le conclusioni dell'Avvocato generale nella causa C-157/15: a) l'approccio "onnicomprensivo" nell'analisi della fattispecie – 6. (segue): b) discriminazione diretta o indiretta? – 7. (segue): c) la giustificazione del trattamento differenziato – 8. (segue): d) la salvaguardia dell'"identità nazionale" degli Stati – 9. Le conclusioni dell'Avvocato generale nella causa C-188/15 – 10. La *querelle* sulla *mise* da spiaggia per le donne islamiche (breve divagazione, in attesa della decisione della Corte di giustizia).

1 – La novità e la rilevanza della questione pregiudiziale relativa all'uso del velo islamico in azienda sollevata davanti alla Corte di giustizia

Una lavoratrice che intenda, per motivi religiosi, indossare il velo islamico in azienda, durante l'orario di servizio, può contestare un eventuale divieto, più o meno esplicito, dettato dal suo datore di lavoro? Può, in ragione della scelta di indossare il particolare capo di abbigliamento, con ciò manifestando una specifica appartenenza confessionale, essere legittimamente scartata, in fase di selezione del personale da assumere? E, dopo avere prestato servizio alle dipendenze dell'imprenditore, può essere licenziata per una ragione legittima se non intenda togliere il velo nello svolgimento delle sue mansioni professionali?

A queste domande (ormai di qui a poco) dovrà dare risposta la Corte di giustizia, interrogata, in via pregiudiziale (*ex art. 267 TFUE*), sulla interpretazione e applicazione della normativa antidiscriminatoria di cui alla direttiva 2000/78/CE, del Consiglio, del 27 novembre 2000, recante,

* Contributo sottoposto a valutazione.



com'è noto, un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro¹.

Quanto verrà deciso dalla Corte – mai chiamata, prima d'ora, a pronunciarsi sulla materia in esame – avrà carattere vincolante non solo per il giudice *a quo*, ma, in pratica, per tutti gli Stati membri, tenuti ad adeguarvisi in forza del principio di interpretazione uniforme del diritto dell'Unione. È, inoltre, ormai risaputo che le dispute sul velo rappresentano il risvolto forse più evidente (o di superficie) di problemi di “convivenza” tra identità diverse, tipici della moderna società multiculturale europea, di ben maggiore profondità, portata e rilevanza². Ma l'approccio che verrà adottato dai giudici di Lussemburgo nell'affrontare le questioni in gioco, al centro di delicate intersezioni tra il diritto dell'Unione (con il suo sistema di protezione dei diritti umani fondamentali) e i principi più caratteristici di alcuni diritti ecclesiastici dei Paesi membri, potrà offrire preziosissime indicazioni sulle possibili ricadute dell'incessante processo in corso di unificazione europea sugli assetti dei modelli nazionali più consolidati di disciplina del fenomeno religioso.

Il tutto accade in quanto la direttiva 2000/78/CE rappresenta finora la fonte che, forse più di ogni altra, almeno a livello di diritto comunitario derivato, sottintende una sovrapposizione tra porzioni di materie di competenza dell'Unione e, al contempo, ricadenti nel tradizionale recinto dei diritti ecclesiastici nazionali. È evidente che in fattispecie come quelle in

¹ In *GUCE*, 2 dicembre 2000, L 303, p. 16 ss.

² Come viene bene sottolineato nelle *Conclusioni dell'Avvocato generale nella causa C-157/15* (d'ora innanzi: *Conclusioni C-157/15*), “i problemi giuridici attinenti al velo islamico sono rappresentativi della più fondamentale questione di quanta diversità e pluralità una società europea aperta e pluralistica deve accettare e di quanto adeguamento essa può viceversa esigere da determinate minoranze” (par. 3). Il testo di tali conclusioni è pubblicato sul sito <http://curia.europa.eu/>.

Su questi temi la letteratura è sterminata e non se ne può fornire in questa sede neppure un'indicazione essenziale. Mi limito a richiamare, tra le opere italiane più recenti, il volume di E. Camassa (a cura di), *Democrazie e religioni. Libertà religiosa, diversità e convivenza nell'Europa del XXI secolo* (Atti del Convegno nazionale ADEC, Trento, 22-23 ottobre 2015), Editoriale Scientifica, Napoli, 2016 (e *ivi*, per una più specifica attinenza coi problemi presi in esame in questa sede, il contributo di **S. COGLIEVINA**, *I divieti di discriminazione religiosa come strumento della convivenza?*, p. 97 ss.; di **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.*, p. 172 ss.; nonché, volendo, di **A. LICASTRO**, *Libertà religiosa, convivenza e discriminazioni*, p. 81 ss.). Per indicazioni bibliografiche sulla questione dell'uso del velo nei luoghi di lavoro, 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*, rivista telematica (www.statoechiese.it), n. 27/2015, p. 1 ss. (in ispecie, p. 3, nt. 5).



esame, insieme con le regole del diritto antidiscriminatorio europeo (dettate in attuazione dei principi generali di uguaglianza e non discriminazione)³, rilevano le garanzie previste per alcune libertà fondamentali legate alla sfera religiosa (in particolare, la facoltà di manifestare le proprie convinzioni fideistiche), sia a livello di diritto primario dell'Unione (per maggiore precisione, nella Carta di Nizza/Strasburgo), sia a livello di ordinamenti dei Paesi membri (Costituzioni comprese). Le prime, da assumere come vincolanti esclusivamente *nell'attuazione del diritto dell'Unione* (come previsto dall'art. 51, par. 1, della Carta); le seconde, espressione della *pluralità dei possibili approcci* alle forme di governo dell'esperienza religiosa, e in quanto tali parte integrante fondamentale e caratterizzante dei diversi modelli nazionali di disciplina del fenomeno religioso, le cui specificità l'Unione stessa ha inteso mantenere e salvaguardare (art. 17 TFUE; art. 22 Carta dei diritti fondamentali UE; art. 4, par. 2, TUE)⁴.

³ Per una rassegna degli orientamenti della Corte di giustizia in materia di discriminazione nell'ambito lavorativo, cfr. **M. RUBENSTEIN**, *Recent and Current Employment Discrimination Cases in the Court of Justice of the European Union*, in *The Equal Rights Review*, 2015, p. 57 ss.

⁴ L'impegno dell'Unione non va visto in funzione di una sorta di "impossibility of changing the status quo of the different national juridical and political situations" (l'espressione tra virgolette è di **P. ANNICCHINO**, *Coherence (and Consistency) or Organised Hypocrisy? Religious Freedom in the Law of the European Union*, in M.C. Foblets, K. Alidadi, J.S. Nielsen, Z. Yanasmayan (a cura di), *Belief, Law and Politics. What Future for a Secular Europe?*, Ashgate, Farnham, 2014, p. 262), ma va piuttosto ricondotto a una logica di valorizzazione della diversità culturale di approccio dei Paesi europei ai problemi della libertà religiosa, nella ricerca di una sintesi, il più possibile efficace e feconda, di "universalità" e "pluralismo" nella tutela dei diritti umani fondamentali. Com'è stato osservato, "To accept that there are no universal models is not to deny that religious freedom is a universal right. Rather, it is to recognize that there must be room for a degree of pluralism in modes of bringing religious freedom and other fundamental human rights to life under diverse cultural circumstances": **M.A. GLENDON**, *Religious Freedom in the 21st Century Old Biases, Fresh Challenges, New Frontiers*, in M.A. Glendon, H.E. Zacher (a cura di), *Universal Rights in a World of Diversity: The Case of Religious Freedom (Pontifical Academy of Social Sciences Acta 17: Proceedings of the 17th Plenary Session, 29 April-3 May 2011)*, Pontificia Accademia delle Scienze Sociali, Città del Vaticano, 2012, p. 659.

Piuttosto, il vero problema dell'approccio pluralistico è stabilire quali sono i suoi limiti e chi li determina: "The devil, as they say, is in the details: Where does legitimate pluralism end and pure cultural relativism begin?" (**M.A. GLENDON**, *Religious Freedom*, cit., p. 659 s.). Si deve pure sottolineare che, all'interno del sistema giuridico dell'Unione, tutti questi problemi sono ulteriormente complicati dal principio del primato del diritto comunitario e dall'esigenza di non comprometterne l'unità sostanziale e l'efficacia in tutto lo spazio giuridico europeo.



2 – I termini della vicenda esaminata dalla Cassazione belga

Dinanzi ai giudici di Lussemburgo pendono due richieste di decisioni pregiudiziali, di contenuto molto simile (almeno se ci si limita all'esame del fatto concreto da cui risultano originate), e, per questa ragione, discusse lo stesso giorno dalla Grande Sezione⁵.

A sollevare per prima la questione pregiudiziale è stata la Cassazione belga⁶, nel corso di un giudizio sulla legittimità del licenziamento di una donna islamica alle dipendenze, come "réceptionniste", di una impresa privata specializzata, fra l'altro, in servizi di accoglienza rivolti a una clientela diversificata, sia del settore pubblico che di quello privato. La donna, per tre anni, aveva sostanzialmente accettato la prescrizione aziendale (all'inizio non formalizzata in alcuna norma scritta) che proibiva "aux travailleurs de porter sur les lieux du travail des signes extérieurs de convictions politiques, philosophiques ou religieuses". In un momento successivo, però, ella cambiò idea, dichiarando la sua intenzione di indossare il velo nell'orario di lavoro in quanto musulmana: mutato atteggiamento che le costò il posto, poiché il licenziamento seguirà dopo

⁵ L'udienza si è tenuta il 15 marzo 2016. A tale udienza, in occasione della discussione della causa C-157/15, hanno partecipato pure rappresentanti del Governo belga, del Governo francese, della Commissione europea e del Regno Unito: cfr. *Conclusioni C-157/15*, cit., par. 23. In occasione della discussione (lo stesso giorno) della causa C-188/15, all'udienza hanno presentato osservazioni orali, oltre alle parti direttamente interessate, il Governo francese e svedese, la Commissione europea e il Governo del Regno Unito: cfr. le conclusioni relative alla causa C-188/15 (d'ora innanzi: *Conclusioni C-188/15*), par. 27, il cui testo è pure pubblicato sul sito <http://curia.europa.eu/>.

⁶ Cour de cassation de Belgique, 9 marzo 2015, n. S.12.0062.N, *S.A. e Centre pour l'égalité des chances et la lutte contre le racisme c. G4S Secure Solutions, s.a.*, in www.juridat.be. La domanda è pubblicata nella *GUUE* 22 giugno 2015, C 205, p. 17 (n. della causa C-157/15). Sui temi generali sottesi al problema oggetto della questione pregiudiziale, cfr., nella dottrina belga, **L.-L. CHRISTIANS**, *Diversité au travail. Entre cultures et consciences, entre identité et éthique. Enjeux juridiques des recompositions postmodernes du religieux*, in J. Ringelheim (sotto la direzione di), *Le droit et la diversité culturelle*, Bruylant, Bruxelles, 2011, p. 623 ss. Si vedano, altresì, **I. ADAM, A. REA**, *Les pratiques d'accommodements raisonnables sur les lieux du travail en Belgique*, in E. Bribosia, I. Rorive (sotto la direzione di), *L'accommodement de la diversité religieuse. Regards croisés - Canada, Europe, Belgique*, Peter Lang, Bruxelles, 2015, p. 313 ss.; **S. KHAYAT**, *Conscience et formes de mobilisation du droit chez les travailleuses et les institutions intermédiaires confrontées à l'interdiction du port du voile dans l'entreprise en Région bruxelloise*, in *Journal du Droit des jeunes*, n. 342, 2015, p. 9 ss.; **E. MORELLI, I. PLETS**, *Religieuze kentekenen in de privésector: een commentaar bij de Belgische rechtspraak*, in *Oriëntatie*, n. 9, 2013, p. 221 ss.; **A. YERNAUX**, *Les convictions du travailleur et l'entreprise: du dilemme entre vie professionnelle et éthique personnelle*, Wolters Kluwer, Waterloo, 2014.



pochi giorni dalla decisione del consiglio di amministrazione della società di approvare una modifica del regolamento interno aziendale, che esplicitava il particolare divieto.

La donna proverà a far valere le sue ragioni (col supporto di un organismo pubblico specializzato nella lotta contro le discriminazioni)⁷ davanti al giudice del lavoro, che, però, non le riterrà giuridicamente fondate, né in primo grado⁸, né in appello⁹. I giudici di merito si rifanno in sostanza all'orientamento della giurisprudenza belga secondo il quale l'illegittimità del licenziamento (*abus du droit de rupture*) presuppone un comportamento "*manifestement déraisonnable*" del datore di lavoro¹⁰. In pratica, secondo il suddetto indirizzo giurisprudenziale, il provvedimento dell'azienda deve essere valutato sotto il profilo di una sua eventuale "*manifesta irragionevolezza*", comparandolo con una situazione analoga. E la sua illegittimità ricorrerebbe allorché sarebbe dato "*constater qu'un employeur normalement prudent et diligent, placé dans la même circonstance, n'aurait pas mis fin à la relation de travail ou n'y aurait pas mis fin de cette manière*"¹¹.

In effetti, nonostante la concomitanza (ovviamente non casuale) tra la modifica del regolamento e la particolare presa di posizione della donna, non sembra emergere dalla descrizione dei fatti l'esistenza di un qualche intento discriminatorio dell'azienda, di una qualche intolleranza o insofferenza di carattere personale, ossia della volontà di riservare un trattamento deteriore alla dipendente legato *al solo fatto* che ella sia *donna di fede musulmana*¹². A deporre in favore della "buona fede", per così dire, dell'imprenditore, sempre secondo il giudice d'appello, interverrebbe, altresì, lo stato di oggettiva complessità della materia (venendo in gioco "un éventail de normes nationales et internationales, présentant un degré très

⁷ Si tratta del "*Centre pour l'égalité des chances et la lutte contre le racisme*", istituito dalla legge belga 15 febbraio 1993, modificata dalla legge 17 agosto 2013 (*Loi adaptant la loi du 15 février 1993 créant un Centre pour l'égalité des chances et la lutte contre le racisme en vue de le transformer en un Centre fédéral pour l'analyse des flux migratoires, la protection des droits fondamentaux des étrangers et la lutte contre la traite des êtres humains*).

⁸ Tribunal du travail d'Anvers, 27 aprile 2010.

⁹ Cour du travail d'Anvers, 23 dicembre 2011. Il testo integrale della pronuncia (in lingua olandese) può essere consultato sul sito internet <http://unia.be>.

¹⁰ Sul tema, nella dottrina belga, cfr. L. DEAR, V. VANNES, *La rupture abusive du contrat de travail. Théories et applications*, Bruylant, Bruxelles, 2010.

¹¹ Cour du travail d'Anvers, 23 dicembre 2011, cit.

¹² È del tutto evidente come sia piuttosto la *particolare pratica religiosa* (pur sempre strettamente dipendente, però, dalla *fede professata* dalla donna) a porre problemi alla politica di neutralità seguita dall'azienda.



élevé de difficulté sur le plan de la technique juridique”), come pure l’esistenza di una qualche incertezza dottrinale e giurisprudenziale e persino una sorta di “sentire sociale diffuso”, che legittimerebbe l’imposizione, da parte del datore di lavoro, del divieto in questione (“importantes composantes de la société estiment qu’une telle interdiction est légitime et même opportune”)¹³.

Come sostenuto, invece, in uno dei motivi di ricorso in Cassazione, qualora sorga il dubbio che il licenziamento sia stato intimato per un motivo illegittimo, più precisamente *perché il lavoratore non rispetta una prescrizione aziendale (asseritamente) illegittima*,

“le juge est tenu de vérifier si ladite illégalité existe et ne peut se contenter, comme en l’espèce, de constater que l’employeur pouvait raisonnablement supposer qu’il agissait légalement ou qu’il ne savait pas ni ne devait savoir qu’il agissait illégalement”¹⁴.

Nell’argomentare del giudice d’appello sembra trovare eco la tendenza di alcuni ordinamenti (e, in particolare, dell’ordinamento francese, almeno prima del recepimento della nuova normativa europea) ad accogliere una “nozione soggettiva” di discriminazione, “ancorata a una lettura individuale dell’atto discriminatorio e a un impianto risarcitorio, anziché redistributivo”¹⁵. L’approccio di impronta soggettivistica appare evidente quando si chiede al giudice, chiamato a valutare l’illegittimità del licenziamento, dipendente dalla non osservanza di un ordine che si sospetta essere *contra legem*, di tenere conto fra l’altro “de la mesure dans laquelle l’employeur savait ou devait savoir que son ordre était illégal et ne devait pas être respecté par l’employé”¹⁶. Si guarderebbe, in altri termini, alla colpevolezza della condotta del datore di lavoro, più che agli effetti oggettivamente discriminatori che ne potrebbero scaturire. Con complicazioni evidenti anche sul versante probatorio, risultando il movente di un comportamento quasi sempre di difficile dimostrazione sul piano processuale¹⁷.

¹³ Cour du travail d’Anvers, 23 dicembre 2011, cit.

¹⁴ Cour de cassation de Belgique, 9 marzo 2015, cit.

¹⁵ **S. COGLIEVINA**, *Diritto antidiscriminatorio e religione. Uguaglianza, diversità e libertà religiosa in Italia, Francia e Regno Unito*, Libellula, Tricase (Le), 2013, p. 175.

¹⁶ Cour du travail d’Anvers, 23 dicembre 2011, cit. (mio, ovviamente, il corsivo).

¹⁷ Nella nostra stessa giurisprudenza si colgono tracce della suddetta impostazione soggettivistica. Di recente, la Corte d’appello di Milano, sez. lav., sent. 4 maggio 2016, n. 579, ha dichiarato il *carattere discriminatorio* della condotta di una società la quale non aveva ammesso a una selezione per *hostess* con mansioni di volantinaggio, da svolgersi in occasione di una fiera di scarpe, una ragazza di religione musulmana, proprio a causa del suo rifiuto di non indossare il velo. È interessante sottolineare che il giudice di prime cure



Alle norme europee sembra, invece, sotteso un modello di discriminazione che ne esalta i “caratteri oggettivi, più che soggettivi”¹⁸, ossia gli effetti, le conseguenze discriminatorie, più che le condotte causali. Sicché, stando ai requisiti individuati dalla direttiva come condizioni che giustificano una ipotetica discriminazione diretta o indiretta, non sembrerebbe proprio avere rilievo alcuno la “circonstance que l’employeur qui opère une discrimination [...] ne sait pas et n’est pas tenu de savoir que son acte est discriminatoire”¹⁹.

Ma le pronunzie dei giudici di merito avevano escluso l’esistenza stessa della discriminazione diretta o indiretta²⁰ vietate dalla direttiva, e quindi, a ben vedere, il carattere *contra legem* del divieto imposto dal datore di lavoro. Per quanto riguarda la prima (ossia la discriminazione diretta) la comparabilità della situazione “analogica” (art. 2, par. 2, lett. a, della direttiva 2000/78/CE) ricorrerebbe, secondo i giudici, in presenza “d’un travailleur ayant une autre conviction religieuse ou une autre conviction philosophique, qui refuse(ra)it en permanence de respecter” il divieto in questione²¹. Si vorrebbe così alludere (se bene intendo l’inciso della motivazione) al comportamento del datore di lavoro che operasse un diverso trattamento *tra i propri* dipendenti in base alla fede (o convinzione) da loro professata, consentendo, ad esempio, *solo ad alcuni* (ma non a tutti) di non allinearsi all’osservanza del divieto o dell’obbligo aziendale²², o comunque al

aveva escluso l’esistenza di una discriminazione diretta, «in assenza di una volontà della società di discriminare la ricorrente “in quanto appartenente all’Islam”». Per il giudice d’appello tale argomento è invece irrilevante, «atteso il carattere *oggettivo* che connota la “discriminazione”» (enfasi presente nell’originale). Sempre secondo la Corte, in “tale materia, infatti, l’indagine giudiziaria è diretta ad accertare la tipologia di atto posto in essere e l’effetto che esso produce, restando del tutto estraneo al sindacato del giudice *lo stato psicologico* – dolo, colpa, buona fede – dell’autore dell’atto discriminatorio. Una condotta, infatti, è discriminatoria se determina *in concreto* una disparità di trattamento fondata sul fattore tutelato a prescindere dall’elemento soggettivo dell’agente” (enfasi nell’originale).

¹⁸ S. COGLIEVINA, *Diritto antidiscriminatorio*, cit., p. 60.

¹⁹ Cour de cassation de Belgique, 9 marzo 2015, cit.

²⁰ Come messo in evidenza nella motivazione della pronunzia della Cassazione, secondo il giudice d’appello “la discrimination indirecte est fort discutable, de même que l’entrave à la liberté individuelle et/ou à la liberté de religion”. Tali profili sono trattati rispettivamente al punto 2.1.2 della motivazione della pronunzia della Corte d’appello (*Indirecte discriminatie voor ernstige betwisting vatbaar*) e al punto 2.1.3 (*Schending van de individuele vrijheid en/of de vrijheid van godsdienst voor ernstige betwisting vatbaar*).

²¹ Cour du travail d’Anvers, 23 dicembre 2011, cit.

²² Ci si può riferire al caso in cui l’azienda occupi lavoratori di religione sikh e lavoratrici di religione musulmana, e, pur di fronte al divieto generalizzato di uso di copricapi, consenta ai primi di portare il turbante e non alle seconde di indossare il velo. La pronunzia



comportamento del datore di lavoro che discriminasse tra lavoratori di diverse fedi (o convinzioni) proclivi a porre in essere *lo stesso tipo di condotta* censurata dal regolamento aziendale²³.

Peraltro, la portata generale del divieto (volto a sanzionare ugualmente la manifestazione esteriore “de convictions politiques, philosophiques ou religieuses”), se esclude certamente ogni discriminazione, per così dire, “selettiva” *tra i lavoratori* dell’azienda, lascia irrisolto il problema dell’eventuale diverso trattamento tra essi e quelli svolgenti analoghe mansioni alle dipendenze di un altro imprenditore (e a prescindere dal fatto che questi ultimi compiano pratiche religiose simili a quelle vietate ai primi). Invece, per i giudici d’appello

“L’interdiction existant au sein de la société n’établit [...] pas de distinction entre des (groupes de) travailleurs, n’utilise pas de critère de distinction pour traiter de manière moins favorable certains (groupes de) travailleurs et ne peut, pour ce motif, être qualifiée de discrimination directe”²⁴.

Alla donna non resta che far valere in Cassazione la non compatibilità di questo tipo di interpretazione con l’art. 2, par. 2, lett. *a*, della direttiva 2000/78/CE, secondo cui sussiste “discriminazione diretta” quando una persona, sulla base della religione o delle convinzioni, è trattata meno favorevolmente di un’altra che versi in situazione analoga. Si pongono così le premesse per il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, sola competente a pronunciarsi sull’interpretazione della citata norma della direttiva. Ma si va pure, in questo modo, proprio al cuore del problema (che rimarrà sullo sfondo o, per meglio dire, non risulterà chiaramente esplicitato nella successiva pronuncia della Cassazione francese), consistente nella corretta qualificazione del fatto alla luce delle norme della direttiva: questione dal valore logicamente, a sua volta, pregiudiziale²⁵

della Corte d’appello precisa che l’“interdiction générale, ainsi qu’elle a été formulée par la société, vise sans distinction tous les signes extérieurs de quelque conviction religieuse ou philosophique que ce soit, s’adresse par conséquent de la même manière à tous les travailleurs de la société et s’applique à tous ces travailleurs” (mio il corsivo).

²³ Nel caso da ultimo ipotizzato, a differenza del precedente, la discriminazione potrebbe intervenire anche al momento dell’assunzione (ad esempio, in fase di selezione del personale).

²⁴ Cour du travail d’Anvers, 23 dicembre 2011, cit.

²⁵ A me pare di poter dire che la questione interpretativa, per come proposta dal giudice del rinvio, rifletta esattamente l’aspetto controverso emerso nella causa principale (ossia la comparabilità di situazioni simili che sarebbero oggetto di un diverso trattamento), senza che da ciò possa desumersi una qualche implicita presa di posizione della Cassazione belga in ordine a una possibile giustificazione del trattamento differenziato (ove ricondotto agli



rispetto a ogni altro approfondimento circa i requisiti giustificativi del diverso trattamento (pure essi disciplinati dalle norme europee)²⁶.

3 – Il rinvio operato dalla pronunzia “gemella” della Cassazione francese

Esattamente un mese dopo, una vicenda nell’essenziale analoga a quella appena descritta²⁷ aveva indotto la Corte di cassazione francese a chiamare in causa, per lo stesso motivo, la Corte di giustizia (sempre per il tramite di un rinvio pregiudiziale)²⁸.

In questo caso, si è trattato del licenziamento intimato a una dipendente di una società privata di consulenza informatica, a causa del suo

effetti di una discriminazione indiretta). Non appare, quindi, convincente quanto rilevato dall’Avvocato generale della Corte di giustizia nelle conclusioni relative alla presente causa, secondo cui la Cassazione non avrebbe interpellato i giudici di Lussemburgo “in ordine alla possibile giustificazione di una qualsiasi discriminazione” perché probabilmente avrebbe ritenuto “ovvio che si possa giustificare, in un caso come quello di specie, una discriminazione indiretta e non, invece, una discriminazione diretta” (*Conclusioni C-157/15, cit.*, par. 26).

²⁶ La questione pregiudiziale è così formulata: “Se l’articolo 2, paragrafo 2, lettera a), della 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, debba essere interpretato in modo tale che il divieto per una donna musulmana di indossare un velo islamico sul luogo di lavoro non configura una discriminazione diretta qualora la regola vigente presso il datore di lavoro vieti a tutti i dipendenti di indossare segni esteriori di convinzioni politiche, filosofiche e religiose”.

²⁷ Parla di “questione estremamente simile” l’Avvocato generale nelle *Conclusioni C-157/15, cit.*, par. 5. L’Avvocato generale, nelle *Conclusioni C-188/15, cit.*, parla di questione “pregiudiziale basata su fatti analoghi (ancorché non identici)”.

²⁸ Cour de Cassation (France), Ch. soc., 9 aprile 2015, n. 630 (13-19855), *X et Association de défense des droits de l’homme c. société Micropole Univers*, in www.courdecassation.fr. La domanda è pubblicata nella *GIUE* 6 luglio 2015, C 221, p. 2 (n. della causa C-188/15). Riferimenti a tale pronunzia sono presenti in **R. BENIGNI**, *L’Affaire Baby Loup* e la “laïcité” nel rapporto di lavoro privato. *La Francia tra tentazioni integraliste e tutela della libertà religiosa del salariato*, in *Quad. dir. pol. eccl.*, n. 3, 2015, p. 689 ss. (in specie p. 704 ss.). Nella dottrina francese, cfr. **B. ALDIGÉ**, *Port du voile islamique par une salariée: prise en compte des souhaits de la clientèle?*, in *La Semaine Juridique - Ed. gén.*, 25 maggio 2015, n. 21; **B. BOSSU**, *Le voile islamique et la clientèle de l’entreprise*, in *La Semaine Juridique - Ed. Social*, 23 giugno 2015, n. 25; **F. CASSEREAU**, *La laïcité en entreprise: les vicissitudes du juge et du législateur*, in *Gaz. Pal. - Ed. gén.*, 2015, n. 144-148, p. 8 ss.; **M. MINÉ**, *Liberté d’expression religieuse versus lois du Marché*, in *Rev. dr. tr.*, n. 6, 2015, p. 405 ss.; **J. MOULY**, *Le voile dans l’entreprise: nouveaux rebondissements sous l’angle de la discrimination*, in *Recueil Dalloz*, n. 19, 2015, p. 1132 ss.; **C. WOLMARK**, *Le foulard dans l’entreprise - La CJUE invitée dans le débat*, in *Dr. soc.*, n. 7-8, 2015, p. 648 s.



rifiuto di assecondare la richiesta del datore di lavoro di rendere le prestazioni professionali di ingegnere programmatore (*ingénieur d'études*)²⁹ – quando svolte a contatto “*en interne ou en externe avec les clients*” – senza indossare il velo islamico.

L'esigenza dell'impresa – ispirata a una politica aziendale di neutralità religiosa e ideologica – era stata prospettata alla donna sin dal momento dell'assunzione. Saranno, tuttavia, le lamentele di una ditta, che si era avvalsa dei servizi offerti dalla società di consulenza, a indurre il datore di lavoro ad adottare il drastico provvedimento disciplinare. Alcuni collaboratori della ditta cliente, presso la quale la lavoratrice si era recata per svolgere le proprie prestazioni professionali indossando il velo, avrebbero avvertito una sgradevole sensazione di disagio alla vista del simbolo religioso, che sarà puntualmente segnalata alla società di consulenza, cui verrà anche rivolto l'invito (dal tono poco rassicurante) a far sì che l'episodio non avesse a ripetersi. Seguiranno un richiamo da parte del datore di lavoro al rispetto della particolare regola aziendale, il persistente rifiuto della donna, il licenziamento.

Il giudice del lavoro di Parigi³⁰, cui la donna farà ricorso, non ravviserà alcuna discriminazione per motivi religiosi ai danni della dipendente e considererà assistito da giusta causa (*fondé par une cause réelle et sérieuse*) il licenziamento. A un analogo ordine di considerazioni si rifarà pure la pronuncia del giudice d'appello³¹.

L'aspetto della vicenda legato alle “preferenze” manifestate dal cliente/consumatore – che, almeno quando riferite in senso proprio al prodotto o al servizio offerto, in una logica di libera concorrenza, costituiscono, ovunque e comprensibilmente, un ovvio criterio strategico di orientamento delle scelte delle imprese commerciali³² – differenzia questo

²⁹ Nell'ambito delle società di consulenza informatica, la figura professionale dell'*ingénieur d'études* si occupa della progettazione, dello sviluppo e dell'assistenza delle applicazioni per i sistemi informatici. La traduzione ufficiale rende l'espressione francese con quella di “ingegnere progettista”, che nella lingua italiana si risolve, però, evidentemente, in una tautologia.

³⁰ Conseil de prud'hommes de Paris, 4 maggio 2011.

³¹ Cour d'appel de Paris, 18 aprile 2013, n. 11-05892.

³² I supremi giudici francesi individuano un collegamento tra la vicenda in esame e quella che portò a una censura, per diretta violazione delle norme europee antidiscriminatorie, da parte di Corte di giustizia UE, sez. II, 10 luglio 2008, C-54/07 (*Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding c. Firma Feryn NV*). In quella occasione, venne considerata illegittima la politica di assunzione annunciata da una impresa di vendita e installazione di porte, che avrebbe escluso gli operai di una determinata origine etnica o razziale (“alloctoni”), per la diffidenza manifestata dalla clientela nei loro confronti, spesso poco incline a farli accedere in casa per l'esecuzione dei



caso da quello esaminato dalla Cassazione belga e sembrerebbe darne, ancora più chiaramente, una rappresentazione in termini di conflitto tra l'esercizio di una libertà individuale fondamentale e le ferree leggi di mercato delle economie di stampo liberistico. Dunque, tra l'esigenza di tutela di valori di tipo spirituale, di cui è espressione la libera professione della fede religiosa della lavoratrice (con il connesso diritto a non essere discriminati in ambito lavorativo), e quella di salvaguardia della logica dell'utile, del profitto dell'impresa, rispondente a un interesse tipicamente mercantile.

In questo senso, non c'è dubbio che le rivendicazioni dell'impresa fossero pienamente comprensibili e conformi al buon senso, qualunque sarebbe stato l'interesse destinato alla fine ad avere la meglio. Inoltre, si può essere ragionevolmente certi che fosse (ancora una volta e non diversamente dalla vicenda esaminata dalla Cassazione belga) del tutto estraneo al datore di lavoro qualsiasi intento (soggettivamente) discriminatorio, volto a emarginare o a trattare in maniera deteriore la donna di religione islamica rispetto agli altri dipendenti.

Non a caso, la Corte d'appello di Parigi (avverso la cui decisione sarà proposto il ricorso che preluderà al rinvio pregiudiziale) sottolinea come una società commerciale si caratterizzi proprio per il suo fine di fornire ai clienti beni o servizi che li soddisfino. Di qui, la necessità di tener conto anche delle loro diverse convinzioni personali e di imporre una restrizione della libertà dei lavoratori che entrino con essi in contatto, sotto forma di una "*obligation de discrétion qui respecte les convictions de chacun*"³³.

Peraltro, da un punto di vista strettamente giuridico, se di restrizione di una libertà individuale si tratta, essa, in base alle norme dell'ordinamento francese, avrebbe dovuto essere giustificata in base alla "*nature de la tâche à accomplir*" e risultare proporzionata allo "*but recherché*" (art. L 1121-1 del *Code du travail*). Invece, i giudici della Corte d'appello sembrerebbero essersi limitati a valutare positivamente la proporzionalità della misura in rapporto allo scopo perseguito dall'azienda, in tal senso confortati dal carattere non assoluto del divieto, "*seulement limitée aux contacts avec la clientèle*", "*les travaux effectués dans [les] locaux par un ingénieur d'études portant un voile islamique ne créant aucune difficulté*"³⁴. La giustificazione della restrizione non è, infatti, desunta dalle caratteristiche concrete delle mansioni svolte dalla lavoratrice (come sembrerebbe, invece, richiedere il

lavori. La Corte considerò irrilevante la giustificazione addotta dall'azienda, che aveva puntato a dimostrare la mancanza di qualsiasi intento discriminatorio del datore di lavoro, spinto piuttosto dall'esigenza di andare incontro alle preferenze della clientela.

³³ Cour d'appel de Paris, 18 aprile 2013, cit.

³⁴ Cour d'appel de Paris, 18 aprile 2013, cit.



riferimento normativo alla “*nature de la tâche à accomplir*”), quanto da un generico richiamo ai “*droits d’autrui*”, “*alors que la liberté donnée à la salariée de manifester ses convictions religieuses débordait le périmètre de l’entreprise et empiétait sur les sensibilités de ses clients*”³⁵.

Il ricorso in Cassazione proverà a censurare questo approccio interpretativo alle norme del *Code du travail*, sottolineando che, a tenore delle medesime, le limitazioni della libertà di religione dovrebbero essere ammesse (ricorrendo una *finalità legittima*) solo se *giustificate dalla natura dell’attività lavorativa* e rispondenti a una *esigenza professionale essenziale e determinante* (e purché questa esigenza risulti *proporzionata* rispetto al tipo e alla misura della limitazione della libertà richiesta al lavoratore).

A questo punto, la Cassazione deve sciogliere il dubbio della conformità della normativa interna alla direttiva dell’Unione, ponendo alla Corte di giustizia il quesito oggetto del rinvio pregiudiziale. A differenza della Cassazione belga, stavolta si dà in certo senso per scontata l’esistenza oggettiva della diversità di trattamento di situazioni simili³⁶ e si sposta, piuttosto, l’attenzione sulla eventuale esistenza di *cause giustificative* che escludano l’illegittimità del trattamento differenziato. Si chiede, così, alla Corte di giustizia di chiarire se la disciplina dei cosiddetti “requisiti professionali essenziali” (*genuine occupational requirements*) (art. 4, par. 1, della direttiva citata), che interviene, in funzione derogatoria, sulla materia regolata dal precedente art. 2, parr. 1 e 2, della medesima direttiva³⁷, sia applicabile all’ingegnere che si reca col velo dal cliente dell’impresa di consulenza informatica³⁸.

³⁵ Cour d’appel de Paris, 18 aprile 2013, cit.

³⁶ ... ai sensi dell’art. 2, par. 2, lett. a), della direttiva 2000/78/CE. Il che sembrerebbe indurre a ritenere che la Cassazione propenda implicitamente per l’astratto inquadramento della fattispecie nell’ambito della previsione normativa concernente il divieto di discriminazione *diretta*.

³⁷ Ho sviluppato in **A. LICASTRO**, *Quando è l’abito a fare il lavoratore*, cit., p. 11 s. (cui rinvio per ulteriori approfondimenti sul punto), le argomentazioni che inducono a ritenere esistente, tra l’art. 2 e l’art. 4, par. 1, della direttiva cit., il rapporto appena descritto nel testo, nonostante l’*incipit* del suddetto art. 4, par. 1, in maniera del tutto impropria, dichiarati di fare “salvo l’articolo 2, paragrafi 1 e 2”. Ma si veda, sul punto, anche *infra*, nella nt. 62.

³⁸ La questione pregiudiziale è formulata nel modo seguente: “Se le disposizioni di cui all’articolo 4, paragrafo 1, della direttiva 78/2000/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, debbano essere interpretate nel senso che, per la natura di un’attività lavorativa o per il contesto in cui essa viene espletata, il desiderio di un cliente di una società di consulenza informatica che i servizi informatici di quest’ultima non siano più garantiti da una dipendente, ingegnere progettista, che indossa un velo islamico costituisca un requisito essenziale e determinante per lo svolgimento dell’attività



Combinando insieme i contenuti della domanda pregiudiziale posta dalla Cassazione belga e quelli del rinvio operato dalla Cassazione francese si abbraccia in pratica l'insieme delle questioni giuridiche che la normativa antidiscriminatoria europea pone in ordine alla specifica questione del velo islamico nelle aziende del settore privato.

4 – Il profilarsi della questione pregiudiziale in controversie riguardanti lavoratori del settore pubblico

Resterebbe a rigore estraneo all'oggetto dei due quesiti di carattere pregiudiziale, fin qui illustrati, il regime del settore pubblico. La lacuna è di quelle aventi un certo peso, perché relativa a materia di grande rilevanza sistematica nel contesto dei problemi giuridici in esame.

Si deve, infatti, considerare, per un verso, che il campo di applicazione della direttiva 2000/78/CE comprende sicuramente anche il suddetto settore (art. 3, par. 1)³⁹ – con conseguente estensione delle garanzie in essa previste allo *status* del pubblico dipendente – e, per altro verso, che in alcuni Paesi europei sono imposte, nel particolare comparto in esame, *regole di neutralità* molto rigorose, destinate a rappresentare l'inevitabile e coerente svolgimento, sotto il profilo della condotta concretamente richiesta al lavoratore, di profili che delineano il volto del tipico atteggiarsi dello Stato nei confronti dell'esperienza religiosa. Alla luce di questi ulteriori risvolti, le questioni giuridiche suscettibili di venire in rilievo possono risultare, in tal caso, solo in parte coincidenti con quelle sollevate dalle rivendicazioni dei lavoratori del settore privato.

Sebbene, secondo quanto mi risulta, la questione della compatibilità con il diritto antidiscriminatorio europeo delle restrizioni riguardanti la libertà religiosa del pubblico dipendente o dei lavoratori impegnati in un servizio pubblico, non sia, fino a questo momento, approdata alla Corte di giustizia, essa si è tuttavia già posta a livello giurisprudenziale. Farò due soli esempi, senza ovviamente alcuna pretesa di essere esaustivo.

1) È, anzitutto, da segnalare la pronuncia dello scorso anno della Corte costituzionale federale tedesca, chiamata, com'è noto, a pronunciarsi sulla legittimità del divieto generalizzato per gli insegnanti delle scuole

lavorativa”.

³⁹ “Nei limiti dei poteri conferiti alla Comunità, la presente direttiva, si applica a tutte le persone, sia del settore pubblico che del settore privato, compresi gli organismi di diritto pubblico [...]”.



pubbliche⁴⁰ di indossare il velo, ricavabile dalla legge in materia scolastica della Renania Settentrionale-Vestfalia (*Schulgesetz Nordrhein-Westfalen - SchulG NW*)⁴¹. La decisione è molto importante, avendo riguardo a un settore particolarmente “sensibile” (il settore scolastico) e alle possibili ricadute dell’uso del simbolo religioso in ordine alla neutralità dell’insegnamento. Per i giudici di Karlsruhe, di fronte all’esigenza di tutelare il diritto fondamentale alla libertà religiosa (art. 4 cpv. 1 e 2, GG), non si può presumere l’esistenza di un *pericolo astratto* per la neutralità dell’insegnamento dipendente dal semplice uso di un abbigliamento con connotazioni religiose, dovendosi invece valutare, caso per caso (almeno di norma), e nel bilanciamento di tutti i diritti costituzionalmente rilevanti, l’eventuale ricorrenza di un *pericolo concreto* per la convivenza pacifica nella comunità scolastica e per la neutralità dello Stato, sulle cui sole basi sarebbe consentita una compressione di quel diritto fondamentale⁴². Fulcro della decisione sarebbe l’idea secondo cui, anche in campo scolastico, la neutralità ideologica e religiosa non comporta una presa di distanza, nel senso di una netta separazione, tra Stato e Chiesa, ma implica piuttosto un atteggiamento aperto e inclusivo, che favorisca la libertà di religione allo stesso modo per tutte le confessioni⁴³.

Interessa, comunque, sottolineare, nella prospettiva della presente indagine, che le censure mosse davanti ai giudici costituzionali, nei confronti dell’operato del tribunale del lavoro, riguardarono anche la circostanza che esso si pronunziò senza sottoporre preliminarmente alla Corte di Lussemburgo la questione relativa alla compatibilità del divieto con l’art. 4, par. 1, della direttiva 2000/78/CE⁴⁴. E la Corte considerò

⁴⁰ La precisa denominazione di tali scuole è quella di *scuole pubbliche comuni interconfessionali* (“*öffentlichen bekenntnisoffenen Gemeinschaftsschule*”).

⁴¹ Cfr. Bundesverfassungsgericht, 27 gennaio 2015, 1 BvR 471/10, 1 BvR 1181/10, in www.bundesverfassungsgericht.de.

⁴² Bundesverfassungsgericht, 27 gennaio 2015, cit., par. 113.

⁴³ Bundesverfassungsgericht, 27 gennaio 2015, cit., par. 110: “Die dem Staat gebotene weltanschaulich-religiöse Neutralität ist indessen nicht als eine distanzierende im Sinne einer strikten Trennung von Staat und Kirche zu verstehen, sondern als eine offene und übergreifende, die Glaubensfreiheit für alle Bekenntnisse gleichermaßen fördernde Haltung”; par. 111: “Dies gilt auch für den vom Staat in Vorsorge genommenen Bereich der Schule, für den seiner Natur nach religiöse und weltanschauliche Vorstellungen von jeher relevant waren”.

⁴⁴ Bundesverfassungsgericht, 27 gennaio 2015, cit., par. 48 (“Die Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts verletze Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG. Das Gericht habe seine Feststellung, ein abstraktes Kopftuchverbot ohne Einzelfallprüfung sei nach § 8 AGG zulässig, nicht treffen dürfen, ohne die Frage, ob dies mit Art. 4 Abs. 1 der Richtlinie 2000/78/EG vereinbar sei, dem Europäischen Gerichtshof vorzulegen”) e par. 55 (“Das



assorbito il motivo di ricorso, avendo ritenuto le decisioni assunte dai giudici di merito, nei casi a essa sottoposti, già per altre ragioni incompatibili con la Legge fondamentale⁴⁵.

2) Il problema della compatibilità con le norme della direttiva 2000/78/CE delle prescrizioni concernenti l'abbigliamento nei luoghi di lavoro del settore pubblico si è posto anche davanti alla giurisprudenza belga (sebbene, questa volta, non di grado superiore).

Successivamente alla prima pronuncia della Cassazione sopra richiamata, una dipendente (addetta al *call-center*) dell'Ufficio regionale di collocamento (avente natura di *organismo di diritto pubblico*) aveva contestato, davanti al tribunale arbitrale di Bruxelles⁴⁶, la legittimità di una norma interna secondo cui, durante lo svolgimento delle loro prestazioni, i lavoratori "n'affichent leurs préférences religieuses, politiques ou philosophiques ni dans leur tenue vestimentaire, ni dans leur comportement".

La lavoratrice lamentava una violazione delle norme antidiscriminatorie – in quanto il regolamento avrebbe comportato, per le donne di fede musulmana, il divieto di indossare il velo nell'esecuzione delle mansioni lavorative⁴⁷ – e chiedeva quindi la cessazione del comportamento ritenuto abusivo⁴⁸.

Alle comuni difficoltà di inquadramento della fattispecie, dipendenti dalla controversa distinzione tra discriminazione diretta e indiretta, si aggiunge l'elemento ulteriore connesso col *principio di neutralità*

Bundesarbeitsgericht habe die Vorlagepflicht zum Europäischen Gerichtshof verletzt, weil dieser die Frage einer pauschalen oder einzelfallbezogenen Auslegung von Art. 4 Abs. 1 der Richtlinie 2000/78/EG noch nicht entschieden habe").

⁴⁵ Bundesverfassungsgericht, 27 gennaio 2015, cit., par. 156: "Die vom Bundesarbeitsgericht getroffenen Entscheidungen erweisen sich bereits aus anderen Gründen als mit dem Grundgesetz nicht vereinbar".

⁴⁶ Tribunal du travail francophone de Bruxelles, Ch. des Référés, ord. 16 novembre 2015, n. 13/7830/A, *Samira A. c. Actiris, Office Régional Bruxellois de l'Emploi*.

⁴⁷ In particolare, la ricorrente "dénonce, en premier lieu, soit une distinction directe sur la base de la conviction religieuse, laquelle ne pourrait, en l'espèce, être justifiée par une exigence professionnelle essentielle et déterminante soit une distinction indirecte sur la base de la même conviction religieuse, qui serait dénuée de justification objective et raisonnable" (Tribunal du travail de Bruxelles, ord. 16 novembre 2015, cit., par. 23). In secondo luogo, si lamenta l'esistenza di una discriminazione (diretta o indiretta) legata al genere, "puisque il affecterait spécifiquement et principalement les femmes de confession musulmane" (par. 24).

⁴⁸ Sulla particolare azione prevista dal diritto belga, cfr. **G. CLOSSET-MARCHAL, J.-F. VAN DROOGHENBROECK**, *La protection judiciaire contre la discrimination: l'action en cessation*, in J. Ringelheim (dir.), *Le droit et la diversité culturelle*, cit., p. 395 ss.



dell'apparato pubblico⁴⁹, che connota in termini del tutto peculiari la vicenda.

Mentre nelle imprese private, a rigore, si tratta di accertare, in primo luogo, se, con quali strumenti e fino a che punto, il datore di lavoro, nell'organizzazione della struttura produttiva di beni o servizi, possa legittimamente ispirarsi a una politica aziendale di neutralità ideologica⁵⁰, optando per una soluzione che resta in ogni caso libera, in quanto rimessa appunto a una scelta strategica aziendale (salvo poi verificare la compatibilità delle soluzioni concretamente adottate coi diritti fondamentali dei lavoratori), nel caso degli organismi del settore pubblico opera (in Belgio, come in altri Paesi europei), per effetto di norme giuridiche di portata generale aventi rango costituzionale, un *principio di neutralità*, di cui si può provare a definire restrittivamente i contenuti (nella prospettiva di una più ampia tutela delle ragioni della lavoratrice)⁵¹, o, al contrario, valutare alcuni risvolti alla stregua di elementi qualificanti della stessa prestazione lavorativa (nella diversa prospettiva più sensibile alle esigenze

⁴⁹ Sulla "neutralità" come nota tipica dell'atteggiarsi dello Stato belga nei confronti dell'esperienza religiosa, cfr. **S. van DROOGHENBROECK**, *Les transformations du concept de neutralité de l'État: quelques réflexions provocatrices*, in J. Ringelheim (dir.), *Le droit et la diversité culturelle*, cit., p. 75 ss.

⁵⁰ Esempio, da questo punto di vista, è la vicenda relativa al caso *Baby-Loup*, in relazione alla quale i giudici francesi si sono interrogati sulla possibilità che l'obbligo di "neutralità" potesse essere configurato dall'azienda privata come uno speciale obbligo di fedeltà, alla stessa stregua di quello caratteristico delle organizzazioni di tendenza. Sul punto cfr. **R. BENIGNI**, *L'"Affaire Baby Loup"*, cit., p. 689 ss.

⁵¹ La ricorrente non contesta, ovviamente, l'incidenza del principio di neutralità vigente nel settore pubblico, ma prova a patrocinare una lettura "inclusive", "afin de prendre en compte la diversité culturelle et religieuse des... travailleurs" (cfr. Tribunal du travail de Bruxelles, ord. 16 novembre 2015, cit., par. 25) e, comunque, a sostenere la non riferibilità alla sua posizione lavorativa (che non implicava contatti con la clientela) di una accezione "exclusive" (Tribunal du travail de Bruxelles, ord. 16 novembre 2015, cit., par. 25). In pratica, il primo tipo di interpretazione comporta che, non solo il *servizio pubblico* (ossia l'*agire* dell'ente pubblico) debba essere religiosamente e ideologicamente neutrale, ma anche il modo in cui appaiono i funzionari e tutti i lavoratori del settore, senza alcuna distinzione (compresi, quindi, quelli cosiddetti *back-office*, ossia non in contatto col pubblico) (tanto che, in questo secondo caso, si parla pure di "*neutralité d'apparence*"). Secondo, peraltro, un diverso orientamento, la stessa distinzione tra lavoratori *front office* e *back-office* sarebbe inadeguata, mentre il carattere sproporzionato di un divieto generale dovrebbe piuttosto essere temperato distinguendo tra lavoratori che svolgono mansioni di carattere tecnico o meramente esecutivo e quelli con maggiori poteri, ad esempio, di carattere direttivo o discrezionale o autoritativo, che possono ingenerare dubbi di non imparzialità, proprio per il tipo di mansioni esercitate.



sottese alle caratteristiche dei servizi pubblici)⁵², ma destinato in ogni caso a costituire un *parametro di riferimento obbligato* da cui partire.

Secondo il tribunale, il principio di neutralità non può di per sé giustificare un *divieto generalizzato* valido per tutti i lavoratori dell'ente pubblico convenuto in giudizio, che risulterebbe non in linea col *principio di proporzionalità* (da valutare in termini particolarmente rigorosi, entrando in gioco la tutela di un diritto fondamentale) e con lo stesso *principio di eguale trattamento del personale* (che impone di non trattare in modo identico lavoratori che non si trovano in situazioni perfettamente comparabili).

Non risultando, dunque, dimostrata l'oggettiva giustificazione (alla luce dei parametri imposti dalla normativa antidiscriminatoria) della misura fonte di effetti pregiudizievoli, il giudice riterrà integrata una *discriminazione indiretta* (basata esclusivamente su motivazioni religiose), in quanto la norma del regolamento

“doit être considéré comme une disposition apparemment neutre, entraînant un désavantage particulier pour les personnes adhérant à une religion qui prescrit le port d'un signe particulier ou pour lesquelles le port d'un signe donné revêt une importance plus grande et qui entendent exercer leur liberté de religion”⁵³.

È ancora una volta da sottolineare che, anche in questo caso, la lavoratrice ricorrente in giudizio aveva sollecitato il tribunale a sollevare una questione pregiudiziale davanti alla Corte di giustizia affinché venisse chiarito, alla luce delle diverse possibili interpretazioni della regola di *neutralità dei servizi pubblici*, se

“l'interdiction du port de vêtement révélant une appartenance politique, philosophique ou religieuse est-elle ou non contraire au droit de l'Union européenne, en ce qu'il interdit la discrimination directe ou indirecte en la matière notamment sur l'appartenance religieuse”⁵⁴.

⁵² È quanto sostenuto dall'ente convenuto in giudizio, secondo cui il rispetto del principio di neutralità nel settore pubblico può essere considerato come *esigenza professionale essenziale e determinante* (ai sensi della legislazione antidiscriminatoria) per lo svolgimento della prestazione lavorativa (Tribunal du travail de Bruxelles, ord. 16 novembre 2015, cit., par. 29).

⁵³ Tribunal du travail de Bruxelles, ord. 16 novembre 2015, cit., par. 104. Si noti che il Tribunale non compie alcuna verifica volta a stabilire l'eventuale ricorrenza, nel caso di specie, di una discriminazione *diretta*, essendo la pronuncia intervenuta nelle more della decisione del rinvio pregiudiziale sottoposto dalla Cassazione belga alla Corte di giustizia (vedi par. 90). In attesa della decisione di Lussemburgo, la conclusione favorevole ad ammettere la ricorrenza di una discriminazione indiretta è stata assunta “sous réserve” che il divieto “puisse être constitutif d'une discrimination directe”.

⁵⁴ Tribunal du travail de Bruxelles, ord. 16 novembre 2015, cit., par. 8.



Tuttavia, il giudice riterrà senz'altro fondata l'azione fatta valere dalla dipendente, sicché la domanda di rinvio pregiudiziale, proposta nell'eventualità che non venisse accolta la domanda principale, non avrà corso⁵⁵.

Il fatto che non sia finora giunta davanti alla Corte di Lussemburgo una questione relativa ai lavoratori del settore pubblico, non esclude, ovviamente, che ciò non possa verificarsi in un futuro più o meno immediato, nel qual caso dovrebbe risultare la oggettiva diversità della situazione considerata rispetto a quelle fin qui oggetto di rinvio⁵⁶. Ed evidentemente, nei casi accennati, ancor più che in quelli ora sottoposti all'esame della Corte, una operazione di bilanciamento, nell'interpretazione e applicazione delle norme antidiscriminatorie dell'Unione, che non tenesse adeguatamente conto del tipico e diverso atteggiarsi degli Stati d'Europa nei confronti dell'esperienza religiosa, non avrebbe un impatto diretto soltanto sulle possibili estrinsecazioni della libertà religiosa individuale (destinato a intaccarne la particolare concezione "nazionale"), ma sarebbe, altresì, destinata ad avere una ripercussione quanto mai immediata, ampia ed estesa, su principi-cardine di alcuni diritti ecclesiastici degli Stati membri, atti a definire altrettanti elementi caratteristici della rispettiva identità costituzionale⁵⁷.

D'altronde, quanto verrà deciso dalla Corte di giustizia, sebbene su fattispecie riguardanti l'impiego privato, potrà avere significativi riflessi anche nel campo del settore pubblico, senza considerare che se i giudici riterranno ammissibile un divieto all'interno delle aziende private, a maggior ragione tale divieto dovrebbe ritenersi ammissibile all'interno delle strutture pubbliche, almeno in quelle proprie dei Paesi che si ispirano a una marcata neutralità dei servizi erogati.

5 – Le conclusioni dell'Avvocato generale nella causa C-157/15: a) l'approccio "onnicomprendivo" nell'analisi della fattispecie

⁵⁵ Risulta dalla pronunzia in esame che anche la parte convenuta aveva prospettato l'esigenza di misure istruttorie complementari, compreso il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia (Tribunal du travail de Bruxelles, ord. 16 novembre 2015, cit., par. 27).

⁵⁶ Lo stesso Avvocato generale, nelle conclusioni relative alla causa C-157/15, sottolinea come, nel settore pubblico, sia "possibile che valgano talune peculiarità": cfr. *Conclusioni* C-157/15, cit., par. 6. Analogamente, cfr. *Conclusioni* C-188/15, cit., par. 79, secondo cui "è indubbio che possano esservi differenze, in alcuni casi sostanziali, per quanto riguarda la portata delle norme nazionali" relative al settore pubblico e a quello privato.

⁵⁷ Cfr. **A. LICASTRO**, *Quando è l'abito a fare il lavoratore*, cit., p. 39 e nt. 104.



Il 31 maggio scorso, sono state presentate le conclusioni dell'Avvocato generale Juliane Kokott nella causa C-157/15. Lo sforzo profuso nella ricostruzione del quadro normativo di riferimento e nell'analisi puntuale del fatto controverso approda a un esito capace sicuramente di proiettare molte luci sulle possibili soluzioni dell'intricata vicenda, anche se non manca qualche ombra, a mio avviso, dietro ad alcuni passaggi logici del percorso argomentativo seguito. I limiti o difetti della soluzione prospettata dall'Avvocato generale derivano, soprattutto, a mio avviso, da una non sempre convincente delimitazione concettuale delle nozioni tecniche utilizzate dalla normativa europea o dalla sopravvalutazione di alcune particolarità "strutturali" ravvisate nel modo in cui le discriminazioni in campo lavorativo, legate al fattore religioso, avrebbero modo di presentarsi.

Senz'altro apprezzabile, e tecnicamente ineccepibile, è, però, intanto, l'indicazione di metodo volta a sollecitare la Corte a emanare una "decisione di principio"⁵⁸. Di fronte a quesiti articolati forse con fin troppo stretta aderenza al fatto concreto su cui è chiamato a pronunciarsi il giudice nazionale, non sono soltanto ragioni tecniche generali, dipendenti dai rapporti tra Corte di giustizia e Corti nazionali, e dalla estensione dei loro rispettivi poteri, che sconsigliano di rimanere ancorati alla contingenza circostanziata delle vicende da cui è originato il rinvio.

Mi sono altrove già espresso nel senso che, ridotta all'essenziale, la rappresentazione giuridica dei fenomeni controversi in discorso altro non è se non quella del conflitto tra interessi contrapposti – del lavoratore e dell'azienda – ritenuti tutti meritevoli di tutela dall'ordinamento, per tentare di appianare il quale la strada da percorrere non può che essere quella del *giudizio di proporzionalità*⁵⁹. Pertanto, alla Corte bisognava giustamente chiedere l'indicazione di parametri o criteri (il più possibile

⁵⁸ Cfr. *Conclusioni C-157/15*, cit., par. 6.

⁵⁹ Cfr. **A. LICASTRO**, *Quando è l'abito a fare il lavoratore*, cit., p. 18 e p. 35 s.; **A. LICASTRO**, *Libertà religiosa, convivenza e discriminazioni*, in E. Camassa (a cura di), *Democrazie e religioni*, cit., p. 94 s. Lo stesso giudizio di *proporzionalità* (per quanto spesso ricondotto alla appropriata congruità tra mezzi e fini) riflette il più comprensivo parametro della *ragionevolezza*, canone interpretativo fondamentale in ogni valutazione di legittimità delle differenziazioni di trattamento normativo alla luce del principio di uguaglianza o di non discriminazione. E, in definitiva – per come ho già sottolineato nell'*op. ult. cit.*, p. 83 – i vari test quantitativi, cui è subordinato, in forza delle direttive europee, l'accertamento della discriminazione, "rappresentano nient'altro che il tentativo di fissare parametri oggettivi sulle cui basi condurre quella che sostanzialmente rimane una *valutazione di ragionevolezza*". Più in generale, sui rapporti tra sindacato di eguaglianza e quello di ragionevolezza, cfr. le riflessioni di **L. D'ANDREA**, *Ragionevolezza e legittimazione del sistema*, Giuffrè, Milano, 2005, in specie p. 53 ss.



puntuali, ma) di portata generale, sulle cui basi condurre quel giudizio: indispensabile, quindi, una certa dose di astrazione dalla fattispecie concreta, che richiede essa stessa di essere “parametrata” alla luce dei suddetti criteri (ed è appena il caso di aggiungere che tale compito resta in ogni caso riservato al giudice nazionale, non potendo la Corte di giustizia, in sede di rinvio pregiudiziale, spingersi nel processo logico interpretativo delle norme fino al punto di fissare tutti i termini della loro concreta applicazione).

Le conclusioni dell’Avvocato generale tengono conto di tutto ciò e appaiono sufficientemente “distaccate” dalla concretezza del quesito. Al punto, anzi, di allontanarsene significativamente, fino a concentrarsi su questioni in esso non esplicitate (e dunque *ultra petitum*), e al centro piuttosto del rinvio pregiudiziale “parallelo”, ossia di quello operato dalla Cassazione francese (causa 188/15). Niente, tuttavia, di abnorme: la Corte, per giurisprudenza costante, offre tutte le indicazioni ritenute “utili” a guidare il giudice nazionale nella soluzione del caso, senza che la non piena corrispondenza tra i termini precisi in cui è formulata la questione interpretativa oggetto del rinvio e la risposta della Corte possa di per sé essere indice della volontà di quest’ultima di travalicare nell’esame di profili estranei alla controversia o meramente astratti. Resta, però, essenziale – giova ribadirlo – che si tratti di *indicazioni di principio*, utili ad aiutare il giudice nazionale a pronunciarsi sul caso, ma non specificate e dettagliate fino al punto da essere sufficienti a concretizzare l’applicazione del diritto dell’Unione alla fattispecie controversa.

Si può spiegare così perché l’Avvocato generale – sgombrato ogni dubbio di mancanza di competenza della Corte a pronunciarsi sulla fattispecie⁶⁰ – dopo avere affrontato la *questione dell’eventuale carattere neutro della regola aziendale* (al fine di valutare la riconducibilità oggettiva del fatto tra quelli cui può essere riferito il divieto di discriminazione diretta o piuttosto quello di discriminazione indiretta), si concentri piuttosto sui *fattori che possono giustificare* la diversità di trattamento (comunque essa

⁶⁰ La tesi sostenuta dalla Francia, della sottrazione delle materie connesse con l’identità nazionale degli Stati membri, dalle competenze dell’Unione (cfr. *Conclusioni* C-157/15, cit., par. 31), appare in vero del tutto non plausibile. È, infatti, evidente l’esistenza di un collegamento tra la fattispecie e il diritto dell’Unione, che conferisce alla Corte la competenza a pronunciarsi sulla questione. Quello che non convince, sul punto, delle conclusioni dell’Avvocato generale, è la parte in cui sembrerebbe volersi lasciare intendere che la conclusione avrebbe forse potuto essere diversa qualora la lavoratrice fosse stata un dipendente pubblico (attribuendo questo significato all’*incipit* del par. 32, dove ci si affretta a precisare “che il procedimento in esame non verte su un caso di impiego nel servizio pubblico”).



venga configurata), *inclusi quelli risultanti dall'art. 4, par. 1*, della direttiva (al centro, come sappiamo, del quesito pregiudiziale sollevato dalla Cassazione francese).

Partendo dall'assunto che i fattori giustificativi previsti dalla direttiva *in modo specifico* per la discriminazione *indiretta* (art. 2, par. 2, lett. *b*, comma *i*)⁶¹ – ossia: *finalità legittima*, che giustifichi *oggettivamente* il divieto; *appropriatezza* e *necessarietà* dei mezzi impiegati per il suo conseguimento – siano *meno rigorosi* di quelli idonei a giustificare una discriminazione *diretta* – ai sensi, in particolare, dell'art. 4, par. 1, concernente i cosiddetti “requisiti occupazionali”, ossia: *finalità legittima*; *carattere essenziale, determinante e proporzionato* del requisito professionale (consistente in una caratteristica correlata alla religione) in rapporto alla natura dell'attività lavorativa o al contesto in cui essa viene espletata –, si fa ogni sforzo per “agganciare” la fattispecie (anche) a quest'ultima disposizione (asseritamente più rigorosa), nonostante sia chiara la propensione dell'Avvocato generale a ricondurre il caso sottoposto al suo esame a una sospetta ipotesi di discriminazione *indiretta*. In ogni caso, le conclusioni affermano l'applicabilità dell'art. 4, par. 1, anche come ragione giustificativa della discriminazione *indiretta*.

Il punto merita qualche ulteriore approfondimento.

Occorre precisare che nell'*incipit* dell'articolo suddetto – di cui non è, per la verità, semplicissimo intendere esattamente il significato letterale, anche a causa di un probabile errore di traduzione dei testi ufficiali⁶² – si trovano accomunate sia la disciplina della discriminazione diretta che quella della discriminazione indiretta, sicché sarebbe in effetti del tutto ragionevole pensare che la norma sui requisiti occupazionali apporti una qualche integrazione (o introduca una deroga, a seconda del significato che si attribuisca all'inciso iniziale dell'art. 4, par. 1) a entrambe le discipline (vale a dire, sia alla lett. *a*) che alla lett. *b*) dell'art. 2, par. 2). Del resto, gli stessi strumenti nazionali di attuazione della direttiva sembrano concepire la norma sui requisiti occupazionali come atta a giustificare qualsiasi tipo di discriminazione (diretta e indiretta)⁶³. La “versatilità”, per così dire,

⁶¹ Rileverebbe, invero, anche il successivo comma *ii*), che concerne, tuttavia, il caso particolare delle persone portatrici di handicap.

⁶² È alquanto singolare che la disposizione corrispondente a quella in esame (il cui *incipit* è così formulato: “[f]atto salvo l'articolo 2, paragrafi 1 e 2”), contenuta nella direttiva “gemella” 2000/43/CE, esordisca con la frase: “[i]n deroga all'articolo 2, paragrafi 1 e 2”, dal significato evidentemente opposto rispetto alla prima. Ed è interessante sottolineare che nel testo inglese, sia della direttiva 78, che della direttiva 43, si usi sempre il termine “[n]otwithstanding”.

⁶³ Basta confrontare l'art. 10 dell'ordinanza belga 4 settembre 2008 (*Ordonnance relative à la lutte contre la discrimination et à l'égalité de traitement en matière d'emploi*), secondo cui



dell'art. 4, par. 1, raggiunge poi la sua massima espressione nell'interpretazione che ne dà l'Avvocato generale, secondo il quale la norma configurerebbe essa stessa una "finalità legittima" atta a giustificare oggettivamente la disposizione, il criterio o la prassi "appartentemente neutri", ma produttivi di effetti svantaggiosi, cui si riferisce l'art. 2, par. 2, lett. b), comma i)⁶⁴.

Sebbene non si possa ragionevolmente dubitare che tra le "finalità legittime" (cui si richiama la norma relativa ai fattori giustificativi di una discriminazione indiretta) siano comprese anche "quelle riconosciute espressamente dal legislatore dell'Unione"⁶⁵, mi pare però forzato, da un punto di vista strettamente formale, considerare come fonte, capace di dare fondamento a un tale tipo di previsione, una norma che, nel contesto della disciplina dettata dalla medesima direttiva delle deroghe al divieto di discriminazione, evoca a sua volta la necessaria ricorrenza di una "finalità legittima"⁶⁶. Ci si può sentire autorizzati a procedere con una certa disinvoltura nel senso ora indicato se si muove dalla premessa che la discriminazione diretta sia più grave di quella indiretta, per cui la causa di giustificazione prevista per la prima varrebbe *a maggior ragione* anche per la seconda.

A prescindere da quest'ultimo profilo, se ci si distacca per un momento da un approccio meramente formale, può sorgere il sospetto che tra le due forme di discriminazione (diretta e indiretta) (e quindi tra le norme che disciplinano le rispettive cause di giustificazione) ci sia un *rapporto di incompatibilità logica* (nonostante l'*incipit* dell'art. 4, par. 1, e tutti i nessi formali rintracciabili all'interno della direttiva, da cui si dovrebbe essere indotti a ritenere che "gli articoli 2, paragrafo 5, e 4, paragrafo 1, della direttiva si applicano sempre, a prescindere dal tipo di discriminazione")⁶⁷.

"Les différences de traitement fondées sur une caractéristique liée à l'un des motifs visés à l'article 4, 2°, ne constituent pas une discrimination directe ou indirecte lorsque, en raison de la nature de l'activité professionnelle ..." ecc. (mio, ovviamente, il corsivo). Analogamente, l'art. 3, comma 3, del D. lgs. 9 luglio 2003, n. 216 (*Attuazione della direttiva 2000/78/CE per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro*).

⁶⁴ Cfr. *Conclusioni C-157/15*, par. 60.

⁶⁵ *Conclusioni C-157/15*, par. 60.

⁶⁶ Mi pare, quindi, più corretto osservare che «ove sia soddisfatto il requisito della finalità legittima previsto dall'articolo 4, paragrafo 1, della direttiva 2000/78, ad esempio nel caso di un divieto basato su questioni connesse alla salute e alla sicurezza, sia parimenti soddisfatta la condizione della "finalità legittima" di cui all'articolo 2, paragrafo 2, lettera b), i)» (*Conclusioni C-188/15*, cit., par. 114).

⁶⁷ L'espressione tra virgolette è tratta dalle *Conclusioni C-157/15*, par. 62. Nello stesso senso, *Conclusioni C-188/15*, cit., par. 90. Peraltro, in quest'ultimo caso, l'Avvocato generale precisa che l'"articolo 4, paragrafo 1, può forse applicarsi più spesso alla discriminazione



La discriminazione *diretta* ha senso di essere così qualificata in quanto presupponga, appunto, una *diretta considerazione dell'elemento religioso* (come degli altri fattori previsti dall'art. 1 della direttiva) come causa della discriminazione. Anche se non risulterà magari sempre necessario che le differenze di trattamento siano "*dichiaratamente basate su caratteristiche correlate ai motivi protetti*"⁶⁸, la misura fonte di discriminazione (nel nostro caso il divieto del velo) deve essere adottata *in forme strettamente e oggettivamente connesse con la circostanza tutelata*⁶⁹. Solo in rapporto a una tale situazione appare coerente ammettere e giustificare "*una differenza di trattamento basata su una caratteristica correlata*" al motivo protetto (art. 4, par. 1), ossia *dichiaratamente fondata o, almeno, manifestamente connessa* al motivo tutelato. Dove per caratteristica "*basata*" sul fattore tutelato – anche qualora non ci si spinga fino a escludere dalla sfera applicativa dell'art. 4, par. 1, i casi in cui essa sia correlata alla religione *in senso meramente negativo*⁷⁰ – sembra doversi intendere proprio quella che *trovi il suo principale fondamento sul medesimo fattore, il che la renderebbe, per definizione, non conciliabile con un provvedimento "apparentemente neutro"* (a effetti *indirettamente* pregiudizievole). Insomma, la possibilità di "*contestualizzare*" le ragioni giustificative del fatto nella struttura dell'art. 4, par. 1, potrebbe essere essa stessa indice della natura *diretta* (e non *indiretta*) della (asserita) discriminazione.

A me pare che i parametri utilizzati dalla direttiva per definire le cause giustificative di una discriminazione indiretta – proprio a causa del

diretta che a quella indiretta" (*ibidem*, nota 85).

⁶⁸ La frase riportata è di **P. CHIECO**, *Le nuove direttive comunitarie sul divieto di discriminazione*, in *Riv. it. dir. del lav.*, n. 1, 2002, p. 81, nt. 13, secondo cui "l'art. 4 non riguarda la nozione di discriminazione indiretta", anche perché "i requisiti che rendono legittimo un criterio neutro a effetti pregiudizievole... sono espressamente individuati nell'art. 2, lett. b". Sottolinea che la "differenza principale tra discriminazione diretta e indiretta è che nella prima si è in presenza di norme, criteri o prassi che si riferiscono, *più o meno esplicitamente*, al fattore religioso" sicché, "per non violare il divieto di discriminazione diretta, una disposizione dovrà essere neutra e *non prendere in considerazione i fattori di discriminazione previsti*", **S. COGLIEVINA**, *Diritto antidiscriminatorio e religione*, cit., p. 58.

⁶⁹ La pronuncia, già cit., della Corte d'appello di Milano, 4 maggio 2016, ricordato che "l'utilizzo di un criterio che sia intimamente collegato con quello vietato costituisca, per giurisprudenza comunitaria, discriminazione diretta", conclude nel senso che "essendo il *hijab* un abbigliamento che connota l'appartenenza alla religione musulmana, l'esclusione da un posto di lavoro a ragione dell'*hijab* costituisca una discriminazione diretta in ragione dell'appartenenza religiosa".

⁷⁰ Secondo la tesi sostenuta, invece, ad esempio, da **S. COGLIEVINA**, *Diritto antidiscriminatorio e religione*, cit., p. 183.



loro spazio di operatività più esteso rispetto a quello riservato alla disciplina dei requisiti occupazionali in senso stretto⁷¹ – non appaiono bisognevoli di alcuna integrazione proveniente dall'art. 4, par. 1, ma sono già sufficienti a fondare un giudizio di proporzionalità sulle cui basi sciogliere i dubbi riguardanti la legittimità del trattamento differenziato. In molti casi, di fronte a un provvedimento o a una prassi aziendale apparentemente neutri, per valutare l'*appropriatezza* e la *necessarietà* dei mezzi utilizzati, in rapporto alla finalità perseguita dal datore di lavoro, *bisognerà comunque tenere conto delle mansioni e della posizione dei salariati impegnati nella struttura produttiva*⁷², e ciò indipendentemente dal ricorso all'art. 4, par. 1, e ai parametri in esso individuati, più propriamente bilanciati per dare risposte in ordine ai dubbi di legittimità di un provvedimento a effetti svantaggiosi *direttamente* collegato con la religione⁷³.

6 – (segue): **b) discriminazione diretta o indiretta?**

Sia pure attraverso un percorso in parte diverso da quello seguito dall'Avvocato generale, la nostra ricostruzione, a ben vedere, non sposta di molto i termini sostanziali della questione in esame. Le riflessioni fin qui svolte sono però utili, ritengo, per l'approfondimento di un altro punto delle conclusioni, riguardante la riconducibilità astratta della vicenda nell'ambito dello schema normativo della discriminazione diretta o in quello della discriminazione indiretta (snodo "centrale", come sappiamo, per il giudice di rinvio, dell'intera questione).

⁷¹ Questo aspetto è opportunamente sottolineato anche dall'Avvocato generale: cfr. *Conclusioni C-157/15*, cit., par. 40.

⁷² Cfr. *infra*, nt. 139.

⁷³ Per un caso in cui non è stata ritenuta applicabile la causa di giustificazione prevista dall'art. 4, par. 1, della direttiva, in considerazione del fatto che la misura adottata dall'azienda non aveva esplicitato, in termini tali da farne intendere il *carattere essenziale e determinante* per lo svolgimento dell'attività lavorativa, il requisito dei *capelli "lunghi, sciolti e vaporosi"* (com'è ovvio, incompatibile con qualsiasi velo o copricapo), che *"preferibilmente"* avrebbe dovuto possedere l'aspirante *hostess*, con mansioni di volantinaggio, da esercitare in occasione di una fiera di calzature, cfr. Corte d'app. Milano, 4 maggio 2016, cit. In motivazione si precisa ulteriormente che, vista "la natura di tale discriminazione, legata a una carente descrizione dei requisiti della prestazione lavorativa, il Collegio ritiene che eventuali e future condotte discriminatorie possano essere evitate dalla società appellata semplicemente indicando con estrema attenzione i requisiti essenziali della prestazione lavorativa a cui la selezione fa riferimento, nel rispetto, ovviamente, dei principi di *ragionevolezza e proporzionalità*" (enfasi nell'originale).



Premesso che, nel caso in oggetto, il collegamento con la libertà di religione del comportamento vietato dalla norma aziendale è parso pacifico, venendo in gioco una “pratica” tutelata dall’art. 10 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione (interpretato alla luce della giurisprudenza della Corte di Strasburgo elaborata in rapporto alla corrispondente disposizione dell’art. 9 CEDU, che viene puntualmente richiamata)⁷⁴, gli elementi indicati dall’Avvocato generale che escluderebbero la ricorrenza di ogni discriminazione diretta – in parte già emersi nel corso del giudizio di merito dinanzi ai tribunali belgi⁷⁵ – sono sostanzialmente due: a) la mancanza del collegamento *diretto* tra la misura e la religione, venendo in gioco una pratica religiosa che non consegue necessariamente all’appartenenza confessionale, e quindi una caratteristica non dipendente da “tratti somatici imm modificabili” o da una “qualità personale” in senso stretto, la cui ricorrenza sarebbe invece necessaria perché ci si possa rifare all’orientamento della Corte di giustizia secondo cui sussiste discriminazione diretta quando la misura è “indissolubilmente connessa al motivo di disparità di trattamento” considerato⁷⁶; b) la mancanza di uno *specifico* effetto pregiudizievole per la lavoratrice di fede musulmana, essendo la misura “espressione di una politica aziendale di neutralità religiosa e ideologica applicabile *in maniera generale e del tutto indifferenziata*”⁷⁷.

Ad a) Sotto il primo aspetto, sembra tuttavia trascurarsi, per un verso, che la norma ritenuta applicabile non distingue affatto tra “caratteristica correlata alla religione” e caratteristica correlata ad altro fattore protetto, e soprattutto, per altro verso, che il richiamato orientamento giurisprudenziale è stato elaborato con riguardo a casi in cui mancava una misura *dichiaratamente* collegata con il fattore protetto e ci si trovava, piuttosto, di fronte a un provvedimento *apparentemente neutro*. L’Avvocato generale rinvia, ad esempio, fra gli altri, ai precedenti in cui la misura risultava svantaggiosa per i lavoratori in gravidanza (e quindi, com’è ovvio, essa, sebbene non esplicitamente, era indissolubilmente e manifestamente da ricollegare al sesso) o per i lavoratori non coniugati in Paesi in cui l’accesso al matrimonio è limitato solo agli eterosessuali⁷⁸. In

⁷⁴ Cfr. *Conclusioni* C-157/15, cit., parr. 35-38.

⁷⁵ Cour du travail d’Anvers, 23 dicembre 2011, cit.

⁷⁶ *Conclusioni* C-157/15, cit., par. 44-45.

⁷⁷ *Conclusioni* C-157/15, cit., par. 51.

⁷⁸ Corte di giustizia U.E., Sez. V, 12 dicembre 2013, C-267/12 (*Hay c. Crédit agricole mutuel de Charente-Maritime et des Deux-Sèvres*), par. 44: (“una disparità di trattamento fondata sullo status matrimoniale dei lavoratori, e non esplicitamente sul loro



questi casi, non si sarebbe affatto dubitato, ritengo, della natura *diretta* della discriminazione se la misura svantaggiosa avesse colpito *esplicitamente* le lavoratrici (di sesso femminile) o gli omosessuali.

Orbene, quando, invece, come nel caso in esame, la misura aziendale *vieta le manifestazioni della fede religiosa* (sotto l'aspetto qui considerato, non interessa se insieme o no con altro o gli altri tipi di manifestazioni di carattere ideologico, politico ecc., profilo che sarà approfondito in seguito), parrebbe, *per definizione*, esistente un nesso *esplicito e diretto* tra la misura e la caratteristica protetta. Sicché il dubbio che possa venire in rilievo una discriminazione diretta per motivi religiosi appare più che fondato.

Pure inquadrabile all'interno del suddetto orientamento è un altro precedente della Corte di giustizia, anch'esso richiamato dalle conclusioni dell'Avvocato generale⁷⁹, secondo cui, ancora una volta, anche una prassi e un criterio apparentemente neutri possono dare vita a una discriminazione diretta, se risulta che essi sono praticati o adottati *per ragioni connesse* alla circostanza specificamente tutelata⁸⁰. Anche in questo caso bisogna, però, supporre che i giudici diano per scontata la riconducibilità alla nozione di discriminazione diretta della misura, fonte di un trattamento deteriore, che sia *dichiaratamente* fondata sulla circostanza tutelata: nessuna argomentazione sembra, infatti, rinvenibile nella pronuncia che porti a escludere l'incompatibilità col concetto di discriminazione indiretta dell'*esplicito* collegamento della misura con il fattore oggetto di protezione.

Questa pronuncia è, tuttavia, interessante anche per un altro motivo. Essa ha censurato come comportamento *direttamente* discriminatorio, alla luce della direttiva 2000/43/CE, sulla parità di trattamento tra le persone senza distinzione di razza o di origine etnica, la scelta di una compagnia elettrica di collocare i contatori della luce, nel solo quartiere cittadino abitato prevalentemente da persone di origine rom, a un'altezza di molto superiore rispetto alle altre zone della città, all'evidente scopo di prevenirne le manomissioni e gli allacciamenti abusivi. Anche in questo caso, non sembra

orientamento sessuale, è pur sempre una discriminazione diretta in quanto, essendo il matrimonio riservato alle persone di sesso diverso, i lavoratori omosessuali sono impossibilitati a soddisfare la condizione necessaria per ottenere i benefici rivendicati").

⁷⁹ Corte di giustizia U.E., Gr. Sez., 16 luglio 2015, C-83/14 (*CHEZ Razpredelenie Bulgaria AD c. Komisia za zashtita ot diskriminatsia*).

⁸⁰ Corte di giustizia U.E., 16 luglio 2015, cit., parr. 91 e 106. Argomentando *a contrario* dall'indirizzo in esame della Corte di giustizia, si dovrebbe concludere che ricorre una discriminazione indiretta solo quando la misura, sebbene apparentemente neutra, ossia non *dichiaratamente* (ma neppure *di fatto*) collegata alla circostanza tutelata, si fondi piuttosto su *circostanze diverse* e tuttavia produca l'effetto svantaggioso che la direttiva intende combattere.



proprio esserci quella “indissolubile connessione” con un “tratto somatico imm modificabile” o con una “qualità personale”, in sé e per sé considerata, che l’Avvocato generale evoca come elemento indispensabile da rinvenire alla base della discriminazione diretta: la misura si rivela manifestamente (e, quindi, direttamente) discriminatoria, per gli appartenenti a una determinata etnia, non perché si ricollega semplicemente a determinati caratteri fisico-somatici di chi ne è colpito, ma perché postula (non importa se a torto o a ragione, come ora vedremo) *la propensione di questi a porre in essere certe condotte* lesive di precisi interessi giuridicamente protetti. Che, poi, a un esito del genere si pervenga sulla base di una idea preconcepita del tutto infondata e basata su luoghi comuni errati non sposta, a differenza di quanto mostra di ritenere l’Avvocato generale⁸¹, la sostanza della questione tecnica ora esaminata, anche perché allo stesso risultato si dovrebbe pervenire, a mio avviso, pure qualora quell’idea potesse trovare riscontro in risultanze basate su evidenze di fatto o su rilevazioni statistiche di carattere obiettivo. Non si comprende allora perché il pregiudizio (dell’inclinazione a delinquere in capo al rom) – avente, peraltro, una connotazione tipicamente *soggettiva*, e quindi tendenzialmente estranea a una normativa orientata piuttosto a tenere conto, come si è già detto, delle conseguenze *oggettive* di una ingiustificata diversità di trattamento, piuttosto che del movente della condotta causale – possa servire a rafforzare il nesso tra misura e fattore protetto, mentre non possa rafforzare quel nesso l’esigenza di proteggere l’esercizio di una libertà fondamentale della persona (una volta che si ammetta che portare il velo sia una pratica protetta dall’art. 10 della Carta dei diritti fondamentali e che la libertà religiosa debba essere tutelata non soltanto nel suo foro interno, ma anche nelle sue manifestazioni esteriori). Del resto, l’analisi della vicenda dimostra l’evidente nesso di fatto tra la scelta della lavoratrice di indossare il velo e il provvedimento dell’azienda, da cui è dato ricavare uno stretto collegamento della decisione di adottare la misura con la (pratica posta in essere dalla lavoratrice sulla base della) religione professata.

Ad *b*) Sotto il secondo aspetto (mancanza di uno specifico svantaggio per la lavoratrice di fede musulmana), viene in rilievo l’elemento della comparabilità della situazione di fatto con altra analoga. Così come aveva fatto la Corte d’appello belga, ci si rifà all’ampia portata della misura, non limitata alle espressioni della fede religiosa, ma estesa fino a comprendere anche quelle di carattere politico e filosofico. Ma, intanto, come in quel caso, non si spiega perché la comparazione debba essere fatta *tra* i lavoratori

⁸¹ *Conclusioni* C-157/15, cit., par. 55.



dell'azienda e non con i lavoratori del settore impiegati presso altre strutture similari.

Non c'è dubbio che quello dell'individuazione del corretto termine di comparazione è aspetto fondamentale nelle valutazioni sottese al principio di parità di trattamento e presenta particolari problemi proprio quando viene in gioco, quale fattore tutelato, la religione. Come è stato osservato in generale, la ponderazione dello svantaggio "cambierà sensibilmente confrontando una posizione soggettiva con il trattamento di un fedele di una religione di maggioranza, di minoranza, o di una persona non credente"⁸². Ma soprattutto, come pure non si è mancato di sottolineare nella stessa dottrina e giurisprudenza belga, se "le juge de l'égalité compare deux groupes de victime d'une même discrimination, il aboutira inévitablement à constater une absence de discrimination"⁸³. Ora, il fatto che la misura appaia neutra, in quanto valida per tutti i lavoratori dell'azienda e per ogni genere di manifestazione di convinzioni non esclude che essa non rimanga tale se comparata con una posizione soggettiva *esterna alla struttura* e neppure che *tutti* i lavoratori dell'azienda stiano subendo una medesima discriminazione.

Un esito del genere si spiega perché la misura, in realtà, *non è affatto neutra* (nel senso che non *ignora completamente*, come avrebbe dovuto per essere considerata tale, il fattore tutelato dalla normativa antidiscriminatoria), ma vorrebbe risultarlo solo per effetto del pari trattamento riservato a tutti i fattori aventi una simile connotazione strutturale (religione e altre convinzioni non fideistiche), ciascuno, però, parimenti oggetto di tutela alla stessa stregua del fattore religioso.

7 – (segue): c) la giustificazione del trattamento differenziato

Il valore di questo tipo di riflessioni, nell'economia delle conclusioni dell'Avvocato generale, resta marginale, dal momento che la valutazione della ricorrenza di una eventuale giustificazione del trattamento differenziato è subito condotta, come si è già anticipato, alla luce dei criteri più rigorosi (*recte*: più specifici) risultanti dall'art. 4, par. 1, della direttiva.

⁸² S. COGLIEVINA, *Diritto antidiscriminatorio e religione*, cit., p. 60.

⁸³ Così, esattamente, Tribunal du travail de Bruxelles, ord. 16 novembre 2015, cit., par. 79, che cita L. VAN DEN MEERSCHÉ, *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.



Sintetizzando, la tesi di fondo dell'Avvocato generale è così da lui stesso espressa:

“in base ad una valutazione oggettiva e tenuto conto del potere discrezionale imprenditoriale, non sembra affatto irragionevole che una *receptionist* [...] sia tenuta ad esercitare la sua attività nel rispetto di un determinato codice di abbigliamento, nella specie rinunciando al suo velo islamico. Un divieto come quello disposto dalla G4S può essere considerato un requisito essenziale e determinante per lo svolgimento dell'attività lavorativa ai sensi dell'articolo 4, paragrafo 1, della direttiva 2000/78”⁸⁴.

Peraltro, non tutte le argomentazioni sviluppate per sostenere la ricorrenza di una “*finalità legittima*” atta a giustificare l'introduzione della particolare regola aziendale appaiono pienamente persuasive.

A parte il riferimento a casi palesemente abnormi (dell'impresa che aspirasse a propagandare una “ideologia irrispettosa dei valori umani”)⁸⁵, si equipara a essi quelli in cui l'impresa cedesse, “ciecamente e in maniera irriflessiva”, alla considerazione dei desideri di terzi⁸⁶ (sembra sottinteso il riferimento alla vicenda oggetto del rinvio operato dalla Cassazione francese). E tuttavia (al di là degli esempi, alquanto improbabili, concretamente prospettati, come anche dell'ipotesi che si possa considerare la stessa “cortesìa” sul luogo di lavoro come requisito rilevante ai sensi dell'art. 4, par. 1, piuttosto destinata a operare, a mio sommo avviso, come *ovvio requisito di correttezza e di buona fede* da ritenere immanente all'esecuzione di qualsiasi rapporto di lavoro) non si comprende – portando alle estreme, ma coerenti, conseguenze le considerazioni svolte dall'Avvocato generale – perché una politica di neutralità (*sganciata*, in via del tutto ipotetica, *dalla natura concreta delle mansioni svolte dal lavoratore*) dovrebbe ritenersi ammissibile⁸⁷, *senza particolari riserve o precauzioni*, quando preventivamente adottata dall'imprenditore nell'esercizio della sua discrezionalità organizzativa, ma, pur sempre, nella ovvia prospettiva, almeno di regola, di assecondare i gusti dei clienti, mentre se fossero questi ultimi a esprimere una precisa richiesta o preferenza, inducendo il datore di lavoro a introdurre *ex post* il particolare divieto (come accaduto nel caso di cui al rinvio operato dalla Cassazione francese), bisognerebbe pretendere e accertare il *carattere oculato e prudente dell'agire dell'imprenditore*.

⁸⁴ Conclusioni C-157/15, cit., par. 84.

⁸⁵ Conclusioni C-157/15, cit., par. 89.

⁸⁶ Conclusioni C-157/15, cit., par. 90.

⁸⁷ ... almeno sotto il profilo della ricorrenza di una “finalità legittima”.



In realtà (qualunque sia il rilievo da dare alle considerazioni sviluppate dall'Avvocato generale nei parr. 90, 91, 92 e prima parte del par. 93), il punto dirimente è un altro ed emerge da quanto invece lo stesso Avvocato mostra di considerare un argomento ulteriore, proposto *ad abundantiam* (valido "a maggior ragione")⁸⁸: bisogna sempre ponderare, *nel caso concreto*, la *legittimità* (come anche la *proporzionalità*) della misura, tenendo conto della particolare *natura delle attività svolte nel contesto aziendale* dal personale della società, del fatto (nel caso di specie) che si tratta di impresa che fornisce servizi di vigilanza e di sicurezza, nonché servizi di accoglienza, a diversi clienti del settore pubblico e privato, della esigenza che i suoi dipendenti possano essere impiegati presso tutti questi clienti in maniera flessibile, e ancora della circostanza che le attività in questione "sono caratterizzate dal costante contatto faccia a faccia con persone esterne e rappresentano per il pubblico non solo l'immagine della GAS stessa, ma, soprattutto, l'immagine rispettiva dei suoi clienti"⁸⁹.

Naturalmente, le indicazioni che si chiede alla Corte di giustizia di offrire, come a suo tempo si è chiarito, vanno oltre la specificità della vicenda considerata, e pertanto l'elencazione dei parametri, sulle cui basi condurre la valutazione di *proporzionalità* della misura, deve essere valutata in questo più ampio spettro, fuori da nessi indissociabili dalle circostanze particolari del caso esaminato.

Nella suddetta valutazione pare assorbita la stessa possibilità di ricerca di un *ragionevole accomodamento*, quale strumento che consenta di evitare il totale sacrificio di alcuno tra i diritti fondamentali in gioco. Il dato – pur ribadito – della mancanza di una specifica previsione in tal senso nella direttiva (risultando "conforme alla valutazione del legislatore [...] non esigere dai datori di lavoro siffatte soluzioni" quando è in gioco quale fattore protetto la religione)⁹⁰, non escluderebbe "che vengano tuttavia cercate soluzioni individuali in funzione della situazione di fatto"⁹¹ in termini sostanzialmente non dissimili dagli accomodamenti per i disabili. Del resto, l'ulteriore cautela formulata – secondo cui "dal datore di lavoro non dovrebbe al riguardo essere preteso uno sforzo organizzativo

⁸⁸ Conclusioni C-157/15, cit., par. 93.

⁸⁹ Conclusioni C-157/15, cit., parr. 93-94 (mio il corsivo).

⁹⁰ Conclusioni C-157/15, cit., par. 110. Per gli Autori che ritengono superabile l'assenza di indicazioni specifiche nella direttiva 2000/78/CE, esplicitate solo per i lavoratori disabili, cfr. M. AIMO, *Le discriminazioni basate sulla religione e sulle convinzioni personali*, in M. Barbera (a cura di), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio. Il quadro comunitario e nazionale*, Giuffrè, Milano, 2007, p. 58 s.

⁹¹ Conclusioni C-157/15, cit., par. 110.



particolarmente elevato⁹² – non introduce, a ben vedere, una restrizione molto diversa da quella espressamente codificata dall’art. 5 della direttiva, che esclude l’obbligo di adottare i provvedimenti di accomodamento (per i disabili) quando, appunto, essi “richiedano da parte del datore di lavoro un onere finanziario sproporzionato”. Coerentemente con queste premesse, l’Avvocato generale preciserà che “alternative meno restrittive e cionondimeno parimenti idonee al conseguimento della finalità perseguita dalla G4S non sono state rese note nel procedimento dinanzi alla Corte⁹³, lasciando intendere che avrebbero altrimenti potuto senz’altro avviare a soluzione la questione controversa.

In definitiva, il conflitto degli interessi della lavoratrice con quelli del datore di lavoro⁹⁴ – che si tratta di appianare alla luce del divieto di discriminazione e tramite il principio di proporzionalità – deriva dal fatto che la prima invoca (legittimamente, entro certi limiti) le *garanzie di libertà religiosa* sul luogo di lavoro (che se non potranno essere, come precisa l’Avvocato generale, quelle di cui alla Carta dei diritti fondamentali, saranno però, a giusto titolo, quelle previste dal diritto nazionale), mentre l’altro rivendica (con pari fondamento) la sua *libertà di impresa*. L’applicazione della normativa antidiscriminatoria deve tenere conto dell’esigenza di bilanciare tali libertà fondamentali, come anche della maggiore “flessibilità”, per così dire, di un fattore personale non costituente “una caratteristica immutabile quanto piuttosto un aspetto dello stile di vita privato, sul quale i lavoratori interessati possono [...] influire intenzionalmente⁹⁵. Quando, quindi, l’Avvocato generale sottolinea che la donna potrebbe “lasciare al guardaroba” il particolare capo di vestiario⁹⁶,

⁹² *Conclusioni C-157/15*, cit., par. 110.

⁹³ *Conclusioni C-157/15*, cit., par. 111.

⁹⁴ Il succo dell’intera questione si trova condensato nelle poche parole con cui termina il par. 112 delle *Conclusioni C-157/15*, cit., dove si sottolinea che “in definitiva, si tratta di ponderare equamente gli interessi confliggenti di lavoratrici come la sig.ra Achbita e quelli di imprese come la G4S”.

⁹⁵ *Conclusioni C-157/15*, cit., par. 116.

⁹⁶ Il riferimento al lavoratore che «non può “lasciare al guardaroba” il proprio sesso, la propria origine etnica, il proprio orientamento sessuale, la propria età o il proprio handicap non appena entra nei locali del proprio datore di lavoro» è contenuto nelle stesse *Conclusioni C-157/15*, cit., par. 116. Varrebbe la pena di approfondire – ma l’esito dell’indagine non sposterebbe i termini della questione in esame – se effettivamente anche l’*orientamento sessuale* rappresenti una qualità personale in relazione alla quale resterebbe esclusa in ogni caso, come lascia intendere l’Avvocato generale, la possibilità di pretendere una certa riservatezza da parte del lavoratore. Secondo Corte d’app. di Milano, 4 maggio 2016, cit., la lesione del diritto alla parità di trattamento nell’accesso al lavoro, a prescindere dal credo religioso, configura una “violazione di un diritto primario che incide in modo



non si allude alla condotta che sarebbe legittimo pretendere in forma praticamente incondizionata da chi fosse intenta a dare semplicemente sfogo a un vezzo stilistico o a una moda, quanto piuttosto a un elemento di fatto che dovrebbe consentire la ricerca più agevole di una soluzione di compromesso tra i sopra richiamati interessi e libertà in conflitto.

Quanto alla ricerca dei parametri utili a operare una efficace sintesi degli interessi confliggenti della lavoratrice e dell'azienda, si propone di ripercorrere, per buona parte, sentieri già battuti dalle Corti nazionali e dalla Corte di Strasburgo: "grado di visibilità e vistosità" del simbolo (si potrebbe dire, suo carattere "ostentatorio"); tipo di attività prestata dalla lavoratrice (considerando anche la sua posizione di più o meno "alto livello" e il suo eventuale impiego in funzioni a contatto diretto con la clientela, c.d. *front office*), nonché contesto in cui ella è tenuta a svolgerla; misura che richieda un semplice obbligo di riservatezza anziché forme attive di condivisione ideologica; eventuale carattere multiplo della sospetta discriminazione.

Insieme con questi criteri, si profila, tuttavia, il ricorso a un elemento del tutto innovativo, costituito dall'identità nazionale degli Stati.

Come si proverà ora a chiarire, il riferimento a tale parametro può contribuire a connotare – di là della soluzione del caso specifico sottoposto all'esame dei giudici – più ampie prospettive sistematiche riguardanti i rapporti tra l'incessante e tendenzialmente omologante sviluppo del sistema di tutela dei diritti umani fondamentali, a livello di Unione europea, da un lato, e la protezione della libertà di religione, nella parziale relatività delle forme dipendenti dai tratti tipici dei diritti ecclesiastici nazionali dei Paesi membri, dall'altro⁹⁷.

8 – (segue): d) la salvaguardia dell'"identità nazionale" degli Stati

rilevante sull'identità personale e sui modi di esplicazione" della personalità, con ripercussioni negative "sulla sfera personale/esistenziale" della donna esclusa da una preselezione a causa del suo rifiuto di togliere il velo.

⁹⁷ Ho approfondito questi temi in A. LICASTRO, *Unione europea e "status" delle confessioni religiose. Fra tutela dei diritti umani fondamentali e salvaguardia delle identità costituzionali*, Giuffrè, Milano, 2014; A. LICASTRO, *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. Saitta (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. 325 ss.



Si apre uno scenario *del tutto inedito* nei possibili approcci della Corte di giustizia alle controversie riguardanti materie di competenza dell'Unione e al tempo stesso direttamente connesse con la libertà di religione.

Si può, infatti, convenire con chi ha rilevato che l'"identità nazionale" in materia religiosa ha già in qualche caso influenzato i giudici di Lussemburgo⁹⁸, pur non avendola essi, nella circostanza considerata, espressamente evocata, essendosi piuttosto limitati a ribadire, a proposito della questione riguardante la scelta della domenica come giorno settimanale di riposo, l'esigenza di tenere conto "*della diversità dei fattori culturali, etnici e religiosi nei vari Stati membri*"⁹⁹. Tuttavia, non può neppure trascurarsi come, per tale via, fosse lasciata all'assoluta discrezionalità degli Stati membri una *opzione regolativa su una materia tipicamente interna*, destinata a tradursi nella *fissazione formale di una regola convenzionale del calendario comune*, a prescindere da qualsiasi *problema di tutela della libertà religiosa* o di pari trattamento dei lavoratori che non avessero avuto modo di sfruttare la coincidenza tra il giorno festivo voluto dalla propria fede religiosa e quello stabilito dalla legge dello Stato.

Anche l'affermazione fatta dall'Avvocato generale, secondo cui, nel caso del divieto del velo, "non deve essere necessariamente indicata dal Lussemburgo una soluzione uniforme per tutta l'Unione europea"¹⁰⁰, è in definitiva figlia dell'esigenza di preservare la *diversità delle tradizioni nazionali* in materia religiosa, ma questa volta è *al giudice* che verrebbe riconosciuto un "certo potere discrezionale" da esercitare *nella concretezza della valutazione di proporzionalità* da cui, come si è visto, dipendono le sorti di vicende come quella in esame: nelle quali il *nesso con la libertà di religione* (quale diritto umano fondamentale) è immediato, stringente, e quanto mai vivo e attuale, molto di più, senza alcun dubbio, che nella *ratio* a cui si può ricondurre la scelta (eventualmente) operata dai Paesi membri di individuare la domenica come giorno festivo "comune".

La via tracciata dall'Avvocato generale potrebbe preludere a una *autentica svolta* negli indirizzi fin qui seguiti dai giudici di Lussemburgo in controversie aventi connessione con la libertà di religione.

⁹⁸ M. VENTURA, *Diritto e religione in Europa: il laboratorio comunitario*, in *Pol. dir.*, n. 4, 1999, p. 598, che richiama la pronuncia della Corte di giustizia del 12 novembre 1996, C-84/94, riguardante la discrezionalità degli Stati nella scelta della domenica come giorno settimanale di riposo dal lavoro, in ossequio alla diversità delle tradizioni locali, anche di carattere religioso.

⁹⁹ Corte di giustizia C.E. 12 novembre 1996, C-84/94, par. 37.

¹⁰⁰ *Conclusioni* C-157/15, cit. par. 99.



È acquisito, infatti, in dottrina che, a parte le situazioni in cui il fattore religioso qualifica in maniera specifica la materia controversa, determinando l'incompetenza del diritto dell'Unione, vi sono casi in cui esso

“può essere assorbito in un'altra materia e in un'altra competenza (comunitarie) e eventualmente pesare solo quale specificazione di un principio comunitario generale (diritto di libertà religiosa quale *diritto fondamentale*, divieto di discriminazione per motivi religiosi quale specificazione del *principio di non discriminazione*, [...] e così via)”¹⁰¹.

Con l'ulteriore precisazione che

«l'assorbimento del religioso in materia “comunitaria” non rileva soltanto – nel metodo – come assoggettamento alla competenza e alla giurisdizione del diritto della comunità (metodo di soluzione della controversia), ma anche – nel merito – rispetto alle norme e ai principi giuridici utilizzati per risolvere il caso, trattandosi di applicare i principi generali del diritto comunitario e in particolare i [...] “principi strutturali” del libero mercato comunitario»¹⁰².

Le indicazioni dell'Avvocato generale delineano uno scenario più articolato rispetto a questo schema binario: questa volta la controversia cade sicuramente nell'ambito delle competenze dell'Unione (non avendo il richiamo all'*identità nazionale*, come sappiamo, la “forza” di attrarre la fattispecie in ambito interno), ma il fattore religioso non continua più a pesare (semplicemente) come elemento di specificazione dei principi generali del diritto dell'Unione (in particolare, del divieto di discriminazione in ambito lavorativo): *il richiamo all'identità (differenziata) degli Stati in ordine all'atteggiamento tenuto nei riguardi del fattore religioso – e, quindi, la caratterizzazione religiosa della controversia, nelle diverse forme di rilevanza accordate dai diritti ecclesiastici nazionali –, entrando nel giudizio di proporzionalità affidato al giudice, diventano essi elementi destinati a condizionare l'applicazione del diritto dell'Unione e l'attuazione stessa dei “principi strutturali” del libero mercato comunitario, relativizzandone l'efficacia nello spazio comune europeo. Non possono, anzi, escludersi veri e propri effetti distorsivi delle stesse regole fondamentali di funzionamento del mercato unico: e, sebbene essi si produrrebbero in un contesto, sociale, culturale e giuridico, ben diverso da quello che ha consentito, in altre epoche storiche, la westfaliana “grande*

¹⁰¹ Così M. VENTURA, *Diritto e religione in Europa*, cit., p. 605 s.

¹⁰² M. VENTURA, *Diritto e religione in Europa*, cit., p. 607.



spartizione confessionale della società"¹⁰³, bisogna comunque mettere in conto qualche ripercussione addirittura sul pilastro comunitario della libera circolazione dei lavoratori nello spazio europeo (per quanto tale ripercussione sia magari di entità marginale e destinata a caratterizzare anche altri fattori "locali", mai totalmente ininfluenti e neutrali rispetto alla allocazione finale della forza lavoro all'interno del mercato unico europeo)¹⁰⁴.

Non si è, insomma, semplicemente di fronte a una trasposizione indolore, a livello di ordinamento dell'Unione, dell'indirizzo seguito dalla Corte di Strasburgo – peraltro richiamato dal testo delle *Conclusioni*¹⁰⁵ – incline a riconoscere un *ampio margine di apprezzamento* al legislatore nazionale nella materia dei rapporti tra Stato e confessioni religiose, in relazione alla quale possono ragionevolmente esistere profonde differenze in una società democratica. Del resto, nell'impegno assunto dall'Unione al rispetto della "identità nazionale" si riflette sicuramente, in ambito comunitario, la stessa logica sottesa alla dottrina del margine di apprezzamento elaborata dalla Corte di Strasburgo.

E, tuttavia, va ribadito che un conto è accordare ampi spazi di manovra agli Stati *nell'attuazione dei vincoli derivanti dalla Convenzione di Roma* (destinati al più a produrre specifiche e differenziate forme di tutela di un medesimo diritto fondamentale), un conto è accordare la medesima elasticità e flessibilità *nell'attuazione dei vincoli derivanti dall'ordinamento dell'Unione*, che produrranno, oltre alle suddette diversificate forme di tutela del diritto fondamentale, anche più o meno profonde lacerazioni del *principio di applicazione uniforme del diritto dell'Unione*.

¹⁰³ Cfr. C. CARDIA, *La libertà religiosa tra ascesa e crisi dei diritti umani*, in *Stato, chiese e pluralismo confessionale*, cit., n. 22, 2016, p. 3.

¹⁰⁴ Mette in guardia, a livello interno, dai rischi di incaute politiche federaliste, che potrebbero determinare lo "spostamento di intere comunità da un luogo all'altro", con ricadute sulla "distribuzione equilibrata delle risorse anche lavorative e delle opportunità di sviluppo economico delle diverse aree geografiche", S. DOMIANELLO, *Le garanzie della laicità civile e della libertà religiosa nella tensione fra globalismo e federalismo*, in AA.VV., *Federalismo fiscale, principio di sussidiarietà e neutralità dei servizi sociali erogati. Esperienze a confronto* (Atti del Convegno di Ravenna, 4-6 maggio 2006), a cura di A. De Oto, F. Botti, Bononia University Press, Bologna, 2007, p. 373 s. Cfr., pure, G. CIMBALO, *Laicità e collaborazione alla prova: il livello locale. Introduzione alla sezione di lavoro*, in *Stato, chiese e pluralismo confessionale*, cit., ottobre 2010, p. 5, secondo il quale al singolo potrebbe non restare altra scelta se non quella di "migrare da un territorio all'altro a seconda dell'appartenenza identitaria che egli si attribuisce".

¹⁰⁵ *Conclusioni C-157/15*, cit., par. 99.



Bisogna, allora, convenire che le esigenze sottese al principio da ultimo richiamato, per quanto reali, non sono affatto assolute e incondizionate, e sono costrette a cedere di fronte all'obiettivo – pure esso dotato di specifica garanzia normativa a livello del diritto primario dell'Unione¹⁰⁶ – di «salvaguardia delle specificità espressione delle "identità nazionali" riflesse negli assetti costituzionali di diritto ecclesiastico dei diversi Paesi dell'Unione»¹⁰⁷. Specificità nazionali che dovrebbero, quindi, trovare spazio nelle operazioni di bilanciamento tra interessi confliggenti, parimenti protetti, in cui anche la tutela delle libertà collegate con la sfera religiosa prende oggi sempre più spesso corpo¹⁰⁸, alla stessa stregua di quanto auspicato dall'Avvocato generale, secondo cui

“in sede di interpretazione e applicazione del principio della parità di trattamento, occorre rispettare anche l'identità nazionale degli Stati membri, insita nella loro struttura fondamentale, politica e costituzionale (articolo 4, paragrafo 2, TUE). Con riferimento ad una problematica come quella in esame nella specie, ciò può significare che in Stati membri come la Francia, nei quali la laicità è dotata di rango costituzionale e alla quale è pertanto improntata anche la convivenza nella società, il fatto di indossare segni religiosi visibili può essere assoggettato a limitazioni più significative – anche nel settore privato e in generale in pubblico – che in altri Stati membri, il cui ordinamento costituzionale, ha, in relazione a tale aspetto, priorità diverse o meno marcate”¹⁰⁹.

Sono sempre stato dell'idea che una conclusione di questo tipo sarebbe coerente con alcuni valori nient'affatto marginali nell'attuale impianto dell'ordinamento dell'Unione, di cui è anzi elemento qualificante proprio l'impegno alla salvaguardia delle identità diverse costitutive della ricchezza culturale dell'Europa. In tal modo, alcuni aspetti tipici dell'identità “costituzionale” degli Stati in materia religiosa (ossia del loro particolare atteggiarsi verso le forme individuali e collettive del sentire religioso) finiscono col riverberarsi *sulla configurazione dei diritti (fondamentali) di libertà e non discriminazione* (ossia, per meglio dire, sul modo concreto in cui essi vengono tutelati all'interno dello spazio giuridico dell'Unione), per effetto di un processo inverso a quello più noto e

¹⁰⁶ L'Avvocato generale si rifà all'art. 4, par. 2, TUE, ma vengono in rilievo, a mio avviso, anche altre disposizioni di principio incluse nella Carta di Nizza/Strasburgo (art. 22), come anche nel Trattato sul funzionamento dell'Unione (art. 17 TFUE).

¹⁰⁷ A. LICASTRO, *L'influenza della Carta di Nizza*, cit., p. 328.

¹⁰⁸ A. LICASTRO, *L'influenza della Carta di Nizza*, cit., p. 336.

¹⁰⁹ *Conclusioni C-157/15*, cit., par. 125.



apprezzato, secondo cui è piuttosto la garanzia dei diritti fondamentali a influire *sulla varietà dei concreti assetti* in cui ha storicamente preso forma la dimensione istituzionale e organizzativa dell'esperienza religiosa (dando vita a una parziale omogeneizzazione dei tradizionali modelli di diritto ecclesiastico diffusi nella realtà europea)¹¹⁰.

A corredo delle indicazioni offerte dall'Avvocato generale, che delineano, in vero, un quadro di per sé sufficientemente chiaro e coerente della prospettiva in cui ci si vorrebbe muovere, va solo ribadito che, se il particolare "adattamento" del diritto fondamentale può essere a giusto titolo esigito al fine di dare rilievo (nel caso in esame) all'identità costituzionale *francese* (o *belga*), alla medesima conclusione si dovrebbe pervenire (*anche in fattispecie diverse da quella considerata*) qualora venissero in gioco modelli di diritto e politica ecclesiastica *non ispirati alla "laïcité" o a una più o meno rigorosa "neutralité"*, da considerare, com'è ovvio, parimenti legittimati a "reclamare" un identico trattamento (potenzialmente differenziato rispetto a quello applicabile agli altri Paesi).

Lo stesso limite della "protezione dei diritti e delle libertà altrui" di cui all'art. 2, par. 5, della direttiva¹¹¹ – di chiara applicazione generale – non è affatto detto che rilevi soltanto come "tutela dei diritti e delle libertà individuali, che sono indispensabili al funzionamento di una società democratica"¹¹². Inoltre, presupponendo l'esistenza di "misure concrete" di "natura pubblica" o almeno "fondate su una delega pubblica"¹¹³, potrebbe servire (anche) a richiamare (fra le altre) le norme nazionali di diritto ecclesiastico che disciplinano i rapporti tra Stato e confessioni, o che prevedano particolari garanzie per le minoranze, ecc., potendosi rivelare così particolarmente utile – nella prospettiva della salvaguardia delle identità nazionali degli Stati in materia di esperienza religiosa – nel caso in

¹¹⁰ Rinvio ancora ad A. LICASTRO, *Unione europea*, cit., p. 11 ss.

¹¹¹ "La presente direttiva lascia impregiudicate le misure previste dalla legislazione nazionale che, in una società democratica, sono necessarie alla sicurezza pubblica, alla tutela dell'ordine pubblico, alla prevenzione dei reati e alla tutela della salute e dei diritti e delle libertà altrui". Si apprende da alcune fonti richiamate nelle *Conclusioni* C-188/15, cit. (nota 99), che la norma in questione sarebbe stata inserita nella direttiva nelle ultime ore del negoziato, a quanto pare su insistenza del Regno Unito, e che essa sarebbe stata volta a "chiarire che la direttiva non impedirà agli Stati membri di agire a tutela dei soggetti minacciati, ad esempio, da culti religiosi dannosi o dalla pedofilia".

¹¹² L'espressione, peraltro, è testualmente ripresa dalla sentenza della Corte (Gr. Sez.) del 13 settembre 2011, C-447/09 (*Prigge e a.*), par. 55 (mio il corsivo). Per un esempio calzante (riguardante una libertà individuale), cfr. *Conclusioni* C-188/15, cit., nota 101, dove si afferma che l'art. 2, par. 5, cit., potrebbe "coprire una norma che vieti il proselitismo sul luogo di lavoro".

¹¹³ *Conclusioni* C-157/15, cit., par. 137.



cui il dubbio di una violazione del divieto di discriminazione del lavoratore riguardasse un dipendente del settore pubblico.

9 – Le conclusioni dell’Avvocato generale nella causa C-188/15

È il momento ora di soffermarsi sulle conclusioni relative alla causa C-188/15, presentate, dall’Avvocato generale Eleanor Sharpston, lo scorso 13 luglio. Eviterò di riprendere temi già approfonditi nelle pagine che precedono, provando piuttosto a evidenziare alcune particolarità che sembrano caratterizzare l’approccio dell’Avvocato Sharpston rispetto a quello della collega Kokott.

Anzitutto, nelle conclusioni in oggetto, l’Avvocato generale sembra rimanere *più strettamente ancorato ai profili giuridici specificamente attinenti alla vicenda* da cui è originato il rinvio, tant’è che risulta più difficile ricavarne indicazioni generali, o, comunque, di portata più ampia rispetto alla concretezza del quesito proposto dal giudice *a quo*.

Nonostante la premessa, molto ampia e articolata, relativa all’uso di indumenti e simboli religiosi nello spazio pubblico europeo¹¹⁴, alla rilevazione delle marcate differenze esistenti in materia nella legislazione e nella giurisprudenza dei vari Paesi membri dell’Unione¹¹⁵, alla ricostruzione degli orientamenti seguiti dalla Corte di Strasburgo¹¹⁶ come anche delle origini e degli sviluppi del diritto antidiscriminatorio dell’Unione¹¹⁷, la “portata” della questione interpretativa è circoscritta (nei termini puntuali risultanti dal quesito posto dal giudice del rinvio) al problema se l’art. 4, par. 1, della direttiva, citata, sia applicabile “al desiderio [...] espresso da un cliente al datore di lavoro che i servizi di quest’ultimo non siano più forniti da una dipendente che indossa un velo islamico”¹¹⁸.

A parte il dubbio che i fatti rilevanti ai fini della soluzione della questione della legittimità del licenziamento debbano effettivamente essere ricostruiti in questi esatti termini, non emerge dunque nessuno sforzo finalizzato a “correggere” l’impostazione del giudice di rinvio – a mio avviso eccessivamente contestualizzata sul fatto concreto sottoposto al suo esame¹¹⁹ – per indurre la Corte a fornire indicazioni più generali, utili anche

¹¹⁴ Cfr. *Conclusioni* C-188/15, cit., parr. 28-33.

¹¹⁵ Cfr. *Conclusioni* C-188/15, cit., parr. 34-44.

¹¹⁶ Cfr. *Conclusioni* C-188/15, cit., parr. 45-56.

¹¹⁷ Cfr. *Conclusioni* C-188/15, cit., parr. 68-72.

¹¹⁸ *Conclusioni* C-188/15, cit., par. 76.

¹¹⁹ Cfr. A. LICASTRO, *Quando è l’abito a fare il lavoratore*, cit., p. 16 ss.



per la soluzione di casi simili a quello oggetto della domanda pregiudiziale. Non viene, inoltre, neppure prospettato il problema della individuazione dei criteri che possano servire a governare le pur rimarcate differenze di approccio in materia di esibizione di simboli religiosi nel contesto lavorativo, esistenti all'interno dei vari ordinamenti nazionali europei. Né ci si sbilancia a prendere posizione sulla condizione dei lavoratori del settore pubblico, nel quale – come non si manca, peraltro, di rilevare – possono “sorgere questioni complesse concernenti il rapporto specifico tra la direttiva e le disposizioni nazionali, comprese quelle di diritto costituzionale”¹²⁰.

In definitiva, l'unico “sconfinamento” – se così si può dire – dal tema controverso nel giudizio principale¹²¹ riguarda la questione – dal carattere logicamente pregiudiziale, ma che era rimasta fuori dall'individuazione dei fatti rilevanti operata dal giudice *a quo* – dell'astratta qualificazione del fatto come *discriminazione diretta o indiretta*¹²² (con gli approfondimenti poi sviluppati, per completezza di analisi, in ordine a una eventuale giustificazione di quest'ultima).

Un altro elemento che sembra differenziare l'approccio dell'Avvocato generale nella presente causa, rispetto a quello adottato nella causa C-157/15, riguarda una più decisa sottolineatura del *carattere di doverosità del precetto* imposto dalla fede religiosa praticata, che viene considerata come tratto costitutivo della stessa identità personale del credente¹²³.

Sin dalle osservazioni preliminari si sottolinea, intanto (con riguardo al noto orientamento della Corte di Strasburgo), come possa talvolta «non essere ragionevole attendersi che l'interessato compia una scelta “discreta”» sull'uso di simboli religiosi¹²⁴. La speciale attenzione riservata al suddetto profilo sembra emergere anche dalle puntualizzazioni riguardanti l'“intensità” variabile con cui si ritiene possa essere avvertita la necessità di prestare obbedienza ai precetti religiosi (in occasione di determinate ricorrenze festive e in rapporto anche ad alcune particolari fasi ed esperienze della vita), con dei riflessi, ad esempio, sulla legittimità della

¹²⁰ *Conclusioni* C-188/15, cit., par. 81.

¹²¹ Ricordo che esso verteva sulla interpretazione dell'art. 4, par. 1, della direttiva 2000/78/CE.

¹²² *Conclusioni* C-188/15, cit., par. 1.

¹²³ *Conclusioni* C-188/15, cit., par. 118.

¹²⁴ *Conclusioni* C-188/15, cit., par. 33. L'esempio è quello del Sikh, che è difficile immaginare “possa essere discreto o poco appariscente nell'osservanza dell'obbligo di indossare un *dastar*. Egli può solo o indossare il turbante prescritto dalla sua religione o non indossarlo affatto”.



richiesta fatta dall'imprenditore al dipendente di prestare attività lavorativa "in un giorno particolarmente importante per la sua religione"¹²⁵. E, soprattutto, dall'enunciazione chiara dell'idea (in dissenso, mi pare, dalla posizione espressa dall'Avvocato Kokott nella causa C-157/15) secondo la quale, all'atto di individuare una soluzione che consenta una "coesistenza armoniosa ed equilibrata" della libertà di impresa e del diritto di professare e manifestare la religione, sarebbe del tutto errato "presumere che, mentre il sesso o il colore della pelle accompagnano sempre una persona, ciò non valga per la religione"¹²⁶.

Anche alla luce di queste premesse, è il *diverso inquadramento della fattispecie* a segnare il maggior distacco rispetto all'impostazione seguita dalla Kokott. La lavoratrice che rivendica il diritto di indossare il velo, anche quando è a contatto con i clienti dell'azienda per cui lavora, non fa attività di proselitismo¹²⁷, ma esercita un diritto (il diritto di manifestare la propria fede religiosa) tutelato, sotto il profilo del divieto di discriminazione, dalla direttiva 2000/78/CE¹²⁸. Il licenziamento, pertanto, *potrebbe comportare una discriminazione diretta*, in quanto la lavoratrice "è stata trattata meno favorevolmente a motivo della sua religione rispetto a come sarebbe stata trattata un'altra persona in una situazione analoga"¹²⁹.

L'inquadramento astratto della fattispecie nell'ambito della discriminazione *diretta* offrirebbe maggiori garanzie rispetto a quelle offerte dalla stessa Convenzione europea sui diritti umani (CEDU), in quanto una eventuale giustificazione del trattamento differenziato deve essere prevista *in maniera specifica*, mentre "un'ingerenza in un diritto conferito dalla CEDU può sempre essere giustificata in ragione del fatto che persegue un obiettivo legittimo ed è proporzionata"¹³⁰.

Si giunge così al cuore del problema tecnico sottoposto alla Corte: l'art. 4, par. 1, della direttiva citata, in linea di massima da interpretare restrittivamente, non giustifica una deroga se alla base di essa è posto unicamente l'"interesse commerciale della [...] impresa nei rapporti con i clienti"¹³¹, in quanto questo interesse è meritevole di tutela solo con riguardo ad *alcune attività* svolte dall'azienda¹³², in relazione alle quali il

¹²⁵ Conclusioni C-188/15, cit., par. 29 e par. 116, nota 110.

¹²⁶ Conclusioni C-188/15, cit., parr. 118-119.

¹²⁷ Conclusioni C-188/15, cit., par. 73.

¹²⁸ Conclusioni C-188/15, cit., parr. 85-87.

¹²⁹ Conclusioni C-188/15, cit., par. 88.

¹³⁰ Conclusioni C-188/15, cit., parr. 63-65.

¹³¹ Conclusioni C-188/15, cit., par. 100.

¹³² Conclusioni C-188/15, cit., par. 95.



particolare *requisito professionale* risulti *essenziale e determinante*, ossia *assolutamente necessario* per svolgere l'attività lavorativa in questione¹³³. In questo senso, nulla fa ritenere che la donna non fosse in grado, per il fatto di indossare il velo islamico, "di espletare le sue mansioni di ingegnere", come risulta confermato dalla stessa lettera di licenziamento, in cui non si mancava di riconoscere le "competenze professionali" della salariata¹³⁴.

In definitiva, è il *tipo delle mansioni* che non giustifica la pretesa del datore di lavoro di vietare alla propria dipendente l'uso del velo a contatto con i clienti. Ed è probabilmente questa l'unica vera differenza sostanziale che può ravvisarsi tra il caso ora in esame e quello sollevato dalla Cassazione belga.

Fermo restando il convincimento dell'Avvocato che la particolare regola aziendale configuri una discriminazione diretta ai danni della lavoratrice, in via subordinata viene pure valutata la possibilità che misure di questo tipo possano dare vita a situazioni di discriminazione *indiretta*. Si prospetta, in particolare, il caso della prescrizione di speciali regole di abbigliamento (*dress code*) uguali per tutti i dipendenti, che potrebbero produrre effetti pregiudizievoli, per quanto neutre.

Ancora una volta, diventa decisiva la *valutazione di proporzionalità* della misura: non da compiere, però, tenendo conto della percentuale di tempo in cui la lavoratrice è a contatto con la clientela (secondo il criterio che era invece stato adottato nel corso del giudizio di merito)¹³⁵, ma considerando altri fattori, come la possibilità di integrare il velo nell'uniforme (nel caso in cui la politica aziendale ne prescriva una) o di abbinarne il colore¹³⁶, come anche la dimensione dell'impresa¹³⁷ e le stesse caratteristiche del velo¹³⁸.

Nessun puntuale riferimento, invece, al tipo di mansioni concretamente svolte dalla lavoratrice (con l'eccezione della distinzione tra compiti *front office* e *back-office*), che, invece, può rivestire, in determinate circostanze, una importanza fondamentale anche nella giustificazione di una misura a effetti pregiudizievoli apparentemente neutra¹³⁹.

¹³³ Conclusioni C-188/15, cit., par. 96.

¹³⁴ Conclusioni C-188/15, cit., par. 102.

¹³⁵ Conclusioni C-188/15, cit., par. 131.

¹³⁶ Conclusioni C-188/15, cit., par. 123.

¹³⁷ Conclusioni C-188/15, cit., par. 125.

¹³⁸ Conclusioni C-188/15, cit., par. 130.

¹³⁹ Cfr. M. AIMO, *Le discriminazioni basate sulla religione*, cit., p. 58, secondo cui, nel caso in esame, il datore di lavoro dovrebbe dimostrare "che la regola di abbigliamento apparentemente neutra è giustificata da esigenze aziendali oggettive e che i mezzi per conseguire tali esigenze, avendo in primo luogo riguardo al tipo di mansioni svolte dai dipendenti



Risultando in tal caso condizionata (in più o meno ampia misura) l'utilità stessa per l'impresa della prestazione resa dalla dipendente, bisogna convenire che, in determinati settori della produzione e dei servizi, non si può pretendere un eccessivo sacrificio degli interessi economici del datore di lavoro, pure a fronte della rivendicazione del diritto di manifestare liberamente la propria fede religiosa indossando il particolare capo di vestiario. Entro questi limiti, appare pienamente condivisibile l'auspicio¹⁴⁰ a tener conto dei risvolti, per così dire, "etici" del divieto di discriminazione, che non possono essere subordinati alla logica mercantile del "massimo profitto" o a soluzioni destinate a rinsaldare proprio quei pregiudizi che le norme in questione mirano a sradicare.

10 – La querelle sulla mise da spiaggia per le donne islamiche (breve divagazione, in attesa della decisione della Corte di giustizia)

Le conclusioni dell'Avvocato generale, quand'anche non ritenute contraddittorie, paiono comunque riflettere una diversa impostazione di fondo: maggiormente incline a ravvisare una discriminazione a danno della lavoratrice quelle dell'Avvocato Sharpston, molto più sfumate e schierate a favore delle ragioni dell'impresa, quelle dell'Avvocato Kokott. Ripeto: si tratta di esito da ricollegare a una ricostruzione sistematica diversamente sensibile alle ragioni delle parti in lite, più che alla oggettiva (e, a mio parere, marginale) diversità delle circostanze di fatto rilevanti nei due giudizi. A questo punto, bisognerà attendere la decisione della Corte, cui spetta l'ultima parola sulla questione.

Esattamente all'indomani del deposito delle conclusioni nella causa C-188/15, Nizza e la sua *Promenade des Anglais* sono bersaglio di un grave attacco terroristico. Sull'onda emotiva dell'attentato (ma in qualche caso il provvedimento è più risalente), una trentina di sindaci di diversi comuni della Francia emanano ordinanze c.d. "anti-burkini", volte a vietare sulla spiaggia l'uso di indumenti che manifestano ostensibilmente l'appartenenza confessionale. In piena estate, la polemica sul velo approdava così sulle spiagge della Costa Azzurra.

Ancora una volta a essere preso di mira è l'abbigliamento delle donne musulmane. Alcune vanno in spiaggia col c.d. "burkini", che copre

interessati, sono adeguati e necessari" (mio il corsivo). Ricordo, peraltro, che l'Avvocato ritiene applicabile, anche ai casi di discriminazione indiretta, l'art. 4, par. 1, della direttiva cit.

¹⁴⁰ Conclusioni C-188/15, cit., par. 133.



in pratica tutto il corpo della donna, lasciando scoperti solo viso, mani e piedi: tenuta che urta irrimediabilmente col *dress code* e il *bon ton* da bagnasciuga.

Ma non è questione di parti coperte o scoperte del corpo; né possono assumere rilievo ragioni legate alla “neutralità” dei servizi pubblici. A differenza del burqa, la *mise* da spiaggia delle donne musulmane non copre il volto. Palesemente impossibile, quindi, stabilire analogie con la legge c.d. “anti-burqa” (11 ottobre 2010, n. 2010-1192), tesa a proteggere quel “diritto di guardarsi in faccia”, posto a base delle regole del “vivere insieme” alla francese, che la stessa Corte di Strasburgo aveva ritenuto protetto dalla CEDU per “salvare” la normativa *interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public*. Né possono valere, per l’accesso in spiaggia, esigenze di “neutralità” nell’erogazione o nella fruizione di un servizio pubblico che caratterizzano, ad esempio, il contesto scolastico (in relazione al quale l’esigenza che l’insegnamento sia dispensato nel rispetto, per un verso, della neutralità dei programmi e degli insegnanti e, per altro verso, della libertà di coscienza degli alunni, ha portato, com’è noto, all’approvazione della legge del 15 marzo 2004, n. 2004-228, *encadrant, en application du principe de laïcité, le port de signes ou de tenues manifestant une appartenance religieuse dans les écoles, collèges et lycées publics*).

È, ancora una volta, una *questione di laicità*, nella tipica accezione che a essa dà l’ordinamento francese. Per averne conferma, basta semplicemente rifarsi al dato testuale di questi provvedimenti. Ad esempio, l’ordinanza del 5 agosto scorso del sindaco di *Villeneuve-Loubet* (*portant règlement de police, de sécurité et d’exploitation des plages concédées par l’Etat à la commune de Villeneuve-Loubet*), aveva previsto che

“Sur l’ensemble des secteurs de plage de la commune, l’accès à la baignade est interdit, du 15 juin au 15 septembre inclus, à toute personne ne disposant pas d’une tenue correcte, respectueuse des bonnes mœurs et du principe de laïcité, et respectant les règles d’hygiène et de sécurité des baignades adaptées au domaine public maritime. Le port de vêtements, pendant la baignade, ayant une connotation contraire aux principes mentionnés ci-avant est strictement interdit sur les plages de la commune”.

Mentre, dunque, la legge n. 2010-1192 era stata (almeno in apparenza) religiosamente neutrale, anche per marcare la distanza che si intendeva frapponere tra la scelta della donna di indossare il particolare capo di abbigliamento e l’esercizio di una sua libertà fondamentale (atta a



manifestare l'appartenenza confessionale)¹⁴¹, il divieto in esame colpisce *esplicitamente e direttamente* l'uso di indumenti aventi *connotazione contraria al principio di laicità*, con un approccio che lo stesso ordinamento francese riserva normalmente agli spazi e ai contesti in cui emergono esigenze qualificate di neutralità. Non è poi affatto detto che ciò che può fare il legislatore possa essere fatto dai sindaci, competenti ad adottare misure volte ad assicurare il "*bon ordre, la sûreté, la sécurité et la salubrité publiques*"¹⁴², come anche il controllo e la sicurezza dei bagnanti e delle attività nautiche¹⁴³.

Avrà, quindi, gioco facile il *Conseil d'Etat* nel dichiarare l'incompetenza del sindaco ad adottare provvedimenti di quel tipo, non giustificati dall'esigenza di prevenire fondati rischi di attentati all'ordine pubblico: vietando l'abbigliamento avente connotazione contraria alla laicità si restringe infatti l'esercizio di una libertà sulla base di considerazioni del tutto diverse. Né emerge alcun elemento atto a suffragare l'ipotesi della pericolosità per l'ordine pubblico della particolare tenuta da spiaggia delle donne musulmane.

"En l'absence de tels risques, l'émotion et les inquiétudes résultant des attentats terroristes, et notamment de celui commis à Nice le 14 juillet dernier, ne sauraient suffire à justifier légalement la mesure d'interdiction contestée. Dans ces conditions, le maire ne pouvait, sans excéder ses pouvoirs de police, édicter des dispositions qui interdisent l'accès à la plage et la baignade alors qu'elles ne reposent ni sur des risques avérés de troubles à l'ordre public ni, par ailleurs, sur des motifs d'hygiène ou de décence. L'arrêté litigieux a ainsi porté une atteinte grave et manifestement illégale aux libertés fondamentales que sont la liberté d'aller et venir, la liberté de conscience et la liberté personnelle"¹⁴⁴.

Dopo qualche giorno, giungerà il plauso del portavoce dell'Alto Commissario delle Nazioni Unite per i diritti umani, insieme con l'invito, rivolto a tutti i sindaci dei comuni francesi che avessero adottato simili divieti, di "*to repeal them immediately, rather than exploit the limited geographical scope of this particular decision in order to keep their highly discriminatory bans in place until the end of the current holiday season*"¹⁴⁵.

¹⁴¹ M. TIRABASSI, *Alcuni Paesi europei a confronto: burqa e spazio pubblico tra leggi e iniziative legislative*, in *Quad. dir. pol. eccl.*, n. 2, 2011, p. 381.

¹⁴² Art. L 2212-2 del *Code général des collectivités territoriales*.

¹⁴³ Art. L 2213-23 del *Code général des collectivités territoriales*.

¹⁴⁴ Conseil d'Etat, ord. 26 agosto 2016, nn. 402742, 402777, par. 6.

¹⁴⁵ La nota, del 30 agosto scorso, può essere consultata sul sito <http://www.ohchr.org/>.



Prosegue il portavoce:

“We fully understand – and share – the grief and anger generated by the terrorist attacks carried out in France in recent months, including the atrocious 14 July attack in Nice. However, these decrees do not improve the security situation but rather fuel religious intolerance and the stigmatization of Muslims in France, especially women. [...] Dress codes such as the anti-burkini decrees disproportionately affect women and girls, undermining their autonomy by denying them the ability to make independent decisions about how to dress, and clearly discriminate against them”.

È, insomma, il requisito di proporzionalità (in nome dei principi di libertà e di non discriminazione) che non consente di imporre costumi confezionati su misura per le esigenze della laicità.

(aggiornato al 6 settembre 2016)