

CAPITOLO III

Il divieto di discriminazione religiosa e l'applicazione delle direttive in Italia, Francia e Regno Unito

SOMMARIO: 1. Diritto antidiscriminatorio e fattore religioso in Italia, Francia e Regno Unito. Il quadro normativo. – 1.1. *Divieto di discriminazione religiosa e attuazione delle direttive in Italia* - 1.2. *(segue) in Francia* - 1.3. *(segue) nel Regno Unito*. – 1.4. *Principio di uguaglianza e divieti di discriminazione. Il rapporto tra normativa antidiscriminatoria e concetto di uguaglianza nei tre Stati*. – 2. Discriminazione e religione. – 2.1. *L'evoluzione della nozione di discriminazione nei tre Paesi in occasione della trasposizione delle direttive*. – 2.2. *Il concetto di religione e il rapporto tra discriminazione razziale e religiosa*. – 3. Il divieto di molestie in Italia, Francia e Regno Unito: le implicazioni per il fattore religioso. - 4. Le eccezioni al divieto di discriminazione. – 4.1. *La questione dei requisiti occupazionali*. – 4.2. *L'applicazione della deroga ex art. 4.2 della direttiva: le organizzazioni di tendenza*.

1. Diritto antidiscriminatorio e fattore religioso in Italia, Francia e Regno Unito. Il quadro normativo

La trasposizione delle direttive 2000/43 e 2000/78 nei Paesi dell'Unione europea ha dato origine ad una fase di ripensamento delle normative antidiscriminatorie nazionali, costringendo in qualche modo gli Stati membri a fare i conti con le esigenze di libertà e di uguaglianza di alcune categorie svantaggiate, specialmente nel mondo del lavoro. In particolare era evidente la necessità di affrontare i problemi della discriminazione razziale e religiosa, emersa soprattutto a seguito dell'intensificarsi dei flussi migratori e dell'insediamento in Europa di gruppi eterogenei per origine etnica, religione, tradizioni culturali, dei quali occorreva garantire non solo i diritti fondamentali e l'accesso ai servizi minimi, ma anche la pacifica convivenza in condizioni di parità¹. Problemi già in parte affrontati dalla legislazione degli Stati europei,

¹ In tema D. MILANI, A.G. CHIZZONITI, *Immigrazione, diritto regionale e libertà religiosa*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 2004, 2, p. 430 ss.

anche per adeguarsi agli obblighi internazionali², e che si sono riproposti all'attenzione del legislatore e dell'opinione pubblica proprio in occasione dell'approvazione delle direttive³.

È noto che le direttive comunitarie impongono un obbligo quanto al risultato, lasciando agli Stati membri la scelta del sistema per il raggiungimento degli obiettivi prefissati⁴; la loro trasposizione nei relativi ordinamenti giuridici presenta, quindi, spesso differenze di sostanza sia dal punto di vista delle modalità di attuazione, sia da quello più strettamente contenutistico, in ragione dell'esigenza di coordinamento con le normative statali preesistenti e del modo in cui i nuovi parametri dettati dal legislatore europeo vengono inseriti nella cornice della legislazione nazionale relativa in questo caso alla tutela del principio d'uguaglianza⁵.

Al di là del dibattito politico che l'attuazione dei divieti di discriminazione ha generato, lo stratificarsi delle nuove norme sulle legislazioni antidiscriminatorie preesistenti non ha mancato di dare origine ad alcuni problemi squisitamente giuridici, con la conseguente necessità di coordinare nozioni e strumenti di tutela diversi, al fine di evitare lo sviluppo di un quadro

² F. MARGIOTTA BROGLIO, *Discriminazione razziale e discriminazione religiosa*, in Quaderni dir. politica eccl., 2000, 1, p. 272 ss.; C. FAVILLI, *La non discriminazione nell'Unione europea*, Firenze, Facoltà di Scienze politiche, Reprint, nuova serie, n. 5, 2008, p. 1-2; L. CASTELVETRI, *Le garanzie contro le discriminazioni sul lavoro per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi*, in *Diritto Relazioni Industriali*, 1999, n. 3, p. 321 ss.

³ L'impatto della normativa europea, inoltre, è più incisivo degli atti internazionali contro il razzismo e la discriminazione, poiché pone precisi vincoli di adattamento del diritto interno. Ne sottolineano la rilevanza, tra gli altri: MIGRATION POLICY GROUP, *Racial, Ethnic and Religious Discrimination. A comparative analysis of National and European law*, Bruxelles, MPG, 2002, p. 3 ss.; ENAR, *Combating Religious and Ethnic Discrimination in Employment*, (edited by B. Liegl, B. Perching, B. Weys), Bruxelles, ENAR, 2004, p. 7 ss.; M. BELL, *Beyond European Labour Law? Reflections on the EU Racial Equality Directive*, in *European Law Journal*, 2002, n. 3, p. 391 ss.

⁴ Il terzo comma dell'art. 249 TCE stabilisce che: "La direttiva vincola lo Stato membro cui è rivolta per quanto riguarda il risultato da raggiungere, salva restando la competenza degli organi nazionali in merito alla forma e ai mezzi". In generale sulle caratteristiche di questi atti M. R. SAULLE, voce *Direttiva comunitaria*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, Giuffrè, 1998 (II agg.), p. 292 ss.; F. POCAR, *Diritto dell'Unione e delle comunità europee*, Milano, Giuffrè, 2006, p. 287 ss.

⁵ Da ricordare che le direttive, anche qualora non lo esplicitino, comportano per gli Stati membri l'obbligo di adeguare il quadro nazionale alle norme dettate in ambito comunitario e di rimuovere le norme preesistenti eventualmente in contrasto (in generale sul tema G. GAJA, *Introduzione al diritto comunitario*, Roma-Bari, Laterza, 2007, p. 124 ss.). La direttiva 2000/78, peraltro, prevede espressamente, all'art. 16, che gli Stati membri prendano "le misure necessarie per assicurare che tutte le disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative contrarie al principio della parità di trattamento siano abrogate" e che "siano o possano essere dichiarate nulle e prive di effetto oppure siano modificate" le disposizioni contrastanti con tale principio contenute nei contratti di lavoro, nei regolamenti aziendali ed in altre fonti di natura analoga. Operazione che, come vedremo, il legislatore italiano non sembra si sia preoccupato di fare.

normativo caotico e frastagliato e di rendere più efficace l'applicazione delle nuove disposizioni.

L'analisi precedentemente svolta ha evidenziato come in alcuni casi le direttive richiedono una trasposizione pressoché letterale (ad esempio riguardo alla definizione di discriminazione, sulla quale il legislatore comunitario si sofferma dettagliatamente, poiché da essa dipende l'individuazione dei comportamenti vietati), mentre in altri consentono agli Stati membri una più ampia discrezionalità attuativa. L'analisi dei singoli aspetti della legislazione antidiscriminatoria interna permetterà di osservare le nozioni che il legislatore comunitario ha lasciato – se così si può dire – “in bianco”, permettendo alla normativa nazionale di specificarne i contenuti in ragione degli assetti costituzionali vigenti relativamente alla tutela della libertà religiosa e al sistema di relazioni con le confessioni religiose. Si pensi, ad esempio, all'interpretazione del concetto stesso di religione e di convinzioni personali, in base al quale si determinerà l'applicazione del divieto di discriminazione religiosa, oppure alle diverse prassi nazionali relative alle organizzazioni di tendenza, che comporteranno deroghe più o meno ampie rispetto alle indicazioni della direttiva.

In questa prospettiva, l'esame del quadro normativo nazionale, con le diverse soluzioni proposte e la più o meno estesa applicazione delle norme antidiscriminatorie ai problemi di ordine religioso, può far emergere le diverse sensibilità degli Stati europei circa le questioni dell'uguaglianza e delle diversità religiose, permettendo di evidenziare i vari livelli di tutela dell'identità confessionale e dell'espressione della libertà religiosa nell'ambito del lavoro, alla cui garanzia i divieti presenti nella direttiva 2000/78 sono orientati. Ci si potrà domandare, ad esempio, se il diritto antidiscriminatorio in vigore al momento della trasposizione delle direttive offrisse già un'adeguata garanzia contro la discriminazione religiosa o se, invece, solo con l'attuazione degli obblighi comunitari le legislazioni considerate si sono dotate di strumenti efficaci di tutela. Inoltre, l'esame di differenze e analogie nella attuazione dei divieti di discriminazione può aiutare a meglio comprendere le distinte modulazioni nell'approccio ai problemi dell'uguaglianza e delle diversità religiose in paesi – Italia, Francia e Regno Unito – assai differenti, sia per caratteristiche dei rispettivi ordinamenti giuridici, sia per sistema di rapporti tra Stato e confessioni religiose, sia per radicamento e sviluppo della legislazione antidiscriminatoria.

1.1. Divieto di discriminazione religiosa e attuazione delle direttive in Italia

Già precedentemente alla trasposizione delle direttive comunitarie – operata con due appositi decreti legislativi: il d.lgs. 9 luglio 2003, n. 215, attuativo della direttiva 2000/43 e il d.lgs. 9 luglio 2003, n. 216, relativo alla direttiva 2000/78⁶ – nell'ordinamento italiano erano presenti riferimenti al divieto di discriminazione religiosa. I due decreti legislativi del 2003 nel riproporre, pressoché alla lettera, le disposizioni delle direttive, con scarsa attenzione per la corretta tecnica di *drafting*, non si preoccupano – se non occasionalmente⁷ – di tenere nella dovuta considerazione l'esigenza di armonizzare i concetti e gli strumenti previsti dalle direttive con quelli già presenti nel diritto antidiscriminatorio nazionale⁸, né di disporre la modifica o l'abrogazione delle norme preesistenti eventualmente contrastanti. Anche in ragione di ciò, è opportuno avviare l'analisi dell'impatto dell'attuazione delle direttive nell'ordinamento italiano a partire dalla ricostruzione del quadro normativo previgente, al quale si affiancano, e non si sostituiscono, molte delle norme previste dai decreti in parola⁹.

Tralasciando per il momento i contenuti della norma costituzionale sull'uguaglianza (art. 3)¹⁰ che, come già notato, può essere declinata in specifici divieti di discriminazione, tra i quali anche quello fondato sulla religione, tre

⁶ In generale su tali decreti: M. AIMO, *Le discriminazioni basate sulla religione e le convinzioni personali*, in M. BARBERA (a cura di), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, Milano, Giuffrè, 2007, p. 43 ss; N. FIORITA, *Le direttive comunitarie in tema di lotta alla discriminazione, la loro tempestiva attuazione e l'eterogeneità dei fini*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 2004, 2, p. 361 ss.; J. PASQUALI CERIOLI, *Il divieto di discriminazione religiosa sul luogo di lavoro: riflessioni critiche*, in *Quaderni diritto politica eccl.*, 2005, 1, pp. 93 ss.; M. RIZZO, *Il recepimento italiano delle direttive comunitarie n. 43 del 29/6/2000 e n. 78 del 27/11/2000*, in *D&L-Riv. Critica dir. lavoro*, 2004, n. 2, p. 221 ss.

⁷ Gli unici veri interventi di armonizzazione si possono rintracciare all'art. 7, n. 4 del d.lgs. n. 215/2003, in merito al riordino dell'organizzazione della Presidenza del Consiglio dei Ministri in vista dell'istituzione di un "Ufficio per il contrasto delle discriminazioni" (poi denominato UNAR, Ufficio Nazionale Antidiscriminazioni Razziale), e all'art. 4, n. 1 del d.lgs. n. 216/2003, che modifica la norma sulla discriminazione contenuta nello Statuto dei lavoratori. Gli altri richiami alle norme già presenti nell'ordinamento italiano (*in primis* al Testo unico sull'immigrazione, approvato con d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286) non operano un'armonizzazione ma, lasciando in vigore alcune disposizioni non del tutto in linea con il nuovo diritto antidiscriminatorio, determinano, come vedremo, non pochi problemi di coordinamento tra le diverse norme in materia.

⁸ M. RIZZO, *Il recepimento italiano delle direttive comunitarie n. 43 del 29/6/2000 e n. 78 del 27/11/2000*, cit., p. 223 ss.; D. IZZI, *Eguaglianza e differenze nei rapporti di lavoro. Il diritto antidiscriminatorio fra genere e fattori di rischio emergenti*, Napoli, Jovene, 2005, p. 389 ss.

⁹ M. AIMO, *Le discriminazioni basate sulla religione e le convinzioni personali*, cit., p. 49 ss.

¹⁰ Sulla quale cfr. *infra*, par. 1.4.

sono gli ambiti principali in cui si possono rintracciare disposizioni rilevanti per il tema in esame: quello del diritto del lavoro, quello della legislazione sull'immigrazione, quello della normativa penale contro il razzismo e le discriminazioni.

Per quanto concerne il primo, il divieto di discriminazione religiosa è sancito dallo Statuto dei lavoratori (legge 20 maggio 1970, n. 300 e successive modifiche), il cui articolo 15 punisce con la nullità gli atti e i patti diretti a discriminare per motivi religiosi, politici o sindacali¹¹. In particolare si proibiscono determinati atti – quali la mancata assunzione, il licenziamento motivato dalle opinioni personali, l'assegnazione di mansioni o determinate condizioni di lavoro, o comunque qualsiasi atto o patto che rechi “altrimenti pregiudizio” al lavoratore – che possono condizionare il lavoratore nella sua libertà di pensiero e di coscienza e nella sua autonomia politica e sindacale. La religione figura tra i fattori tutelati dalla legge proprio perché ritenuta – accanto alle opinioni politiche e sindacali¹² – utilizzabile dal datore di lavoro per danneggiare i lavoratori, attraverso licenziamenti o altri comportamenti ritorsivi¹³. Da ricordare, a questo proposito, anche le altre norme che vietano i licenziamenti discriminatori e che completano il quadro legislativo nel settore del lavoro: la legge 15 luglio 1966, n. 604, il cui art. 4 sancisce la nullità del licenziamento “determinato da ragioni di credo politico o fede religiosa, dell'appartenenza ad un sindacato e dalla partecipazione ad attività sindacali”;

¹¹ Art. 15, l. n. 300/1970: “È nullo qualsiasi patto od atto diretto a:

a) subordinare l'occupazione di un lavoratore alla condizione che aderisca o non aderisca ad una associazione sindacale ovvero cessi di farne parte;

b) licenziare un lavoratore, discriminarlo nella assegnazione di qualifiche o mansioni, nei trasferimenti, nei provvedimenti disciplinari, o recargli altrimenti pregiudizio a causa della sua affiliazione o attività sindacale ovvero della sua partecipazione ad uno sciopero.

Le disposizioni di cui al comma precedente si applicano altresì ai patti o atti diretti a fini di discriminazione politica o religiosa.”. In tema cfr. R. BORTONE, voce *Discriminazione (divieto di)*, in *Digesto discipline pubbl.*, Torino, Utet, p. 19 ss.; G. DE SIMONE, *Dai principi alle regole. Eguaglianza e divieti di discriminazione nella disciplina dei rapporti di lavoro*, Torino, Giappichelli, 2001, p. 53 ss.; D. IZZI, *Eguaglianza e differenze nei rapporti di lavoro*, cit., p. 374 ss.; più in specifico E. GHERA, *artt. 15-16*, in *Commentario dello Statuto dei lavoratori*, dir. da U. PROSPERETTI, Milano, Giuffrè, 1975, t. 1, p. 400 ss.

¹² Successivamente l'area di protezione prevista dall'art. 15 si è ampliata alla discriminazione “politica, religiosa, razziale, di lingua o di sesso”, in seguito alle modifiche introdotte dalla legge 9 dicembre 1977, n. 903, ed alla discriminazione “di handicap, di età o basata sull'orientamento sessuale o sulle convinzioni personali”, in forza dell'art. 4, n. 2, del d.lgs. n. 216/2003 attuativo della direttiva 2000/78.

¹³ G. DE SIMONE, *La nozione di discriminazione diretta e indiretta*, in M. BARBERA (a cura di), *La riforma delle istituzioni e degli strumenti delle politiche di pari opportunità. Commentario al d.lgs. 23 maggio 2000, n. 196*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 2003, p. 712.

la legge 11 maggio 1990, n. 108, che riferendosi all'art. 15 dello Statuto dei lavoratori e alla l. n. 604/1966 ora citata, prevede per i licenziamenti discriminatori non solo la nullità, ma anche il reintegro dei lavoratori, ex art. 18 della l. n. 300/1970¹⁴. Da questa rapida rassegna, emerge con chiarezza come la tutela antidiscriminatoria delle origini agiva "in verticale", proteggendo la parte debole di fronte al potere del datore di lavoro, mentre solo più recentemente i divieti di discriminazione sono stati orientati anche ad una tutela "in orizzontale", ovvero al perseguimento della parità di trattamento dei lavoratori¹⁵.

Quanto al campo di applicazione del divieto sancito dallo Statuto dei lavoratori, sebbene l'art. 15 non individui un elenco tassativo di comportamenti vietati (lo rivela il riferimento a patti e atti non precisati, che possono "recare altrimenti pregiudizio" al lavoratore), l'assenza di una vera e propria definizione della discriminazione, formulata in termini generali, non permetteva di ampliare i confini della tutela antidiscriminatoria, che rimaneva ancorata alle ipotesi previste dalla disposizione considerata. La specificazione del concetto di discriminazione è stata successivamente operata, da un lato dalle norme sulla parità tra uomo e donna¹⁶, dall'altro dal d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286 ("Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero"; d'ora in poi: Testo unico sull'immigrazione), il cui art. 43 si riferisce alla discriminazione fondata su religione, razza,

¹⁴ La legge n. 108/1990 merita una menzione anche perché stabilisce, all'art. 4, alcune eccezioni per le imprese che svolgono attività di religione e di culto. Norma della quale si dovrà tener conto a proposito della deroga ex art. 4 della direttiva 2000/78 per le organizzazioni di tendenza (v. *infra*, par. 4.2).

¹⁵ M.V. BALLESTRERO, *Eguaglianza e nuove differenze nel diritto del lavoro. Note introduttive*, in *Lavoro e diritto*, 2004, p. 3-4, p. 503.

¹⁶ Una definizione, seppur minima, della discriminazione fu in seguito introdotta dall'art. 4 della legge 10 aprile 1991, n. 125, in materia di parità uomo-donna, che rappresenta la norma chiave per il diritto antidiscriminatorio italiano. Nel testo originario – successivamente modificato dal d.lgs. 23 maggio 2000, n. 196 (Disciplina dell'attività delle consigliere e dei consiglieri di parità) e dal d.lgs. 30 maggio 2005, n. 145, attuativo della direttiva 2002/73 in materia di parità tra uomini e donne – si affermava che costituisce discriminazione "qualsiasi atto o comportamento che produca un effetto pregiudizievole discriminando anche in via indiretta i lavoratori in ragione del sesso" (art. 4.1), senza peraltro fornire una definizione esauriente del concetto di discriminazione; all'art. 4.2 era inserita una disposizione relativa alla discriminazione indiretta, definita come "trattamento pregiudizievole conseguente alla adozione di criteri che svantaggino in modo proporzionalmente maggiore i lavoratori dell'uno o dell'altro sesso e riguardino i requisiti non essenziali allo svolgimento dell'attività lavorativa". Su queste norme cfr. ampiamente G. DE SIMONE, *La nozione di discriminazione diretta e indiretta*, cit., p. 711 ss.

nazionalità ed origine etnica¹⁷. La prolungata assenza di una vera e propria definizione della discriminazione nel nostro ordinamento¹⁸, è stata poi definitivamente colmata dalla trasposizione delle direttive comunitarie. Rispetto alle disposizioni previgenti, i decreti attuativi del 2003 hanno introdotto importanti novità terminologiche e concettuali che, come vedremo meglio tra breve, producono un allargamento della tutela antidiscriminatoria¹⁹. Ad esempio, la definizione di discriminazione contenuta nelle direttive e riproposta dai decreti del 2003 consente, come già osservato²⁰, un raffronto non soltanto con situazioni analoghe attuali o del passato, ma anche ipotetiche; inoltre vengono proibiti altri tipi di comportamenti, finora scarsamente considerati nel diritto del lavoro italiano, quali le molestie, la vittimizzazione, l'ordine di discriminare.

Per quanto riguarda il secondo settore che interessa il divieto di discriminazione religiosa, quello della disciplina dell'immigrazione, tra le norme preesistenti alla trasposizione delle direttive è senz'altro di centrale importanza il già citato Testo unico sull'immigrazione (d.lgs. n. 286/1998). Esso prevede alcune norme sulla discriminazione per motivi di razza, colore, ascendenza, origine nazionale o etnica, convinzioni e pratiche religiose (art. 43, n. 1), i cui destinatari, come precisato dall'art. 43, n. 3, non sono unicamente gli immigrati, ma anche gli apolidi e i cittadini italiani e dell'Unione europea. Si può immediatamente notare che il Testo unico, a differenza delle disposizioni originarie dello Statuto dei lavoratori, affianca alla religione non più le opinioni politiche, ma l'appartenenza razziale, etnica e nazionale²¹. La scelta di questi fattori è evidentemente funzionale all'applicazione di questa normativa agli stranieri ed alle minoranze etniche e nazionali presenti in Italia; essa, inoltre, finisce per spostare l'attenzione dal piano della tutela delle opinioni (politiche o

¹⁷ In merito, sin d'ora: L. CASTELVETRI, *Le garanzie contro le discriminazioni sul lavoro per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi*, cit.; B. NASCIMBENE, *Straniero e musulmano. Profili relativi alle cause di discriminazione*, in *Diritto immigrazione e cittadinanza*, 1999, n. 4, p. 19 ss.; A. VISCOMI, *La legge italiana del 1998 sul lavoro immigrato extracomunitario*, in F. A. CAPPELLETTI, L. GAETA (a cura di), *Diritto, lavoro, alterità: figure della diversità e modelli culturali*, Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 1998, p. 283 ss.

¹⁸ Cfr. per tutti G. DE SIMONE, *La nozione di discriminazione diretta e indiretta*, cit., *passim*.

¹⁹ P. CHIECO, *Le nozioni di discriminazioni diretta e indiretta nell'ordinamento italiano*, in AA. VV., *Molestie e discriminazioni: tutela civile e sanzioni penali*, UNAR – Presidenza del Consiglio dei Ministri, Roma, 2006, p. 47 ss.; M.V. BALLESTRERO, *Eguaglianza e nuove differenze nel diritto del lavoro*, cit., p. 511 ss.

²⁰ *Supra*, cap. 2, par. 2.1.

²¹ M. AIMO, *Le discriminazioni basate sulla religione e le convinzioni personali*, cit., p. 50 ss.

religiose) del lavoratore a quello dell'appartenenza ad una religione, nazionalità o etnia²². In questo senso l'accostamento tra razza e religione, oltre a collocarsi nella linea percorsa dal diritto internazionale e da consolidata dottrina²³, rivela come i problemi della discriminazione religiosa nel nostro Paese siano di consueto affrontati in stretta connessione con il fenomeno della discriminazione razziale²⁴. D'altra parte la disomogeneità religiosa della società italiana è oggi dovuta in larga parte proprio all'incremento dei flussi migratori, alla presenza di stranieri o di particolari gruppi etnici²⁵, riguardo ai quali tracciare una linea di confine tra l'identità etnica e quella culturale o religiosa è spesso assai difficile. La predisposizione di norme di contrasto alla discriminazione nel Testo unico (e, prima ancora, nella l. 6 marzo 1998, n. 40, i cui artt. 41 e 42 sono confluiti in quest'ultimo) era, in questo senso, un segno evidente dell'esigenza di garantire la coesistenza pacifica di razze e religioni diverse e di combattere l'affermarsi di forme di razzismo, xenofobia e intolleranza religiosa.

Alla luce delle norme del Testo unico del 1998, appare quanto meno incoerente la decisione del legislatore italiano di dare attuazione alle direttive del 2000 con due diversi decreti che, analogamente a quanto operato dal legislatore comunitario, regolano separatamente discriminazione razziale e

²² Basta osservare l'elenco di atti discriminatori presente al comma 2 dell'art. 43, con la ripetizione dell'inciso "a causa della sua condizione di straniero o di *appartenente* ad una determinata razza, religione, etnia..." (corsivo mio). La dimensione dell'appartenenza ad un gruppo diviene, inoltre, ancora più evidente nella norma relativa alla discriminazione religiosa sul lavoro (art. 43, n. 2, lettera e), ove si fa riferimento – forse in modo non del tutto appropriato – all'appartenenza "ad una determinata confessione religiosa". Ed è, ancora, rafforzata dal divieto per il datore di lavoro di porre in essere discriminazioni di carattere collettivo, dirette a pregiudicare un insieme di lavoratori (caratterizzati da razza, etnia, pratiche religiose) e punibili anche qualora non sia rintracciabile un lavoratore concretamente leso dalla condotta discriminante (art. 44, n. 10). Ciò a dimostrazione di quanto il divieto di discriminazione in esame sia funzionale alla tutela dell'appartenenza a determinati gruppi, in primis gli stranieri, identificati spesso dal doppio richiamo all'etnia ed alle pratiche e convinzioni religiose. Su queste ed altre questioni terminologiche si rinvia al paragrafo 2 di questo capitolo, ed inoltre a M. AIMO, *Le discriminazioni basate sulla religione e le convinzioni personali*, cit., p. 43 ss.; L. CASTELVETRI, *Le garanzie contro le discriminazioni sul lavoro per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi*, cit., p. 321 ss.

²³ Cfr. *supra*, cap. I, par. 1.

²⁴ Cfr. tra gli altri P. BELLOCCHI, *Pluralismo religioso, discriminazioni ideologiche e diritto del lavoro*, in *Argomenti di Diritto del Lavoro*, 1, 2003, p. 162 ss.; F. MARGIOTTA BROGLIO, *Discriminazione razziale e discriminazione religiosa*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 2000, 1, p. 269 ss.; N. FIORITA, *Le direttive comunitarie in tema di lotta alla discriminazione, la loro tempestiva attuazione e l'eterogeneità dei fini*, cit., p. 369.

²⁵ F. MARGIOTTA BROGLIO, *Il fenomeno religioso nel sistema giuridico dell'Unione Europea*, cit., p. 139 ss.; C. CARDIA, *Principi di diritto ecclesiastico. Tradizione europea, legislazione italiana*, Torino, Giappichelli, 2005, p. 184 ss.; P. BELLOCCHI, *Pluralismo religioso, discriminazioni ideologiche e diritto del lavoro*, cit., p. 162 ss.

religiosa. Una scelta già ampiamente criticata in ambito europeo – anche dalla dottrina italiana²⁶ – e che rappresenta senz'altro un passo indietro per il diritto antidiscriminatorio nazionale, diversificando gli strumenti legislativi di riferimento e i mezzi di tutela per queste due forme di discriminazione così frequentemente interconnesse²⁷. A poco serve il tentativo di collegamento tra i due fattori operato dall'art. 1 del d.lgs. n. 215/2003, ove si afferma di voler tenere conto “dell'esistenza di forme di razzismo a carattere culturale e religioso”²⁸. La riproduzione, a tratti pedissequa, delle disposizioni comunitarie rivela l'inesperienza del legislatore italiano nell'affrontare con efficacia i problemi della discriminazione e l'incapacità di adattare all'ordinamento interno i parametri dettati dalle direttive, sfruttando, laddove possibile, gli strumenti di tutela già presenti. D'altra parte è noto che il recepimento delle norme comunitarie nel nostro Paese avviene spesso sul filo del termine ultimo fissato da Bruxelles per la trasposizione, ragion per cui non si dispone del tempo necessario per riflettere con attenzione sulle peculiari problematiche che si pongono nell'ordinamento interno e per coordinare le disposizioni di attuazione con quelle preesistenti, cosicché la soluzione più semplice è proprio quella di ricopiare quanto sancito dall'Unione.

Tornando al Testo unico del 1998, l'art. 43, al 1° e 2° comma contiene, come già accennato, una definizione di discriminazione, sia diretta, sia indiretta²⁹, simile a quella introdotta con le norme di attuazione delle direttive del 2000, ma non del tutto coincidente. Riservandoci di trattare più avanti in dettaglio le questioni definitorie (v. par. 2), pare opportuno sottolineare fin d'ora che i decreti del 2003 fanno espressamente salvi i commi 1 e 2 dell'art. 43 d.lgs. n. 286/1998, creando così un problema di coordinamento tra nozioni in parte differenti³⁰, delle quali non si specifica quale debba prevalere³¹.

²⁶ F. MARGIOTTA BROGLIO, *Discriminazione razziale e discriminazione religiosa*, cit., p. 276 ss.

²⁷ M. RIZZO, *Il recepimento italiano delle direttive comunitarie n. 43 del 29/6/2000 e n. 78 del 27/11/2000*, cit., p. 222; M. AIMO, *Le discriminazioni basate sulla religione e le convinzioni personali*, cit., p. 51; N. FIORITA, *Le direttive comunitarie in tema di lotta alla discriminazione, la loro tempestiva attuazione e l'eterogenesi dei fini*, cit.

²⁸ Richiama questo punto N. FIORITA, *Le direttive comunitarie*, cit., p. 369.

²⁹ In tema L. CASTELVETRI, *Le garanzie contro le discriminazioni sul lavoro per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi*, cit., p. 324 ss.

³⁰ Cfr. ampiamente P. CHIECO, *Le nozioni di discriminazioni diretta e indiretta nell'ordinamento italiano*, cit., p. 50 ss.; M. AIMO, *Le discriminazioni basate sulla religione e le convinzioni personali*, cit., p. 50 ss.; J. PASQUALI CERIOLI, *Il divieto di discriminazione religiosa sul luogo di lavoro: riflessioni critiche*, cit., p. 95 ss.

Un analogo problema di mancata armonizzazione delle norme in esame riguarda, poi, il campo di applicazione del divieto di discriminazione religiosa, più ampio nell'art. 43 del Testo unico sull'immigrazione – nel quale arriva quasi a coincidere con quello della direttiva 2000/43 – e più limitato nel decreto n. 216/2003, relativo, come noto, al solo settore del lavoro. Il disposto dell'art. 2.2 del d.lgs. n. 216/2003, che mantiene in vigore l'art. 43, commi 1 e 2, del d.lgs. n. 286/1998, fa sì che il divieto in parola continui ad estendersi anche al di là dell'ambito lavoristico, anche se le nozioni e gli strumenti di tutela varieranno a seconda che ci si trovi in un settore disciplinato dal Testo unico o dal decreto del 2003. In base al Testo unico, infatti, chiunque potrà lamentare una caso di discriminazione religiosa anche nella fornitura di beni e servizi, nell'accesso all'alloggio, all'istruzione, ai servizi sociali, e nelle altre ipotesi previste all'art. 43; tuttavia, in questi casi dovrà far riferimento alle “vecchie” nozioni di discriminazione presenti nel Testo unico, non potrà beneficiare della disposizione sulle molestie, e così via. È da notare, poi, che la tutela antidiscriminatoria *ex* articolo 43, benché sia rivolta a tutti i cittadini e non soltanto agli stranieri, ha scarsa visibilità, poiché inserita in un atto destinato alla disciplina dell'immigrazione e contenente norme relative ad una molteplicità di questioni diverse³². Di qui, molto probabilmente, la quantità assai modesta di giurisprudenza basata su tale disposizione, ed anche la disattenzione della dottrina in merito al difficile coordinamento tra i divieti di discriminazione presenti nel Testo unico e quelli introdotti successivamente.

Anche relativamente alla tutela giurisdizionale dalla discriminazione il Testo unico del 1998 aveva già predisposto un meccanismo di protezione piuttosto vantaggioso per le vittime della discriminazione (l'azione civile contro la discriminazione), mantenuto dai decreti del 2003³³. Questi ultimi hanno aggiunto ad esso alcune ulteriori garanzie quali l'inversione dell'onere della prova (art. 4.3 d.lgs. n. 215/2003 e art. 4.4 d.lgs. n. 216/2003, come riformulati

³¹ P. CHIECO, *Le nozioni di discriminazioni diretta e indiretta nell'ordinamento italiano*, cit., p. 55 ss.; A. SIMONI, *Report on Measures to Combat Discrimination: Directives 2000/43/EC and 2000/78/EC. Country Report Italy*, European Commission, Brussels, 2007, p. 3 ss. (disponibile all'indirizzo internet http://ec.europa.eu/employment_social/fundamental_rights/pdf/legnet/itrep07_en.pdf).

³² A. SIMONI, G. BONI, *Anti-discrimination Legislation in EU Member States. A Comparison of National Anti-Discrimination Legislation on the grounds of racial or ethnic origin, religion or belief with the Council Directives. Italy*, European Monitoring Centre on Racism and Xenophobia, Vienna, 2002, p. 13 (all'indirizzo web: http://ec.europa.eu/employment_social/fundamental_rights/pdf/aneval/legit.pdf).

³³ In tema P. CAVANA, *Pluralismo religioso e modelli di cittadinanza: l'azione civile contro la discriminazione*, in *Dir. eccl.*, p. 165 ss.

in seguito alla legge 6 giugno 2008, n. 101, art. 6 *sexies*) e la possibilità per determinate organizzazioni di intervenire nel giudizio antidiscriminatorio a tutela della vittima (art. 5 di entrambi i decreti legislativi)³⁴.

Il terzo ambito nel quale si può segnalare la presenza di norme rilevanti per combattere la discriminazione religiosa è la legislazione penale. La norma chiave è da individuarsi all'interno della legge 13 ottobre 1975, n. 654 che ha ratificato la Convenzione ONU sulla discriminazione razziale (CERD), prevedendo all'art. 3, 1° comma la punibilità di chi diffonde idee fondate sulla superiorità di una razza o sull'odio razziale o incita a commettere o commette atti di violenza o discriminazione motivata dall'appartenenza ad una razza, etnia o nazionalità³⁵; una disposizione particolarmente significativa, se si considera il, peraltro facilmente comprensibile, silenzio nel codice penale relativamente alle condotte discriminanti³⁶. La norma era, a dire il vero, rimasta in una sorta di limbo operativo, sino a quando sulla scia di alcune specifiche vicende è stata, a distanza di quasi vent'anni, ritoccata e rivitalizzata dalla legge 25 giugno 1993, n. 205, meglio conosciuta come "legge Mancino", che ha convertito con modifiche il decreto legge 26 aprile 1993, n. 122, "Misure urgenti in materia di discriminazione razziale, etnica e religiosa"³⁷, proponendo tra l'altro due elementi di novità: l'introduzione dell'elemento religioso tra i fattori che possono determinare atti discriminatori vietati e la punibilità non solo dell'incitamento a discriminare, ma anche dei singoli atti di discriminazione razziale o religiosa.

³⁴ Su tali innovazioni introdotte dalle direttive cfr. *supra*, cap. II, par. 4.

³⁵ R. PASELLA, *La répression des discriminations en droit pénal italien*, in *Rev. int. droit pénal*, 1986, p. 54 ss.; G. SACERDOTI, *Italian Legislation and Case Law on Racial and Religious Hatred and Group Libel: International Aspects*, in *Israel Yearbook on Human Rights*, 1993, vol. 22, p. 235 ss.; più di recente, un'analisi di ampio respiro sulla normativa italiana in tema è in: P. CARETTI, *Manifestazione del pensiero e istigazione all'odio nell'ordinamento italiano*, relazione al XVI Congresso dell'Accademia Internazionale di Diritto Comparato, Brisbane, 14-20 Luglio 2002, in www.ddp.unipi.it; A. AMBROSI, *Libertà di pensiero e manifestazione di opinioni razziste e xenofobe*, in *Quaderni Costituzionali*, 2008, n. 3, p. 519 ss.; per un inquadramento generale del problema cfr. anche F. MARGIOTTA BROGLIO, *Discriminazione razziale e discriminazione religiosa*, cit., p. 273.

³⁶ R. PASELLA, *La répression des discriminations en droit pénal italien*, cit., p. 51 ss.

³⁷ Su questa normativa si veda: G. DE FRANCESCO, *Commento all'art. 1 del D.l. 26/4/1993 n. 122, conv. con modif. dalla l. 25/6/1993 n. 205*, in *Leg. Pen.*, 1994, n. 2, p. 174 ss.; A.G. CHIZZONITI, *Pluralismo confessionale e lotta all'intolleranza religiosa. La legge 203 del 1993 e l'Intesa con l'Unione delle Comunità israelitiche: brevi considerazioni di ordine sistematico*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 1997, n. 2, p. 348 ss.; P. ZAVATTI, A. TRENTI, *Legislazione italiana in tema di discriminazione razziale, etnica e religiosa*, in *Rassegna It. Criminologia*, 1995, p. 565 ss.

Relativamente al primo è importante sottolineare come, anche in questa occasione, nelle scelte del legislatore italiano emerge l'accostamento tra razza e religione, che conferma la tendenza (anche) internazionale a disciplinare congiuntamente queste due forme di discriminazione. La riproposizione di detto binomio nella legge n. 205/1993 giunge, peraltro, successivamente alla legge n. 101/1989 di approvazione dell'intesa con le Comunità ebraiche, il cui articolo 2 al quinto comma³⁸ già precisava che "il disposto dell'articolo 3 della legge 13 ottobre 1975, n. 654, si intende riferito anche alle manifestazioni di intolleranza e pregiudizio religioso". Questa affermazione, la cui collocazione in una norma pattizia, non impedisce di attribuirle un valore *erga omnes*³⁹, con ogni probabilità,

³⁸ Si fa qui riferimento all'articolo 2.5 della legge n. 101/1989, che corrisponde all'art. 1, 5° comma, dell'intesa. Come noto, infatti, spesso quanto sancito dalle intese viene riprodotto con un ordine diverso nelle leggi di approvazione.

³⁹ Dal punto di vista dei principi costituzionali, le intese previste dall'art. 8, 3° Cost., in quanto finalizzate a disciplinare i "rapporti" tra la Repubblica italiana e le confessioni religiose diverse dalla cattolica (ma la medesima argomentazione vale anche relativamente agli Accordi con quest'ultima), dovrebbero riguardare prevalentemente (se non esclusivamente) materie nelle quali l'ordinamento statale e quello confessionale entrano in contatto e che lo Stato, per il principio della distinzione degli ordini, non può disciplinare unilateralmente. Anche per questo gli effetti di quanto pattuito dovrebbero essere limitati nella loro vigenza ai soli soggetti sottoscrittori (fedeli appartenenti) impedendo ogni possibile ultrattività al di fuori di tale cerchia. In quest'ottica l'introduzione di disposizioni relative all'allargamento della tutela penale delle religioni (art. 2.4 intesa ebraica) o alla tutela dall'intolleranza (art. 2.5 della medesima) in una norma pattizia, parrebbe doppiamente inopportuna: anzitutto perché si tratta di questioni relative all'intera cittadinanza e non ai "rapporti" – intesi *stricto sensu* – tra lo Stato e le confessioni religiose, ed in secondo luogo perché, ove si volessero intendere tali norme come limitate ai soli appartenenti alle Comunità israelitiche, integrerebbero una ingiustificata violazione del principio d'uguaglianza. Tuttavia, come osservato da attenta dottrina (A.G. CHIZZONITI, *Pluralismo confessionale e lotta all'intolleranza religiosa*, cit., p. 346 ss.), non mancano negli articolati delle intese e dell'Accordo con la Chiesa cattolica previsioni che interessano anche i non appartenenti alle relative confessioni, nel novero delle quali si può includere anche l'art. 2, 4° e 5° comma, della l. n. 101/1989 il cui valore *erga omnes* emerge con chiarezza dal dato letterale (si fa riferimento, ad es., alla parità nella tutela dei "cittadini" e di tutti i culti). La previsione di cui al 5° comma dell'art. 2 sarebbe da ricollegare alla volontà di precisare un tratto tipico della Comunità ebraica (v. nota seguente) e di non perdere la tutela derivante dalla sua caratterizzazione etnico-razziale, proprio nel momento in cui essa si presentava, invece, come confessione religiosa, al fine di stipulare un'intesa con lo Stato. Presupponendo quindi la liceità di tale disposizione, occorre aggiungere che, stante la natura di legge rinforzata unanimemente riconosciuta alle Intese concluse ex art. 8 3° comma (cfr. S. BERLINGÒ, *Fonti del diritto ecclesiastico*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, vol. VI, Torino, Utet, 1991, p. 465 ss.; C. CARDIA, *Manuale di diritto ecclesiastico*, Bologna, Il Mulino, 1996, p. 215 ss.; F. FINOCCHIARO, *Diritto ecclesiastico*, Bologna, Zanichelli, 2003⁹, p. 112 ss.; E. VITALI, A.G. CHIZZONITI, *Manuale breve di diritto ecclesiastico*, Milano, Giuffrè, 2008, p. 12 ss.), da ciò deriverebbe un preciso vincolo per il legislatore nelle eventuali modifiche dell'art. 3 della l. n. 654/1975 (che dovrebbero sempre tener conto del collegamento razza/religione risultante dal combinato disposto dell'intesa ebraica e della legge del 1975) ed all'interprete nella lettura delle fattispecie previste da quest'ultima (così, anche se con esplicito riferimento al solo comma 4° dell'art. 2, F. FINOCCHIARO, *op. ult. cit.*, p. 224; per ulteriori dettagli sull'intera vicenda cfr. ancora A.G. CHIZZONITI, *Pluralismo confessionale e lotta all'intolleranza religiosa*, cit., *passim*).

è stata inserita nell'intesa al fine di sottolineare la specificità delle comunità ebraiche (strutturate su base etnica e religiosa)⁴⁰; di questo significato non ha tenuto conto il legislatore del 1993, che ha, infatti, emendato l'art. 3 della legge del 1975 citata, inserendovi espressamente il riferimento all'elemento religioso, come se non fosse stata sufficiente la clausola dell'art. 2.5 dell'intesa⁴¹.

Quanto alle condotte previste, la legge "Mancino" del 1993, modificando l'art. 3, 1° comma lett. a) della legge n. 654/1975, ha ipotizzato tre autonome figure penalmente rilevanti: la diffusione di idee fondate sulla superiorità o sull'odio razziali; l'incitamento a commettere discriminazioni per motivi razziali, etnici, religiosi, nazionali; i singoli atti di discriminazione, fondati sui medesimi motivi⁴². Il fattore religioso non viene menzionato nella prima fattispecie, rispetto alla quale – tenuto conto della necessità di operare un bilanciamento con il diritto di libertà di espressione⁴³ e della generale prudenza del legislatore nel reprimere i cosiddetti "reati di opinione" – si è scelto di fare riferimento soltanto alla diffusione di idee particolarmente esecrabili, come quelle razziste⁴⁴. Si deve ricordare, però, che in base all'intesa con le comunità

⁴⁰ A.G. CHIZZONITI, *Pluralismo confessionale e lotta all'intolleranza religiosa*, cit., p. 349 ss.; in tema cfr. anche F. MARGIOTTA BROGLIO, *Discriminazione razziale e discriminazione religiosa*, cit., p. 271 e 279 ss.; C. MIRABELLI, voce *Israeliti*, in *Enc. dir.*, XXII, Milano, Giuffrè, 1972, p. 968 ss.

⁴¹ Si può ipotizzare (cfr. A.G. CHIZZONITI, *Pluralismo confessionale e lotta all'intolleranza religiosa*, cit., p. 362-363) che il legislatore del 1993 abbia voluto razionalizzare il combinato disposto delle due precedenti norme (art. 3 della l. n. 654/1975 e art. 2.5 della l. n. 101/1989), esplicitando la rilevanza della religione, accanto alla razza/etnia, nelle fattispecie vietate. Ciò a maggior ragione qualora si consideri che con la legge n. 205/1993 si è proceduto – come si vedrà tra breve – ad una ridefinizione delle ipotesi di reato. Ad esempio, appare logico che per una ipotesi precedentemente non prevista, come quella dei singoli atti di discriminazione (inserita nella l. n. 654/1975 proprio con la novella del 1993) si siano voluti specificare i fattori ai quali fare riferimento per l'individuazione di tale comportamento ("motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi"), nonostante la religione fosse stata già inclusa nella legge del 1975 dall'art. 2.5 appena richiamato.

⁴² Così facendo, il legislatore ha orientato queste norme non soltanto alla repressione di comportamenti che hanno una rilevanza per l'ordine pubblico e potenziali ricadute sulla coesione sociale (come la diffusione di idee o gli atti di violenza), ma anche alla protezione degli individui dal subire atti discriminatori. In tema A. CAPUTO, *Discriminazioni razziali e repressione penale*, in *Questione giustizia*, 1997, I, p. 476 ss.; R. PASELLA, *La répression des discriminations en droit pénal italien*, cit., p. 55 ss.; G. DE FRANCESCO, *Commento all'art. 1 del D.l. 26/4/1993 n. 122*, cit., p. 180-181.

⁴³ In tema, per tutti: P. CARETTI, *Manifestazione del pensiero e istigazione all'odio nell'ordinamento italiano*, cit.; C. SALAZAR, *I "destini incrociati" della libertà di espressione e della libertà di religione: conflitti e sinergie attraverso il prisma del principio di laicità*, in *Quaderni dir. politica eccles.*, 2008, n. 1, p. 77 ss.; A. AMBROSI, *Libertà di pensiero e manifestazione di opinioni razziste e xenofobe*, cit., p. 536 ss., che ricorda come l'Italia, al momento della firma e poi della ratifica della Convenzione internazionale sull'eliminazione di tutte le forme di discriminazione razziale abbia reso una dichiarazione in base alla quale le norme in essa contenute (in particolare l'art. 4) debbano essere interpretate tenendo nella dovuta considerazione la tutela della libertà di pensiero.

⁴⁴ G. DE FRANCESCO, *Commento all'art. 1 del D.l. 26/4/1993 n. 122*, cit., p. 177 ss.; A.G. CHIZZONITI, *Pluralismo confessionale e lotta all'intolleranza religiosa*, cit., p. 356 ss.. Questo atteggiamento di

ebraiche, è l'intero art. 3 – compresa, quindi, l'ipotesi di diffusione delle idee – a dover essere interpretato estensivamente, includendovi le manifestazioni di intolleranza e di pregiudizio religiosi⁴⁵. Per quanto concerne invece le altre due condotte, la legge in esame non specifica cosa si debba intendere per discriminazione. L'assenza di una definizione è – come si è già osservato – una caratteristica della legislazione antidiscriminatoria italiana, superata solo di recente con l'attuazione delle direttive comunitarie; ciò nonostante la non chiara tipizzazione delle condotte che la integrano dal punto di vista del diritto penale pone indubbiamente qualche problema rispetto al principio di determinatezza⁴⁶. A questo aspetto si debbono aggiungere l'inadeguata gradualità delle sanzioni⁴⁷ e la scelta di aver previsto la discriminazione come aggravante di ipotesi già

prudenza potrebbe essere confermato dalla tendenza a depenalizzare tali reati, di cui ultima dimostrazione è la legge 24 febbraio 2006, n. 85, sulle cui implicazioni per la normativa in esame si tornerà tra breve.

⁴⁵ Per lo meno limitatamente alle Comunità ebraiche, ove non si volesse accogliere l'interpretazione estensiva dell'art. 2, 5° comma della legge n. 101 del 1989, a favore della quale, giova sottolinearlo, gioca senza dubbio il suo tenore letterale (“Il disposto dell'articolo 3 della legge 13 ottobre 1975, n. 654, si intende riferito anche alle manifestazioni di intolleranza e pregiudizio religioso”) che non pare lasciare spazi per una lettura meramente programmatica della stessa. Le difficoltà nell'attribuire un significato anche operativo a questa norma impongono una più ampia riflessione sull'opportunità di disciplinare per via pattizia materie di interesse generale. Queste ultime, come già osservato (nota 39), nel rispetto dei principi costituzionali non dovrebbero essere oggetto di contrattazione con le confessioni religiose, e tuttavia vengono regolarmente inserite nelle intese: lo Stato, infatti, mostra di utilizzare il diritto pattizio come strumento privilegiato per intervenire a favore degli interessi religiosi dei cittadini (V. TOZZI, *La cooperazione per mezzo di accordi fra Stato e confessioni religiose ed i principi di specialità ed uguaglianza*, in *Diritto Ecclesiastico*, 1990, I, p. 122 ss.; C. CARDIA, *Manuale*, cit., p. 204 ss. E. VITALI, A.G. CHIZZONITI, *Manuale breve di diritto ecclesiastico*, cit. p. 32). Ma la norma dell'intesa ebraica in esame pone ulteriori problemi in quanto relativa al diritto penale, settore nel quale vige una stretta riserva di legge. Riserva che è stata formalmente rispettata (le intese, infatti, sono approvate con legge) ed anzi, essendo la legge n. 101/1989 una legge rinforzata, potrebbe porsi il problema dell'impossibilità per il legislatore di modificare la disciplina in esame con legge ordinaria; tuttavia appare inopportuna la scelta di negoziare con una determinata confessione religiosa un intervento in materia penale, concernente l'intera cittadinanza.

⁴⁶ G. DE FRANCESCO, *Commento all'art. 1 del D.l. 26/4/1993 n. 122*, cit., p. 174-175; A.G. CHIZZONITI, *Pluralismo confessionale e lotta all'intolleranza religiosa*, cit., p. 361; E. FRONZA, *Osservazioni sull'attività di propaganda razzista*, in *Riv. int. dir. uomo*, 1997, 32 ss. Più in specifico sul principio di determinatezza nel diritto penale si veda F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, Padova, Cedam, 2007⁵, p. 59 ss.; F. C. PALAZZO, *Il principio di determinatezza nel diritto penale*, Padova, Cedam, 1979.

⁴⁷ In proposito si sarebbe dovuto tener conto dell'esistenza, nel diritto penale, del principio della proporzionalità della pena, in forza del quale questa deve essere fissata in base al valore dei beni giuridici alla cui tutela la norma penale è finalizzata ed in modo da essere la sanzione più efficace (F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 716 ss.). Se nel caso dei reati a sfondo razzista l'uso del diritto penale sarebbe giustificato, visto l'alto valore dei beni giuridici da tutelare (l'uguaglianza e la dignità delle persone), è anche vero che le norme elaborate in materia dovrebbero essere meglio formulate per consentirne un'applicazione efficace; al contrario, le aspre sanzioni stabilite per reati noti e invisibili all'opinione pubblica non sono facilmente applicabili, svelando l'uso simbolico del diritto penale in questo caso.

previste dal codice penale⁴⁸: tutti elementi che portano ad individuare nella normativa in esame un classico esempio di uso “simbolico” del diritto penale⁴⁹. Siamo, infatti, in presenza di disposizioni elaborate dietro la spinta di motivazioni contingenti, con la previsione di sanzioni esemplari, ma difficilmente comminabili a causa della non sempre chiara costruzione delle fattispecie vietate.

La scarsissima applicazione di questa disciplina da parte della giurisprudenza – nonostante i fenomeni di discriminazione e razzismo siano tutt'altro che diminuiti – dimostra tutta la debolezza di questo impianto. E se in parte ciò può essere attribuito alla scarsa idoneità del diritto penale nella lotta alle discriminazioni (come meglio si vedrà analizzando la legislazione di Francia e Regno Unito⁵⁰), un simile insuccesso si lega anche all'atteggiamento del legislatore italiano nell'affrontare questi fenomeni, contraddistinto da incertezze e repentine inversioni di rotta. Recentemente, ad esempio, l'art. 13 della legge 24 febbraio 2006, n. 85, nel quadro di un complessivo ridimensionamento dei reati di opinione⁵¹, ha modificato l'art. 3 della l. n. 654/1975⁵², determinando – al contrario di quanto aveva previsto la legge Mancino – un abbassamento dei livelli di tutela⁵³, passando dalla originaria incriminazione della “diffusione” di idee razziste, al più ristretto divieto della

⁴⁸ Lo conferma l'inciso iniziale della norma in esame “Salvo che il fatto non costituisca più grave reato...”. In merito P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Gli atti discriminatori nel diritto civile, alla luce degli artt. 43 e 44 del t.u. sull'immigrazione*, in *Diritto di famiglia e delle persone*, 2002, n. 1, p. 112 ss..

⁴⁹ *Ibidem*; cfr. anche A.G. CHIZZONITI, *Pluralismo confessionale e lotta all'intolleranza religiosa*, cit., p. 355; A. AMBROSI, *Libertà di pensiero e manifestazione di opinioni razziste e xenofobe*, cit., p. 542 ss.

⁵⁰ *Infra*, par. 1.2 e 1.3.

⁵¹ In generale sul tema: A.G. CHIZZONITI, *La tutela penale delle confessioni religiose: prime note alla legge n. 85 del 2006 “Modifiche al codice penale in materia di reati d'opinione”*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesias.*, 2006, n. 2, p. 448 ss.; M. PELISSERO, *Osservazioni critiche sulla legge in tema di reati di opinione: occasioni mancate e incoerenze sistematiche (II)*, in *Diritto penale e processo*, 2006, n. 10, p. 1197 ss.

⁵² Art. 13 della l. n. 85/2006: “1. All'articolo 3, comma 1, della legge 13 ottobre 1975, n. 654, sono apportate le seguenti modificazioni:

a) la lettera a) è sostituita dalla seguente:

«a) con la reclusione fino ad un anno e sei mesi o con la multa fino a 6.000 euro chi propaganda idee fondate sulla superiorità o sull'odio razziale o etnico, ovvero istiga a commettere o commette atti di discriminazione per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi»;

b) alla lettera b), la parola: «incita» è sostituita dalla seguente: «istiga»”.

⁵³ N. FIORITA, *Il diritto antidiscriminatorio in cerca di identità: la religione e le convinzioni personali nella normativa vigente*, in AA.VV., *Il diritto antidiscriminatorio*, Torino, Utet (in corso di pubblicazione); M. PELISSERO, *Osservazioni critiche sulla legge in tema di reati di opinione: occasioni mancate e incoerenze sistematiche*, cit., p. 1205 ss.; C. SALAZAR, *I “destini incrociati” della libertà di espressione e della libertà di religione*, cit., p. 84 ss.

“propaganda”⁵⁴; inoltre, per quanto concerne i reati di discriminazione e di istigazione a discriminare, sono state ridotte le pene edittali con un’evidente incidenza sull’effetto generale preventivo⁵⁵.

Anche quest’ultimo intervento, anziché segnare l’avvio di un generale ripensamento sull’adeguatezza del diritto penale ad affrontare la tutela dalle discriminazioni, sembra essere il sintomo di una tendenza tutta italiana a minimizzare tali problematiche⁵⁶, come confermano anche gli orientamenti giurisprudenziali (non privi di incertezze ed oscillazioni)⁵⁷, nonché alcuni fatti d’attualità⁵⁸. Così, mentre l’uso del diritto penale da parte del legislatore interno appare sempre più marcato da spinte emotive (nel 1993, dalla volontà di mostrare la forza contro la recrudescenza del razzismo, oggi da quella di nascondere la diffusione di sentimenti xenofobi e intolleranti, anche per

⁵⁴ A.G. CHIZZONITI, *La tutela penale delle confessioni religiose*, cit., p. 448-449.

⁵⁵ UFFICIO NAZIONALE ANTIDISCRIMINAZIONI RAZZIALI (UNAR), *Relazione sull’effettiva applicazione del principio della parità di trattamento tra le persone indipendentemente dalla razza e dall’origine etnica e sull’efficacia dei meccanismi di tutela*, presentato al Parlamento il 27 gennaio 2006, Atti parlamentari, Doc. CCXXV, n. 1, p. 23-24; ECRI, *Terzo rapporto sull’Italia*, Strasbourg, Council of Europe, 2006, p. 8 ss. (disponibile sul sito internet http://www.coe.int/t/e/human_rights/ecri/).

⁵⁶ N. FIORITA, *Il diritto antidiscriminatorio in cerca di identità: la religione e le convinzioni personali nella normativa vigente*, cit.; si deve ricordare in proposito che l’intervento legislativo del 2006 è stato dettato da motivazioni di carattere sostanzialmente politico ed emanato poco prima dello scioglimento delle Camere, senza avere avuto alla base una riflessione seria sulle scelte da adottare (cfr. A.G. CHIZZONITI, *La tutela penale delle confessioni religiose*, cit., p. 441).

⁵⁷ Ad es. la Corte di Cassazione ha talvolta ritenuto censurabili espressioni ingiuriose, classificandole come discriminatorie, (tra le altre, Cass. Pen., sez. V, sent. 17 marzo 2006, n. 9381 e Cass. Pen., sez. III, sent. 16 novembre 2006, n. 37733); altrove (Cass. Pen., sez. III, sent. 3 aprile 2007, n. 13678, che ricalca quanto sostenuto nella più nota sent. della quinta sez. penale, n. 44295 del 5 dicembre 2005, ric. “Paoletich”) ha escluso la punibilità di comportamenti simili, ritenendo che per applicare l’art. 3 della l. n. 654/1975 si debba essere in presenza non di una “qualsivoglia condotta che sia o possa apparire contrastante con un ideale di assoluta e perfetta integrazione [...] fra soggetti di diversa razza, etnia, nazionalità o religione”, ma di una condotta “consapevolmente finalizzata e almeno potenzialmente idonea a rendere percepibile e suscitare in altri proprio quel sentimento di odio (e non altri di diversa natura o intensità quali la semplice avversione, l’antipatia, il disprezzo e simili), ovvero a dar luogo al concreto pericolo di immediati o futuri comportamenti discriminatori”. In tema, per tutti, N. FIORITA, *Il diritto antidiscriminatorio in cerca di identità: la religione e le convinzioni personali nella normativa vigente*, cit.

⁵⁸ Basta scorrere le pagine dei quotidiani per osservare come, accanto ad un crescente allarmismo da parte dei media, la serie di episodi di violenza e di intolleranza succedutisi negli ultimi mesi, spesso a danno degli immigrati, anziché innescare una riflessione sugli strumenti di prevenzione e di repressione del razzismo e della xenofobia, ha determinato talvolta tentativi di negare l’esistenza di tali fenomeni in Italia (cfr., tra gli altri, S. RODOTÀ, *L’incubatrice del razzismo*, in *La Repubblica*, 23 settembre 2008, p. 1). È evidente che nella tendenza a minimizzare queste problematiche possa esservi l’influenza di un particolare clima politico, ma è anche vero che il nostro Paese viene “accusato” da più di una organizzazione internazionale (ECRI, *Terzo rapporto sull’Italia*, cit., p. 22 ss.; EUROPEAN FUNDAMENTAL RIGHTS AGENCY (FRA), *Report on Racism and Xenophobia in the Member States of the EU*, FRA 2007, p. 31 e *passim*) di non prendere sul serio i reati a sfondo razzista.

motivazioni politiche), il quadro normativo complessivo sembra caratterizzato da una sordità all'esigenza di disciplinare in modo organico e deciso la lotta alle discriminazioni⁵⁹, tenendo conto della crescente difficoltà di gestire i flussi migratori e di favorire l'integrazione delle minoranze etniche e religiose.

1.2. (segue) in Francia

I divieti di discriminazione sono acquisizione recente dell'ordinamento francese, che li ha mutuati in larghissima parte dal diritto internazionale e comunitario. Difatti, a fronte dell'affermata centralità storica e giuridica del principio di uguaglianza, la nozione di discriminazione è estranea al sistema normativo francese⁶⁰ e, benché sporadicamente utilizzata dalla giurisprudenza⁶¹, è stata specificata solo in sede di attuazione del diritto antidiscriminatorio europeo⁶². Il motivo di questo "ritardo" può essere rintracciato nella peculiare concezione dell'uguaglianza, tutta centrata sull'applicazione di un trattamento giuridico identico per tutti (uguaglianza formale)⁶³: in funzione di questo genere

⁵⁹ F. MARGIOTTA BROGLIO, *La discriminazione di religione e di convinzioni personali*, intervento in *Atti del Convegno "Tra uguaglianza e differenze: il nuovo diritto antidiscriminatorio"*, Firenze, 19 giugno 2006, pubblicazione della Regione Toscana, 2007, p. 32 ss.

⁶⁰ S. LATRAVERSE, *Report on Measures to Combat Discrimination: Directives 2000/43/EC and 2000/78/EC. Country Report France*, European Commission, Brussels, 2007, all'indirizzo internet: http://ec.europa.eu/employment_social/fundamental_rights/pdf/legnet/frep07_en.pdf, p. 3 ss. e *passim*; GROUPE D'ETUDE ET DE LUTTE CONTRE LES DISCRIMINATIONS (GELD), *Le recours au droit dans la lutte contre les discriminations : la question de la preuve*, Note n° 2 du Conseil d'orientation du GELD, Octobre 2000; M. MINE, *Approche juridique de la discrimination raciale au travail : une comparaison France - Royaume-Uni*, in *Travail et Emploi*, 1999, n. 80, p. 91 ss.

⁶¹ In particolare è stato notato che riguardo alla discriminazione razziale si potevano annoverare, almeno precedentemente al recepimento delle direttive comunitarie, pochissime sentenze, tra le quali Cour de cassation, chambre sociale, 8 Aprile 1992, No. 256, "*Boufagher*"; Cour de cassation, chambre sociale, 10 febbraio 1998, n. 78, "*Mohamed Mamri*" (così: GELD, *Le recours au droit dans la lutte contre les discriminations*, cit., p. 17; cfr. in tema anche D. LOCHAK, *Réflexions sur la notion de discrimination*, in *Droit social*, 1987, n. 11, pp. 778 ss.

⁶² Cfr., tra gli altri, C. AUBIN, B. JOLY, *De l'égalité à la non-discrimination: le développement d'une politique européenne et ses effets sur l'approche française*, in *Droit Social*, 2007, n. 12, p. 1299 ss.; K. BERTHOU, *New Hopes for French Anti-Discrimination Law*, in *Int. Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, 2003, p. 109 ss.

⁶³ Sulle origini del principio di uguaglianza e la sua costruzione teorica in Francia si tornerà più diffusamente *infra*, par. 1.4; in dottrina si veda CONSEIL D'ÉTAT, *Sur le principe d'égalité. Extrait du Rapport public 1996*, Paris, La Documentation française, 1998; F. MELIN-SOUCRAMANIEN, *Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Paris-Aix-en-Provence, PUAM, 1997; F. LUCHAIRE, *Un Janus constitutionnel: l'égalité*, in *Revue Droit Public*, 1986, p. 1274 ss.. Sul rapporto tra uguaglianza e divieti di discriminazione nell'ordinamento francese cfr., tra gli altri: S. LATRAVERSE, *Report on Measures to Combat Discrimination: Directives 2000/43/EC and 2000/78/EC. Country Report*

di uguaglianza, il principio di non discriminazione si traduce nel mero divieto di porre in essere trattamenti diversificati tra i cittadini, in ragione - ad esempio - del sesso, dell'origine etnica o della religione⁶⁴. Al contrario, come si è già sottolineato⁶⁵, il diritto internazionale e quello comunitario intendono i divieti di discriminazione come strumenti per raggiungere le pari opportunità, finalizzati ad eliminare non solo e non tanto i trattamenti differenziati, ma quelli deteriori e svantaggiosi per determinate categorie di soggetti: un approccio indirettamente riconosciuto dalla ratifica delle convenzioni internazionali OIL e ONU relative alla discriminazione⁶⁶, ma mai interamente integrato nel diritto interno se non negli ultimi anni. Basti guardare alle (poche) norme emanate in materia precedentemente all'attuazione delle direttive comunitarie, nella quasi totalità delle quali si fa ricorso al termine "distinzione" ("*distinction*") in luogo di quello di "discriminazione"⁶⁷.

Per lo sviluppo del diritto antidiscriminatorio in Francia un ruolo fondamentale è stato, dunque, giocato dal diritto comunitario ed in particolare,

France, cit., p. 3 ss. e *passim*; con particolare riguardo ai rapporti di lavoro, E. DOCKÈS, *Equality in Labour Law: An Economically Efficient Human Right? Reflections from a French Law Perspective*, in *Int. Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, 2002, n. 2, p. 187 ss..

⁶⁴ Peraltro, non tutti i trattamenti differenziati sono vietati: anche la concezione formale dell'uguaglianza li ammette in alcuni casi, e sempre fatto salvo il principio di ragionevolezza (cfr., per quanto riguarda l'ordinamento francese, S. LATRAVERSE, *Report on Measures to Combat Discrimination: Directives 2000/43/EC and 2000/78/EC. Country Report France*, cit., p. 3 ss.; CONSEIL D'ÉTAT, *Sur le principe d'égalité*, cit., p. 37 ss. e p. 51 ss.). Tra le norme che contengono un richiamo a questo principio generale, attribuendo diritti o prevedendo doveri "senza distinzioni" ("*sans distinction*"), si può ricordare l'art. 6 della legge 13 luglio 1983, n. 83-634, relativa ai diritti e doveri dei funzionari pubblici (detta "loi Le Pors") e il Code de l'éducation, approvato nel 2000, il cui articolo L442-1 garantisce l'accesso agli istituti scolastici (anche privati) a tutti, "*sans distinction d'origine, d'opinion ou de croyances*". Ancora si può ricordare la legge 22 dicembre 1972, n. 72-1143 "Loi relative à l'égalité de remuneration entre les hommes et les femmes", che all'art. 2 prevede, per realizzare l'uguaglianza tra donne e uomini nella remunerazione, che quest'ultima sarà stabilita da regole *identiche* per i due sessi.

⁶⁵ *Supra*, cap. I, par. 1 e 4.

⁶⁶ La convenzione OIL n. 111 è stata, peraltro, ratificata dalla Francia solo nel 1981, più di vent'anni dopo la sua firma (legge di approvazione del 15 aprile 1981, n. 81-357, in *Journal Officiel République Française* (JORF), 17 avril 1981; décret de publication n. 82-726 del 17 agosto 1982, JORF, 22 août 1982. Ancora, la Francia ha ratificato la Convenzione ONU sull'eliminazione di tutte le forme di discriminazione razziale del 1965 (legge di approvazione del 28 maggio 1971, n. 71-392; décret de publication n. 71-901 del 2 novembre 1971, JORF, 10 novembre 1971); la Convenzione sull'eliminazione della discriminazione verso le donne del 1979 (legge d'approvazione del 1° luglio 1983, n. 83-561, JORF, 2 juillet 1983; décret de publication n. 83-193 del 12 marzo 1984, JORF, 20 marzo 1984).

⁶⁷ Cfr. le norme richiamate alla nota n. 64. Ancora più emblematico in questo senso l'art. 225-1 del Codice penale (nella versione in vigore dal 1° marzo 1994) che espressamente definisce la discriminazione come una differenziazione tra le persone in ragione di determinati fattori: "*Constitue une discrimination toute distinction opérée entre les personnes...*".

come vedremo, dalle direttive del 2000, il cui recepimento ha determinato sostanziali cambiamenti nell'ordinamento interno. Già precedentemente all'attuazione delle direttive, tuttavia, erano presenti alcune disposizioni che, sia pur in modo limitato, si occupavano della lotta alle discriminazioni. Su queste si sono innestati, in successivi momenti, i nuovi concetti e gli strumenti di tutela predisposti dalla normativa comunitaria.

Per quanto riguarda il divieto di discriminazione religiosa, esso era sancito in due principali ambiti: nel diritto del lavoro e nel diritto penale.

È in quest'ultimo che si è primariamente sviluppato il diritto antidiscriminatorio francese⁶⁸. A partire soprattutto dalla "Loi Pleven" del 1972⁶⁹, emanata ad un anno di distanza dalla ratifica della Convenzione ONU sull'eliminazione di tutte le forme di discriminazione razziale (CERD)⁷⁰, il legislatore francese ha previsto sanzioni penali per una serie di comportamenti discriminatori e di atti collegati al razzismo e all'incitamento all'odio razziale e religioso⁷¹. In seguito, il codice penale adottato nel 1992 ed attualmente in vigore (non modificato, nella sostanza, dalle recenti leggi relative alla discriminazione)⁷², all'art. 225-2 ha individuato una lista (tassativa) di comportamenti discriminatori vietati, quali il rifiuto di fornire beni o servizi, le azioni volte ad ostacolare lo svolgimento di attività economiche, il rifiuto di assumere, il licenziamento, la fornitura di un servizio a condizioni svantaggiose. Al fine di qualificare tali comportamenti come discriminatori, si fa rinvio all'art. 225-1, che definisce la discriminazione come "una distinzione" operata tra le persone fisiche (comma 1°) o giuridiche (comma 2°) in ragione di uno dei fattori

⁶⁸ S. LATRAVERSE, *Report on Measures to Combat Discrimination: Directives 2000/43/EC and 2000/78/EC. Country Report France*, cit., p. 3 ss.

⁶⁹ Legge 1° luglio 1972, n. 72-546, "Loi relative à la lutte contre le racisme", in JORF, 2 luglio 1972.

⁷⁰ Vedi *supra*, nota 66.

⁷¹ Meritano di essere ricordate alcune disposizioni del Codice penale, come modificate dalla già citata "Loi Pleven" e da successive norme, tra cui la legge 12 luglio 1990, n. 90-602 (detta "Loy Gayssot"), che vietavano la discriminazione razziale e religiosa in un campo di applicazione piuttosto ampio. In particolare: l'art. 187-1 del codice vietava alle pubbliche autorità di rifiutare l'accesso ad un diritto a motivo dell'appartenenza religiosa, etnica o nazionale di un individuo; l'art. 416 sanzionava chiunque avesse rifiutato o sottoposto a condizioni la fornitura di un bene o di un servizio, oppure avesse rifiutato l'assunzione o avesse licenziato qualcuno, sempre in ragione dell'appartenenza etnica, religiosa o nazionale.

⁷² Il Codice penale attuale è in vigore dal 1° marzo 1994 ed è stato approvato con legge 16 dicembre 1992, n. 92-1336 ("Loi relative à l'entrée en vigueur du nouveau code pénal et à la modification de certaines dispositions de droit pénal et de procédure pénale rendue nécessaire par cette entrée en vigueur"), in JORF, 23 décembre 1992.

elencati, tra i quali figura l'appartenenza (o non appartenenza), vera o presunta, ad una etnia, nazionalità, razza o religione.

La costruzione di questa norma riflette l'approccio al principio di uguaglianza di cui si è fatto cenno: da un lato l'espressa equivalenza tra "discriminazione" e "distinzione", dall'altro l'assenza di un divieto di discriminazione indiretta che presuppone, al contrario, proprio la previsione di trattamenti diversificati⁷³. Riguardo a quest'ultimo concetto, occorre notare che esso mal si adatta all'ordinamento francese⁷⁴, poiché pone in discussione la generalità e la neutralità delle disposizioni normative, per valutarne l'eventuale impatto negativo su determinate categorie di persone. Questo tipo di discriminazione, inoltre, facendo riferimento ad una dimensione di gruppo, sulla cui base viene misurato lo svantaggio subito, indurrebbe a considerare gli specifici diritti di collettività o di minoranze discriminate, tradizionalmente ignorate dal diritto francese⁷⁵. Si tratta, infine, di un concetto difficile da conciliare con i principi del sistema penale transalpino⁷⁶, che predilige una nozione "soggettiva" della discriminazione, da ricondurre ad un atto intenzionale e non ad una situazione di fatto svantaggiosa⁷⁷.

Proprio la rilevanza dell'intenzionalità dell'atto discriminatorio comporta un ulteriore limite di questa disciplina, concernente la difficile dimostrazione di una discriminazione subita e la mancanza di adeguati strumenti di tutela per le vittime. Poiché, infatti, la normativa penale non prevede alcun meccanismo di

⁷³ Cfr. *supra*, cap. II, par. 2.1.

⁷⁴ M. MINE, *Approche juridique de la discrimination raciale au travail : une comparaison France - Royaume-Uni*, cit., p. 98 ss.

⁷⁵ D. STRAZZARI, *Discriminazione razziale e diritto. Un'indagine comparata per un modello "europeo" dell'antidiscriminazione*, Padova, Cedam, 2008, p. 358 ss.; CONSEIL D'ÉTAT, *Sur le principe d'égalité*, cit., p. 63 ss.

⁷⁶ Sono i principi stessi del diritto penale che determinano alcune caratteristiche delle norme in esame: in primo luogo i principi di legalità e tassatività, che impongono (soprattutto quest'ultimo) una formulazione delle condotte difficilmente conciliabile nel caso delle ipotesi di discriminazione indiretta, in secondo luogo, l'importanza dell'intento discriminatorio per la qualificazione di un comportamento penalmente rilevante (principio generale, espressamente sancito dall'art. 121-3, 1° comma, del Codice penale francese: "*Il n'y a point de crime ou de délit sans intention de le commettre*"; su tali principi cfr. J. PRADEL, *Droit pénal Général*, Paris, CUJAS, 2006 (16° ed.), p. 124 ss.). Questi elementi escludono la presenza di un divieto di discriminazione indiretta nel diritto penale e giustificano la scelta del legislatore francese di inserire nel Codice penale una lista tassativa di comportamenti proibiti, anziché un divieto generale di discriminazione. Tant'è vero che, neppure in seguito alla trasposizione delle direttive del 2000, il Codice penale francese ha previsto un divieto di discriminazione indiretta.

⁷⁷ GELD, *Le recours au droit dans la lutte contre les discriminations : la question de la preuve*, cit., p. 11; M. MINE, *Approche juridique de la discrimination raciale au travail*, cit., p. 97 ss.

alleggerimento dell'onere della prova, in base al principio della presunzione di innocenza spetta a chi agisce in giudizio addurre tutte le prove del caso, compresa quella dell'intenzione di discriminare. Una prova pressoché impossibile da rendere, tanto che le disposizioni antidiscriminatorie del Codice penale si sono rivelate in buona misura inefficaci⁷⁸.

Passando al diritto del lavoro, anche in esso è possibile rinvenire alcune delle lacune ora osservate in ambito penale, quali l'assenza del divieto di discriminazione indiretta e l'insufficienza dei mezzi di tutela delle vittime⁷⁹. Le norme di riferimento in materia sono contenute nel *Code du Travail*⁸⁰. Il Codice, adottato nel 1973, stabiliva inizialmente soltanto l'uguaglianza di retribuzione tra uomini e donne (artt. L140-3 e seguenti); in seguito, l'art. 1 della legge 4 agosto 1982, n. 82-689⁸¹ introduceva nel Codice del lavoro il nuovo art. L122-45, che vietava di licenziare o di applicare sanzioni disciplinari ("sanctionner") ai salariati in ragione della loro origine, sesso, situazione familiare, dell'appartenenza ad un'etnia, razza, nazione, delle loro opinioni politiche, sindacali o delle loro convinzioni religiose⁸².

Due per lo meno le considerazioni in proposito: in primo luogo occorre rilevare che, analogamente a quanto osservato riguardo alla legislazione antidiscriminatoria italiana delle origini, l'art. 122-45 si configurava come norma a protezione dei lavoratori subordinati nei confronti del datore di lavoro⁸³: lo confermano sia il dato letterale (la norma si riferiva espressamente ai soli salariati e ad alcuni comportamenti del datore di lavoro, come il licenziamento ed i provvedimenti disciplinari), sia la sua collocazione nel titolo sulla "*Protection des salariés et droit disciplinaire*". In secondo luogo, si può notare

⁷⁸ GELD, *Le recours au droit dans la lutte contre les discriminations : la question de la preuve*, cit., p. 19 ss.

⁷⁹ Cfr. M. MINE, *Approche juridique de la discrimination raciale au travail*, cit., p. 95.

⁸⁰ Il Codice, approvato con legge 2 gennaio 1973, n. 73-4 (in JORF, 3 gennaio 1973), è stato successivamente e a più riprese emendato; nel 2007 è stato promulgato un nuovo testo del Codice del lavoro (Ordonnance n. 2007-329 du 12 mars 2007, relative au code du travail - partie législative nouvelle) che è entrato in vigore in parte il 1° marzo 2008 e in parte il 1° maggio 2008, e al quale si farà in seguito riferimento per le nuove norme sulla discriminazione. In generale sulle norme del Codice relative al diritto di libertà religiosa cfr. G. DOLE, *La liberté d'opinion et de conscience en droit comparé du travail*, Paris, L.G.D.J., 1997, p. 48 ss.

⁸¹ Loi n°82-689 du 4 août 1982, relative aux libertés des travailleurs dans l'entreprise (detta "*Loi Auroux*"), in JORF, 6 août 1982.

⁸² L'art. L122-45 del Codice del lavoro recitava "Aucun salarié ne peut être sanctionné ou licencié en raison de son origine, de son sexe, de sa situation de famille, de son appartenance à une ethnie, une nation ou une race, de ses opinions politiques, de ses activités syndicales ou de ses convictions religieuses. Toute disposition contraire est nulle de plein droit".

⁸³ Cfr. *supra*, par. 1.1.

che l'art. 122-45 – pur estendendo la tutela antidiscriminatoria a nuovi ambiti, come l'accesso all'impiego⁸⁴ – non sanciva un divieto di discriminazione in senso generale, ma disciplinava alcune specifiche fattispecie, tra le quali assumeva un'importanza centrale il divieto di licenziamento discriminatorio. La norma in esame, peraltro, non utilizzava neppure il termine “discriminazione”, concetto che, così, continuava a non ricevere una definizione stabile e che verrà introdotto nel Codice del Lavoro solo in seguito al recepimento delle direttive comunitarie del 2000.

In questo quadro, che presentava evidenti carenze rispetto al diritto antidiscriminatorio europeo⁸⁵, l'attuazione delle direttive del 2000 ha rappresentato un momento di svolta. La legge 16 novembre 2001, n. 2001-1066⁸⁶, finalizzata al loro recepimento, è intervenuta modificando vari testi legislativi già esistenti, principalmente il Codice del lavoro, così da conformarli al diritto comunitario. Per quanto riguarda il *Code du travail*, si possono enucleare tre fondamentali innovazioni apportate dalla legge n. 2001-1066. In primo luogo, l'inserimento, all'art. 122-45, di un richiamo alla discriminazione indiretta, una nozione, come si è detto, fino a quel momento estranea al diritto francese⁸⁷: si tratta di un passaggio decisivo che, pur senza fornire una vera e propria definizione della discriminazione⁸⁸, apre le porte alla considerazione dei trattamenti svantaggiosi che si verificano “di fatto” e che sono dovuti - come spesso accade per quelli fondati sulla razza e sulla religione - a fattori istituzionali e normativi più che a singoli atti intenzionali. In secondo luogo ha

⁸⁴ La legge 31 dicembre 1992, n. 92-1446 (*JORF*, 1° gennaio 1993) aveva aggiunto alcuni fattori di discriminazione vietati all'art. 122-45 del Codice del lavoro ed ampliato il campo di applicazione del divieto di discriminazione ad alcuni comportamenti, tra cui l'accesso all'impiego.

⁸⁵ Peraltro, è stato notato (K. BERTHOUS, *New Hopes for French Anti-Discrimination Law*, cit., p. 111 ss.) come il diritto del lavoro francese e la giurisprudenza sul tema abbiano assai di rado seguito le tappe dello sviluppo del diritto antidiscriminatorio europeo: ne sono una testimonianza sia la scarsissima giurisprudenza in tema di discriminazioni, sia l'assenza, nelle poche pronunce in merito, di riferimenti ai principi affermati dalla Corte di giustizia CE.

⁸⁶ Loi n. 2001-1066 du 16 novembre 2001, relative à la lutte contre les discriminations, in *JORF*, 17 novembre 2001, p. 18311. Per un inquadramento delle principali modifiche introdotte da questa legge nel diritto antidiscriminatorio francese cfr. COMMISSION NATIONALE CONSULTATIVE DES DROITS DE L'HOMME (CNCDDH), *La lutte contre le racisme et la xénophobie. Rapport d'activité 2001*, Paris, La Documentation Française, 2002, p. 132 ss.

⁸⁷ Cfr., per tutti, C. AUBIN, B. JOLY, *De l'égalité à la non-discrimination: le développement d'une politique européenne et ses effets sur l'approche française*, cit., p. 1299.

⁸⁸ S. LATRAVERSE, *Report on Measures to Combat Discrimination: Directives 2000/43/EC and 2000/78/EC. Country Report France*, p. 16 ss.; D. STRAZZARI, *Discriminazione razziale e diritto*, cit., p. 355 sottolinea che il legislatore francese ha preferito elencare una serie di comportamenti discriminatori piuttosto che misurarsi con il problema di stabilire il significato della discriminazione.

ampliato il campo di applicazione dei divieti di discriminazione, individuando un ampio insieme di comportamenti vietati: l'art. 122-45, infatti, fa riferimento - oltre al rifiuto di assumere, al licenziamento, ai provvedimenti disciplinari - ad una generica categoria di "misure discriminatorie", indicate in un elenco meramente esemplificativo (l'uso dell'avverbio "*notamment*" permette di estendere il divieto di discriminazione anche ad azioni non esplicitamente contemplate)⁸⁹. In terzo luogo, ha provveduto a stabilire alcuni tra i meccanismi che la direttiva 2000/78 prevede a tutela delle vittime della discriminazione, in particolare il divieto di vittimizzazione e l'inversione dell'onere della prova⁹⁰. Alcune di queste novità hanno investito anche altri testi legislativi: ad esempio l'art. 11 della legge n. 2001-1066 ha inserito nell'art. 6 della legge 13 luglio 1983, n. 83-634⁹¹, che vieta la discriminazione nei confronti dei funzionari pubblici, il riferimento alla discriminazione indiretta e il divieto di vittimizzazione.

Come si può notare, la modalità di trasposizione delle direttive in Francia, andando a modificare o integrare le disposizioni previgenti, risulta più lineare

⁸⁹ Il testo dell'art. L122-45 che risulta dalla modifica del 2001 è il seguente: "Aucune personne ne peut être écartée d'une procédure de recrutement ou de l'accès à un stage ou à une période de formation en entreprise, aucun salarié ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire, directe ou indirecte, notamment en matière de rémunération, de formation, de reclassement, d'affectation, de qualification, de classification, de promotion professionnelle, de mutation ou de renouvellement de contrat en raison de son origine, de son sexe, de ses mœurs, de son orientation sexuelle, de son âge, de sa situation de famille, de son appartenance ou de sa non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation ou une race, de ses opinions politiques, de ses activités syndicales ou mutualistes, de ses convictions religieuses, de son apparence physique, de son patronyme ou, sauf inaptitude constatée par le médecin du travail dans le cadre du titre IV du livre II du présent code, en raison de son état de santé ou de son handicap.

Aucun salarié ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire visée à l'alinéa précédent en raison de l'exercice normal du droit de grève.

Aucun salarié ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire pour avoir témoigné des agissements définis aux alinéas précédents ou pour les avoir relatés.

En cas de litige relatif à l'application des alinéas précédents, le salarié concerné ou le candidat à un recrutement, à un stage ou à une période de formation en entreprise présente des éléments de fait laissant supposer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte. Au vu de ces éléments, il incombe à la partie défenderesse de prouver que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination. Le juge forme sa conviction après avoir ordonné, en cas de besoin, toutes les mesures d'instruction qu'il estime utiles.

Toute disposition ou tout acte contraire à l'égard d'un salarié est nul de plein droit".

⁹⁰ Il divieto di vittimizzazione è sancito dall'art. 122-45-2, mentre il comma 3 dell'art. 122-45 vieta di discriminare chi abbia testimoniato atti discriminatori. L'inversione dell'onere della prova è, invece, previsto al comma 4 dell'art. 122-45. Inoltre, sempre tra gli strumenti di tutela delle vittime della discriminazione, la legge n. 2001-1066 ha inserito nel Codice il nuovo art. 122-45-1, relativo alla possibilità che associazioni ed organizzazioni sindacali hanno di intervenire nel giudizio antidiscriminatorio a sostegno della vittima. Su tutti questi strumenti si tornerà più dettagliatamente in seguito.

⁹¹ Loi portant droits et obligations des fonctionnaires, detta "*Loi Le Pors*", in JORF, 14 luglio 1983, p. 2174.

rispetto a quella utilizzata in Italia e non dà origine a sovrapposizioni di norme che rendono difficile nel nostro Paese il corretto utilizzo degli strumenti di tutela antidiscriminatoria. Ciò nonostante è stato osservato che, proprio per la scelta di non riproporre integralmente i parametri europei, alcune novità presenti nelle direttive comunitarie sono “sfuggite” al primo recepimento nell’ordinamento francese⁹². La già richiamata mancanza di una definizione della discriminazione, l’incompletezza della disciplina delle molestie e dei mezzi di tutela delle vittime ne sono un esempio.

Di conseguenza, dopo l’approvazione della legge del 2001, è stata necessaria una ulteriore tappa nella riforma del diritto del lavoro per colmare alcune lacune relative ai divieti di discriminazione. Quest’ultima tappa vede anzitutto l’approvazione, nel 2007, del nuovo Codice del lavoro, che raccoglie le disposizioni sulla discriminazione in un apposito titolo, il terzo del libro primo, rubricato, appunto, “*discriminations*”. Al di là del riordino delle norme di nostro interesse, che assumono indubbiamente una maggiore visibilità, il nuovo Codice inizialmente non ha apportato sostanziali cambiamenti nei concetti e negli strumenti fin qui esaminati. L’art. L1132-1 riproponeva quanto previsto dal vecchio art. 122-45, permanendo privo di una definizione di discriminazione; inoltre, superava solo parzialmente la limitazione *ratione personae* della tutela offerta dalle norme del Codice del lavoro, che riguardavano in origine i soli lavoratori dipendenti⁹³: in apertura del titolo sulle discriminazioni, infatti, l’art. L1131-1 ha specificato le categorie di lavoratori cui si applicano le disposizioni in esso presenti, ma non ha esteso la tutela antidiscriminatoria alla globalità dei soggetti operanti nel settore del lavoro⁹⁴. Le novità più importanti, recentissime, sono ancora una volta il frutto di un intervento dell’Unione europea, che il 31 gennaio 2008 ha avviato una procedura di infrazione nei confronti di alcuni Stati che non avevano attuato in modo corretto le direttive antidiscriminatorie del 2000⁹⁵. A seguito del parere motivato inviato dalla Commissione europea

⁹² COMMISSION NATIONALE CONSULTATIVE DES DROITS DE L’HOMME (CNCDH), *La lutte contre le racisme et la xénophobie. Rapport d’activité 2001*, cit., p. 139.

⁹³ S. LATRAVERSE, *Report on Measures to Combat Discrimination: Directives 2000/43/EC and 2000/78/EC. Country Report France*, cit., p. 33.

⁹⁴ L’art. 1131-1 recita: “Les dispositions du présent titre sont applicables aux employeurs de droit privé ainsi qu’à leurs salariés. Elles sont également applicables au personnel des personnes publiques employé dans les conditions du droit privé”.

⁹⁵ Su questo procedimento cfr. la nota di stampa in OLIR.it – Osservatorio delle Libertà e Istituzioni Religiose, all’indirizzo internet <http://www.olir.it/news/archivio.php?id=1519>; la lista dei punti sui quali il parere motivato della Commissione richiamava gli Stati si può leggere in *Bollettino ADAPT*

alla Francia, il legislatore interno ha approvato la legge 27 maggio 2008, n. 2008-496, "*Loi portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations*"⁹⁶ con la quale si è finalmente provveduto ad integrare l'art. 1132-1 del Codice del lavoro, sopra richiamato, con una definizione della discriminazione diretta ed indiretta, ricalcata sul modello adottato dal diritto comunitario⁹⁷. Sempre la legge n. 2008-496 ha, inoltre, esteso la tutela antidiscriminatoria a "tutte le persone", comprese quindi tutte le categorie di lavoratori⁹⁸.

Se appare prematura una valutazione dei cambiamenti apportati dalla legge del 2008 al diritto antidiscriminatorio francese, si può tuttavia tentare qualche considerazione sulla tecnica adottata dal legislatore interno, che ha abbandonato in questa occasione il metodo solitamente seguito dalla Francia nell'attuazione della normativa comunitaria. Un metodo che, come si è visto, tendeva ad integrare i nuovi divieti ed i nuovi concetti nei testi preesistenti, principalmente nei codici⁹⁹. Probabilmente sotto la spinta dell'urgenza di

della Fondazione Marco Biagi, Newsletter 4 febbraio 2008, n. 4, all'indirizzo internet www.fmb.unimore.it.

⁹⁶ JORF n. 123, 28 mai 2008, p. 8801. In merito all'approvazione di questa legge, cfr. C. HUMMEL, *Rapport d'information n° 252 fait au nom de la délégation aux droits des femmes et à l'égalité des chances entre les hommes et les femmes sur le projet de loi n° 241 (2007-2008) portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations*, Senat de la République, Annexe au procès-verbal de la séance du 1er avril 2008, all'indirizzo internet <http://www.senat.fr/rap/r07-252/r07-2521.pdf>, p. 11 ss., ove si osserva che, in base alle osservazioni presentate dalla Commissione europea, si è reso necessario riprodurre pressoché "mot pour mot" le disposizioni delle direttive comunitarie. D'altra parte – come si è già accennato – la definizione della discriminazione è ritenuta uno dei punti chiave della normativa antidiscriminatoria europea, poiché da essa dipende la costruzione del giudizio antidiscriminatorio e la possibilità di agire per la difesa dei propri diritti.

⁹⁷ L'art. 1132-1 nella versione attualmente in vigore recita: "Aucune personne ne peut être écartée d'une procédure de recrutement ou de l'accès à un stage ou à une période de formation en entreprise, aucun salarié ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire, directe ou indirecte, telle que définie à l'article 1er de la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations, notamment en matière de rémunération, au sens de l'article L. 3221-3, de mesures d'intéressement ou de distribution d'actions, de formation, de reclassement, d'affectation, de qualification, de classification, de promotion professionnelle, de mutation ou de renouvellement de contrat en raison de son origine, de son sexe, de ses moeurs, de son orientation sexuelle, de son âge, de sa situation de famille ou de sa grossesse, de ses caractéristiques génétiques, de son appartenance ou de sa non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation ou une race, de ses opinions politiques, de ses activités syndicales ou mutualistes, de ses convictions religieuses, de son apparence physique, de son nom de famille ou en raison de son état de santé ou de son handicap".

⁹⁸ Art. 5, legge n. 2008-496: "Les articles 1er à 4 et 7 à 10 s'appliquent à toutes les personnes publiques ou privées, y compris celles exerçant une activité professionnelle indépendante".

⁹⁹ C. HUMMEL, *Rapport d'information n° 252*, cit., p. 14 ss.

adeguare questo settore del diritto al dettato comunitario, il legislatore francese ha scelto per la legge n. 2008-496 un inedito approccio “trasversale”, applicando orizzontalmente (in tutti i settori descritti all’art. 2 e, *ex art.* 5, “a tutte le persone”) le nuove nozioni di discriminazione e di molestia, contenute nell’art. 1 della medesima legge. Si è così assicurata l’entrata in vigore delle nuove norme sulla discriminazione in ogni settore previsto dalle direttive comunitarie, senza la necessità di modificare una per una le leggi che contenevano un qualche riferimento alla discriminazione. E’ stato, ad ogni modo, operato un primo ed essenziale coordinamento con le disposizioni preesistenti (quelle del codice del lavoro, modificate dall’art. 6 della legge in esame, quelle del codice penale, *ex art.* 7, e quelle del *Code de la mutualité* per quanto concerne la discriminazione fondata sul sesso), a differenza di quanto è accaduto in Italia.

Tra le norme che hanno marcato il graduale avvicinarsi del diritto antidiscriminatorio francese agli standards europei, va ancora ricordata la “*Loi de modernisation sociale*” del 2002 (legge n. 2002-73), che ha introdotto per la prima volta alcune disposizioni sulle molestie, equiparate alle discriminazioni. Si tornerà più avanti sull’analisi di questa fattispecie, la cui disciplina è stata poi specificata – come si è accennato – dalla legge n. 2008-496; qui basti osservare che anche la nozione di molestia rappresenta una novità di derivazione europea, poiché il diritto francese prevedeva unicamente disposizioni sulle molestie sessuali¹⁰⁰.

Infine, è da sottolineare che, accanto alle norme emanate per recepire il diritto comunitario, il legislatore francese, con una serie di recenti leggi, ha esteso il campo di applicazione dei divieti di discriminazione – compresa quella fondata sulla religione – ad ambiti ulteriori rispetto a quello del lavoro. Così, ad esempio, la legge n. 2002-73 già citata ha modificato la cosiddetta “*Loi Mermaz*” del 1989 vietando la discriminazione nell’accesso all’alloggio¹⁰¹. O, ancora, si è sancito un generalissimo divieto di discriminare nel settore dei servizi sanitari (nuovo art. 1110-3 del *Code de la Santé Publique*, introdotto dalla legge n. 2002-303 sui diritti dei malati¹⁰²).

¹⁰⁰ COMMISSION NATIONALE CONSULTATIVE DES DROITS DE L’HOMME (CNCDH), *La lutte contre le racisme et la xénophobie. Rapport d’activité 2001*, cit., p. 139.

¹⁰¹ Art. 1 della legge “*Mermaz*” relativa ai rapporti di locazione (legge 6 luglio 1989, n. 89-462), come modificato dalla legge 17 gennaio 2002, n. 2002-73, detta “*loi de modernisation sociale*”.

¹⁰² Loi n. 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé.

Da questa rassegna di norme si nota come il metodo di trasposizione solitamente utilizzato dal legislatore francese, operando una modifica delle leggi già in vigore, ha disseminato i divieti di discriminazione in un ampio insieme di atti, estendendone l'efficacia alla quasi totalità del diritto interno (cosiddetto *mainstreaming*)¹⁰³. Resta, ad ogni modo, la resistenza dell'ordinamento francese ad accettare l'uso di concetti ad esso estranei – come quello della discriminazione indiretta – definiti solo di recente, e apparentemente *oborto collo*, per adeguarsi alle raccomandazioni di Bruxelles. Una resistenza che, relativamente ai fattori religioso e razziale, può essere il sintomo di un approccio tutto peculiare di questo Paese ai problemi delle diversità e dell'integrazione¹⁰⁴.

1.3. (segue) nel Regno Unito

Dei tre ordinamenti oggetto di questa analisi, il Regno Unito risulta indubbiamente quello con un diritto antidiscriminatorio maggiormente sviluppato: l'adozione di specifiche leggi in materia è avvenuta prima che altrove ed una prassi decennale ha permesso l'individuazione di molti importanti strumenti di tutela. L'ordinamento britannico è sempre apparso all'avanguardia nell'elaborazione dei concetti chiave del diritto antidiscriminatorio¹⁰⁵, molti dei quali di chiara derivazione statunitense¹⁰⁶, tanto che molte delle definizioni poi confluite nelle direttive comunitarie del 2000 sono state suggerite da esperti anglosassoni¹⁰⁷.

I primi interventi legislativi in materia risalgono agli anni '60 e si riferiscono essenzialmente a due tipologie di discriminazione: quella fondata sulla razza e quella di genere. Nel 1965 fu approvata la prima versione del *Race Relations Act*, seguita da quella del 1968 e da una terza, quella del 1976 tuttora in

¹⁰³ K. BERTHOU, *New Hopes for French Anti-Discrimination Law*, cit., p. 112 ss.; in generale sul tema: D. STRAZZARI, *Discriminazione razziale e diritto*, cit., p. 104 ss..

¹⁰⁴ Cfr., per tutti, CONSEIL D'ÉTAT, *Sur le principe d'égalité*, cit., p. 67 ss.

¹⁰⁵ Sulle origini del diritto antidiscriminatorio britannico e sulle nozioni utilizzate cfr. B. HEPPLE, S. FREDMAN, *Labour law and industrial relations in Great Britain*, Deventer - Boston, Kluwer, 1992, p. 179 ss..

¹⁰⁶ D. STRAZZARI, *Discriminazione razziale e diritto*, cit., p. 60 ss.

¹⁰⁷ D. SCHIEK, L. WADDINGTON, M. BELL *et al.* (eds), *Cases, materials and Text on National, Supranational and International Non-Discrimination Law*, cit., p. 14 ss.

vigore (“*Race Relations Act 1976*”, del 22 novembre 1976, successivamente emendato nel 2000 e nel 2003)¹⁰⁸; relativamente alla discriminazione tra uomini e donne, si deve ricordare l’*Equal Pay Act* del 1970 sull’uguaglianza di retribuzione, ed il *Sex Discrimination Act* nel 1975 (anch’essi successivamente modificati)¹⁰⁹. Quest’ultima tipologia di norme era comune agli Stati europei, e disciplinata anche dal diritto comunitario¹¹⁰, almeno per quanto riguarda i rapporti di lavoro; appare, invece, del tutto peculiare la presenza nel Regno Unito di una normativa dettagliata concernente la discriminazione razziale.

La motivazione storica dell’elaborazione del *Race Relations Act* è certamente da individuare nelle caratteristiche della società inglese che, al termine del secondo conflitto mondiale, si trovava a dover governare una massiccia immigrazione proveniente dalle ex colonie e la conseguente frammentazione etnica del tessuto sociale¹¹¹. Il fenomeno migratorio – presente, peraltro, in termini simili anche in Francia – non basta però da solo a spiegare la

¹⁰⁸ Per una ricostruzione del quadro normativo in materia di discriminazione razziale cfr. D. STRAZZARI, *Discriminazione razziale e diritto*, cit., p. 320 ss.

¹⁰⁹ Un’altra tipologia di discriminazione vietata in Gran Bretagna già prima della trasposizione delle direttive era quella fondata sulla disabilità, sulla quale, tuttavia, si è legiferato solo in tempi più recenti (*Disability Discrimination Act 1995* e successive modifiche). Una tabella completa di tutte le principali norme del diritto antidiscriminatorio del Regno Unito è in C. O’CINNEIDE, *Report on Measures to Combat Discrimination: Directives 2000/43/EC and 2000/78/EC. Country Report United Kingdom. State of affairs up to 8 January 2007*, European Commission, Brussels, 2007, all’indirizzo internet: http://ec.europa.eu/employment_social/fundamental_rights/pdf/legnet/ukrep07_en.pdf, annex 1.

¹¹⁰ Occorre ricordare che il Regno Unito, a differenza di Italia e Francia, non è membro fondatore delle Comunità europee, ma vi aderì nel 1973. A partire da quella data, dunque, il legislatore britannico ha dovuto apportare le necessarie modifiche per adeguare il diritto interno alle norme antidiscriminatorie già sviluppatesi nell’ordinamento comunitario. Cfr. in merito S. FREDMAN, *Discrimination law*, Oxford, OUP, 2002, p. 32 ss.

¹¹¹ La differenziazione etnica e culturale verificatasi nella società britannica si accompagnava con una situazione del tutto peculiare dal punto di vista delle politiche della cittadinanza: difatti, i primi immigrati, giunti nella “madrepatria” già nell’immediato dopoguerra, erano a tutti gli effetti di nazionalità britannica, in base alla nozione di “British subject”, in vigore durante l’epoca coloniale ed abolita solo alla fine degli anni ’40. Il loro trattamento, se all’inizio fu equiparato a quello dei cittadini inglesi, col tempo subì un deterioramento, anche in conseguenza di politiche migratorie più restrittive, elaborate negli anni ’60 per far fronte ad una fase di minore sviluppo economico. Gli immigrati continuavano, così, a rappresentare la fonte di manodopera a basso costo per l’economia inglese, ma non potevano più godere automaticamente dello status di cittadini ed iniziavano a richiedere migliori condizioni di vita, pari opportunità sul lavoro e nella scuola, protezione dagli episodi di razzismo che talvolta si verificavano nei loro confronti. In altre parole, nel Regno Unito si era posto, prima che altrove, il problema della convivenza multiculturale, al quale si dette una prima risposta con le leggi sulla discriminazione razziale. Per una ricostruzione sintetica ed efficace delle politiche migratorie del Regno Unito e della legislazione elaborata in materia a partire dal secondo dopoguerra cfr. S. FREDMAN, *Discrimination law*, cit., p. 39 ss.; cfr. anche D. STRAZZARI, *Discriminazione razziale e diritto*, cit., p. 320 ss..

nascita ed il rapido sviluppo del diritto antidiscriminatorio nel Regno Unito; con esso concorrono, infatti, anche elementi più strettamente giuridici, legati alle caratteristiche di questo ordinamento ed al suo approccio ai diritti fondamentali. Senza pretesa di esaminare esaustivamente il tema¹¹², si possono individuare, in estrema sintesi, due punti essenziali ai fini della nostra analisi. Anzitutto occorre osservare che nell'ordinamento britannico i diritti dell'individuo si fondano spesso nella *common law* e non ricevono alcuna garanzia scritta, né sono sanciti da una fonte di rango costituzionale¹¹³, con la conseguenza che la loro estensione sarà più o meno ampia a seconda della presenza di limitazioni derivanti da altri diritti, dalle leggi scritte, dalle prassi amministrative. In secondo luogo, il principio della *rule of law* impone che ogni esercizio del potere debba essere autorizzato dalla legge; e dunque *a contrario*, se non esiste una limitazione stabilita per legge, le singole libertà finiscono coll'acquisire la massima estensione possibile¹¹⁴. In base a quest'ultimo principio, nello scontro che solitamente si verifica tra la libertà contrattuale e la non discriminazione, sarà la prima a prevalere, a meno che una legge non disponga in contrario¹¹⁵. Per questo motivo, ben presto il legislatore britannico avvertì la necessità di elaborare disposizioni antidiscriminatorie che, imponendo precisi vincoli all'autonomia privata, tutelassero le categorie deboli (*in primis*, le minoranze razziali)¹¹⁶.

¹¹² Per approfondimenti relativi alla protezione dei diritti fondamentali nell'ordinamento britannico cfr., per tutti: A. LESTER, K. BEATTIE, *Human Rights and the British Constitution*, in *The changing constitution*, ed. by J. JOWELL, D. OLIVER, Oxford, OUP, 2007, p. 59 ss. (e *ivi* per altri contributi sulle caratteristiche dell'ordinamento inglese); M. PATRONO, *La forza dei diritti. Il Regno Unito dalla Rule of Law allo Human Rights Act 1998: sulle tracce di un lungo inseguimento*, in *La Costituzione britannica - The British Constitution*, Atti del Convegno dell'Associazione di Diritto pubblico comparato ed europeo, a cura di A. TORRE, L. VOLPE, Torino, Giappichelli, 2005, vol. I, p. 75 ss.

¹¹³ M. PATRONO, *La forza dei diritti. Il Regno Unito dalla Rule of Law allo Human Rights Act 1998*, cit., p. 80 ss.

¹¹⁴ *Ibidem*; cfr. anche F. ROSA, *Lo Human Rights Act e il processo di internazionalizzazione dei diritti fondamentali*, in *Politica del dir.*, 2000, n. 4, p. 682.

¹¹⁵ P. LEYLAND, *Civil Liberties and Human Rights: the Parliamentary Legacy Re-examined*, in *La Costituzione Britannica*, a cura di A. TORRE, L. VOLPE, cit., p. 119 ss.

¹¹⁶ Come notato da S. FREDMAN, *Discrimination law*, cit., p. 82 ss., l'assenza di un principio generale di uguaglianza applicabile anche ai privati ha determinato l'elaborazione di varie specifiche norme antidiscriminatorie da parte del legislatore britannico; esse contengono solitamente una serie di obblighi per diverse categorie di soggetti (pubbliche autorità, datori di lavoro, ordini professionali), la cui libertà d'azione è vincolata al rispetto della non-discriminazione.

Tra queste disposizioni è mancato fino a tempi recenti il divieto di discriminazione religiosa¹¹⁷, introdotto, come vedremo, solo in occasione della trasposizione delle direttive comunitarie del 2000. L'unica legge che se ne occupava era il *Fair Employment Act* 1976 (successivamente sostituito da un nuovo *Act* del 1989 e poi dal *Fair Employment and Treatment Order* 1998, modificato nel 2003 e tuttora in vigore), emanato per l'Irlanda del Nord, dove i contrasti tra cattolici e protestanti, sfociati spesso in episodi di violenza, evidenziavano la necessità di regolare i rapporti tra le diverse comunità religiose, la loro partecipazione alla vita pubblica e la parità di condizioni nell'occupazione e nel settore educativo¹¹⁸. Nell'Irlanda del Nord, la legislazione antidiscriminatoria ha, perciò, seguito un percorso totalmente differente rispetto alla Gran Bretagna, attribuendo un ruolo centrale proprio al divieto di discriminazione religiosa, a partire dal settore chiave del lavoro. Delle peculiarità di questa legislazione – sulla quale si avrà modo di tornare in seguito¹¹⁹ – ha tenuto conto anche il legislatore comunitario, che ha espressamente escluso dall'applicazione della direttiva 2000/78 le disposizioni di diritto interno che stabiliscono un sistema di quote per garantire la presenza di cattolici – storicamente sottorappresentati – nelle forze di polizia (art. 15, dir. 2000/78).

Al contrario, in Gran Bretagna la gestione delle diversità culturali e religiose è stata a lungo affrontata unicamente dal punto di vista dei diritti delle comunità etniche e nazionali. La rilevanza del fattore religioso nelle relazioni etniche è emersa solo negli ultimi decenni, in parallelo con la centralità che la religione ha assunto anche a livello globale¹²⁰. A questo proposito sono stati evidenziati alcuni elementi, che possono spiegare l'assenza di questa tipologia di discriminazione nel diritto inglese. Da un lato si è notato che in Gran Bretagna la religione raramente è stata causa scatenante di contrasti sociali di rilievo; al

¹¹⁷ ST. J. A. ROBILIARD, *Should Parliament Enact a Religious Discrimination Act?*, in *Public Law*, 1978, p. 379 ss.

¹¹⁸ S. FREDMAN, *Discrimination law*, cit., p. 143 ss.; C. O'CONNOR, *Report on Measures to Combat Discrimination: Directives 2000/43/EC and 2000/78/EC. Country Report United Kingdom*, p. 2; B. HEPPLE, M. COUSSEY, T. CHOUDHURY, *Equality: a new framework. Report of the Independent Review of the Enforcement of UK Anti-Discrimination Legislation*, Oxford-Portland, Hart, 2000, p. 67 ss.; cfr. anche gli autori citati infra, cap. IV, par. 1.

¹¹⁹ Cfr. *infra*, cap. IV, par. 1.

¹²⁰ P. WELLER, *The dimension and Dynamics of Religious discrimination: Findings and Analysis from the UK*, in N. GHANEA, *The Challenge of Religious Discrimination at the Dawn of the New Millennium*, Leiden-Boston, Martinus Nijhoff, 2003, p. 61 ss.

contrario, è sempre prevalsa la percezione di una tendenziale omogeneità culturale e religiosa della società britannica, o comunque di un Paese tollerante ed aperto quando tale omogeneità è venuta meno¹²¹. Probabilmente su questa concezione pesa il peculiare “panorama” confessionale del Regno Unito, specialmente il carattere di Chiesa di Stato attribuito alla Chiesa Anglicana e la tradizionale equiparazione dell'identità nazionale con quella religiosa¹²². Ciò può aver determinato la scelta politica di ignorare l'utilità di una legislazione sull'uguaglianza e la non discriminazione religiosa, che tenesse conto delle esigenze delle religioni di minoranza. Dall'altro lato, occorre notare che caratteristiche religiose ed etniche di alcuni gruppi presenti in Gran Bretagna venivano spesso confuse e che il problema delle diversità religiose era affrontato attraverso la legislazione sulla discriminazione razziale¹²³. In qualche noto caso giurisprudenziale, ad esempio, grazie ad un'interpretazione estensiva del concetto di “razza”, nella quale erano state ricomprese le tradizioni culturali e religiose di un gruppo, ebrei e Sikh avevano ottenuto di essere classificati come gruppo etnico, protetto dal *Race Relations Act*¹²⁴. Una simile operazione, evidentemente, poteva essere fatta solo per quelle religioni che avevano un legame con l'identità di un determinato gruppo; così operando però rimanevano fuori dalla tutela antidiscriminatoria un ampio insieme di convinzioni religiose, oltre che filosofiche e personali in senso lato.

Al di là dell'assenza di una normativa specifica sulla discriminazione religiosa, va altresì rilevata quella di un generico divieto di discriminazione “orizzontale”, che avrebbe potuto tutelare, all'interno di un determinato ambito di applicazione, come quello del lavoro, la parità di trattamento fondata su vari fattori. Il diritto antidiscriminatorio britannico, in realtà, ha sempre adottato un approccio verticale, “*ground-based*”, predisponendo, cioè, una legge per ogni

¹²¹ P. WELLER, *The dimension and Dynamics of Religious discrimination: Findings and Analysis from the UK*, cit., p. 59 ss.; S. FREDMAN, *Discrimination law*, cit., p. 36.

¹²² P. WELLER, *The dimension and Dynamics of Religious discrimination: Findings and Analysis from the UK*, cit., p. 60; J. REX, *La sociologia politica di una società multiculturale: l'esempio britannico*, in T. BONAZZI, M. DUNNE (a cura di), *Cittadinanza e diritti nelle società multiculturale*, Bologna, Il Mulino, 1994, p. 136 ss.

¹²³ B. HEPPLE, M. COUSSEY, T. CHOUDHURY, *Equality: a new framework*, cit., p. 47 ss.

¹²⁴ Così nella sentenza della House of Lords, 24 marzo 1982, “*Mandla v. Dowell-Lee*”. In proposito, tra i molti contributi, cfr. H. BEYNON, N. LOVE, *Mandla and the Meaning of “Racial Group”*, in *Law Quarterly Review*, 1984, p. 120 ss.; M. BELL, *Diversity of religion and belief at work – the new legal framework*, in A. MCCOLGAN (ed. by), *Achieving Equality at work*, London, Institute of Employment Rights, 2003, p. 51 ss.; D. STRAZZARI, *Discriminazione razziale e diritto*, cit., p. 325 ss.

fattore di discriminazione vietato¹²⁵; una prospettiva mantenuta, come vedremo, anche nel recepimento delle direttive comunitarie del 2000. A tutela del sentimento religioso dei lavoratori potevano intervenire le disposizioni che vietavano il licenziamento motivato (anche) dalla religione (art. 58 del “*Employment Protection (Consolidation) Act*”, c. 38, del 1978)¹²⁶, o il trattamento sfavorevole nei confronti degli insegnanti in ragione delle loro credenze (art. 146 del “*Education Act 1996*”, c. 56¹²⁷), disposizioni che riguardavano, però, solo alcune specifiche fattispecie¹²⁸. In proposito, si è notato che nel Regno Unito non era presente un principio generale di non discriminazione, applicabile anche agli individui, ma solo quello di uguaglianza formale, rivolto al legislatore e sostanzialmente corrispondente ad un criterio di ragionevolezza, che appare congeniale al funzionamento del principio della *rule of law* e della supremazia del Parlamento nell’ordinamento inglese¹²⁹. Un cambiamento importante in questo senso si è verificato con l’approvazione dello “*Human Rights Act*” del 1998, che ha reso efficace la Convenzione europea dei diritti dell’uomo (CEDU) nell’ordinamento britannico, e con essa il divieto di discriminazione religiosa derivante dal combinato disposto degli artt. 9 e 14 della CEDU. Tuttavia, lo “*Human Rights Act*” vincola soltanto le pubbliche autorità (legislatore, giudici, pubblica amministrazione) al rispetto dei diritti sanciti dalla Convenzione europea, con la conseguenza che i cittadini potranno agire in difesa dei propri diritti soltanto nei confronti dei pubblici poteri, e non anche quando vi sia una controversia tra privati¹³⁰. Inoltre, come si è già notato relativamente all’art. 14

¹²⁵ A. MCCOLGAN, *Reconfiguring Discrimination Law*, in *Public Law*, 2007, p. 75 ss.

¹²⁶ N. DOE, *The Legal Framework of the Church of England*, Oxford, Clarendon, 1996, p. 273.

¹²⁷ Già in precedenza l’“*Education Act 1944*”.

¹²⁸ Per quanto riguarda, in particolare, la legge sull’impiego, l’art. 58 citato si riferiva unicamente al licenziamento seguito al rifiuto – per ragioni di coscienza e di religione – del lavoratore di aderire ad un sindacato od altra organizzazione di settore (cfr. ST. J. A. ROBILLIARD, *Should Parliament Enact a Religious Discrimination Act?*, cit., p. 387 ss.).

¹²⁹ LORD LESTER OF HERNE HILL, *Equality and United Kingdom Law: Past, Present and Future*, in *Public Law*, 2001, p. 85 ss.; J. JOWELL, *Is Equality a Constitutional Principle?*, in *Current Legal Problems*, 1994, p. 3 ss.; S. FREDMAN, *Discrimination law*, cit., p. 4 ss.; per un inquadramento generale cfr. anche C. O’CINNEIDE, *Report on Measures to Combat Discrimination: Directives 2000/43/EC and 2000/78/EC. Country Report United Kingdom*, European Commission, Brussels, 2007, p. 12 ss. (all’indirizzo internet: http://ec.europa.eu/employment_social/fundamental_rights/pdf/legnet/ukrep07_en.pdf).

¹³⁰ I limiti posti alla cosiddetta *incorporation* della CEDU nell’ordinamento inglese sono dovuti in parte alla peculiare concezione della tutela dei diritti fondamentali qui affermata, diametralmente opposta all’approccio del Consiglio d’Europa e degli Stati di civil law. In particolare, oltre a quanto già ricordato più sopra, è estraneo al Regno Unito il principio della “*judicial review*”, ovvero del sindacato “costituzionale” sulle leggi, mentre la supremazia del Parlamento e della *rule of law* ha determinato una certa resistenza ad accettare un sistema giurisdizionale esterno (e sovra-ordinato)

CEDU¹³¹, questo vieta la discriminazione subita dal soggetto nel godimento dei diritti contenuti nella Convenzione, e non può quindi fornire protezione se non in collegamento con questi ultimi. Allo stesso modo andrà intesa una sua eventuale applicazione alle controversie sorte nell'ordinamento interno. Di conseguenza, si è osservato che lo *Human Rights Act* è stato, finora, scarsamente efficace nella tutela dalla discriminazione religiosa nei rapporti tra privati, ed in particolare nell'ambito del lavoro¹³².

È, dunque, con la trasposizione delle direttive comunitarie che è stata introdotta, attraverso il regolamento del 26 luglio 2003, "*Employment Equality (Religion and Belief) Regulations 2003*", una normativa organica sulla discriminazione religiosa¹³³. Come si è accennato, anche in questa occasione il legislatore ha scelto di adottare un approccio verticale, basato sul singolo fattore di discriminazione, sebbene la direttiva 2000/78 avesse una struttura del tutto opposta. A fianco del regolamento appena citato, ulteriori provvedimenti normativi hanno successivamente disciplinato i restanti fattori di rischio considerati dalle direttive: nel 2003 un regolamento che modifica il *Race Relations Act* ed uno relativo all'orientamento sessuale; nel 2005 il regolamento sulla discriminazione fondata sulla disabilità; nel 2006 quello relativo alla discriminazione per motivi di età¹³⁴. Questo metodo di trasposizione presenta alcuni vantaggi, tra cui quello di poter considerare gli specifici problemi relativi alle singole tipologie di trattamenti discriminatori; tuttavia si deve rilevare che il

come quello previsto dalla CEDU. Una resistenza vinta soltanto in parte con l'approvazione dello *Human Rights Act*, che consente, infatti, ad ogni cittadino britannico di agire in giudizio per una violazione dei diritti riconosciuti nella CEDU, ma soltanto nei confronti delle pubbliche autorità. Del medesimo atteggiamento è prova l'apposizione da parte del Regno Unito di alcune clausole di opt-out alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, nelle quali si ribadiscono alcuni confini che la Corte di giustizia non può oltrepassare in un eventuale giudizio sulla legislazione interna, anche qualora questa fosse in contrasto con i diritti sanciti nella Carta. Su questi aspetti e per ulteriori riferimenti bibliografici cfr. F. ROSA, *Lo Human Rights Act e il processo di internazionalizzazione dei diritti fondamentali*, cit., p. 679 ss.; S. FREDMAN, *Discrimination law*, cit., p. 85 ss.

¹³¹ *Supra*, cap. I, par. 1.

¹³² K. EWING, *The Human Rights Act and Labour Law*, in *Industrial Law Journal*, 1998, p. 275 ss.

¹³³ Per un commento si veda L. VICKERS, *Freedom of Religion and the Workplace: The Draft Employment Equality (Religion or Belief) Regulations 2003*, in *Industrial Law Journal*, 2003, 1, p. 23 ss.; L. VICKERS, *The Employment Equality (Religion or Belief) Regulations 2003*, in *Industrial Law Journal*, 2003, 3, p. 188 ss."

¹³⁴ Nell'ordine: "Race Relations Act 1976 (Amendment) Regulations 2003"; "Employment Equality (Sexual Orientation) Regulations 2003"; "Disability Discrimination Act 1995 (Amendment) Regulations 2003" e "Disability Discrimination Act 2005"; "Employment Equality (Age) Regulations 2006".

quadro normativo che ne deriva risulta piuttosto frammentato ed incapace di affrontare alcuni problemi, come i casi di discriminazione multipla (che si verifica quando un trattamento sfavorevole è riconducibile a più elementi, ad esempio il sesso femminile e l'appartenenza ad una religione di minoranza)¹³⁵. Inoltre, negli atti appena citati le definizioni dei comportamenti vietati (discriminazione diretta ed indiretta, molestie, vittimizzazione, ecc.) sono formulate in modo lievemente differente le une dalle altre, cosicché a seconda del fattore di discriminazione la ricostruzione dei comportamenti discriminatori può seguire criteri diversi ed individuare livelli di tutela non omogenei. Alla luce di queste osservazioni, esperti ed associazioni che si occupano delle tematiche in esame hanno proposto ripetutamente al governo britannico di avviare l'elaborazione di una legge antidiscriminatoria unica ("*Single Equality Act*")¹³⁶. Una strada che per il momento non sembra destinata ad essere intrapresa, pur essendo state avviate consultazioni ufficiali in merito¹³⁷.

Tornando all'"*Employment Equality (Religion and Belief) Regulation 2003*", si può notare che il legislatore britannico, seguendo la direttiva 2000/78, ha vietato la discriminazione fondata sulla religione e la credenza nel settore del lavoro. Quest'ultimo è indubbiamente il terreno privilegiato per lo sviluppo di queste norme¹³⁸ e – come si è visto – il punto di riferimento centrale per il diritto antidiscriminatorio dell'UE; tuttavia, mentre altri Stati membri si sono limitati a rispondere agli obblighi derivanti dalle direttive comunitarie, l'intervento del Regno Unito contro la discriminazione religiosa si è esteso anche ad ambiti ulteriori rispetto a quello dell'impiego. In particolare, una nuova legge approvata nel 2006, l'"*Equality Act 2006*"¹³⁹, vieta la discriminazione fondata su

¹³⁵ In tema, per tutti, COMMISSIONE EUROPEA, *Tackling multiple discrimination*, Luxembourg, European Communities OPOEC, 2007 (all'indirizzo internet http://ec.europa.eu/employment_social/fundamental_rights/pdf/pubst/stud/multidis_en.pdf).

¹³⁶ M. BELL, *Diversity of religion and belief at work – the new legal framework*, cit., p. 64-65; B. HEPPLER, M. COUSSEY, T. CHOUDHURY, *Equality: a new framework*, cit., p. 21 ss.; S. HANNET, *Equality at the Intersections: the Legislative and Judicial Failure to Tackle Multiple Discrimination*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, 2003, n. 1, p. 65 ss.

¹³⁷ Cfr. C. MCCRUDDEN, *Equality Legislation and Reflexive Regulation: a Response to the Discrimination Law Review's Consultative Paper*, in *Industrial Law Journal*, 2007, n. 3, p. 255 ss.

¹³⁸ Così è stato anche per il fattore razziale (il Race Relations Act in origine era relativo solo all'accesso ai luoghi pubblici, nella versione del 1976 ha offerto una tutela nel settore del lavoro; in seguito, dopo le modifiche del 2000 e del 2003, anche nell'accesso a beni servizi ed educazione) (S. FREDMAN, *Discrimination law*, cit., p. 83)

¹³⁹ Legge 16 febbraio 2006, c. 3. In merito R. SANDBERG, *To Equality and Beyond: Religious Discrimination and the Equality Act 2006*, in *Ecclesiastical Law Journal*, 2006, 8, p. 470 ss., nonché, per

religione e credenza nell'accesso ai beni e servizi, nel campo dell'educazione e riguardo all'attività dei pubblici poteri. Ciò dimostra quanto questa forma di discriminazione, precedentemente estranea al diritto interno, sia stata considerata seriamente quale minaccia alla pacifica convivenza e perciò vietata in molti ambiti anche non considerati dal diritto comunitario¹⁴⁰.

Il recepimento delle direttive del 2000 non ha determinato soltanto l'introduzione di nuovi divieti di discriminazione nell'ordinamento britannico, ma anche l'ampliamento del campo di applicazione di quelli già esistenti o la specificazione degli strumenti di tutela. Il *Race Relations Act* del 1976, ad esempio, è stato modificato con l'aggiunta del divieto di discriminare da parte delle pubbliche autorità e nell'accesso ai servizi sociali, in base a quanto previsto dalla direttiva 2000/43¹⁴¹; vi sono state, successivamente, introdotte nuove disposizioni circa gli strumenti processuali di garanzia dalla discriminazione e le definizioni della discriminazione e degli altri comportamenti vietati sono state allineate a quelle adottate dal legislatore comunitario. Un'operazione che pare più semplice nel Regno Unito che altrove, poiché si sviluppa su un tessuto normativo che già conosce i divieti di discriminazione e le difficoltà nel predisporre un giudizio antidiscriminatorio. Anche riguardo ad un fattore di discriminazione "nuovo" come la religione, il legislatore britannico sembra saper gestire agevolmente definizioni e meccanismi di tutela, tanto da non ricalcare alla lettera l'articolato delle direttive. Come vedremo, i divieti sanciti dal Regolamento del 2003 e dall'*Equality Act* 2006 tengono ampiamente conto delle peculiarità del fattore religioso¹⁴².

una prima lettura, S. COGLIEVINA, *L'Equality Act 2006 ed il divieto di discriminazione religiosa*, in *Quaderni di diritto e pol. eccl.*, 2006, n. 2, p. 425 ss.

¹⁴⁰ A tal proposito si ricorda che, contestualmente all'*Equality Act 2006*, è stato approvato il *Racial and Religious Hatred Act 2006* (le due leggi recano entrambe la data del 16 febbraio 2006), che vieta, oltre alle espressioni e comportamenti razzisti, l'incitamento all'odio motivato dalla religione. Pur non facendo riferimento esplicito alla discriminazione, il *Racial and Religious Hatred Act 2006* ha in ogni caso esteso la tutela del fattore religioso anche in caso di espressioni di odio ed intolleranza e prevede ipotesi di reato che, come si è visto per la legge italiana n. 654/1975, possono essere riconosciute ai divieti di discriminazione *stricto sensu*. In tema cfr. A. GIANFREDA, *Il "Racial and Religious Hatred Act 2006": il dibattito parlamentare e il testo approvato*, in *Quaderni di diritto e pol. eccl.*, 2006, n. 2, p. 407 ss.; A. JEREMY, *Practical Implications of the Enactment of the Racial and Religious Hatred Act 2006*, in *Ecclesiastical Law Journal*, 2007, vol. 9, n. 2, p. 187 ss.

¹⁴¹ C. O'CONNOR, *Report on Measures to Combat Discrimination: Directives 2000/43/EC and 2000/78/EC. Country Report United Kingdom*, cit., p. 59.

¹⁴² In tema mi permetto di rinviare al mio *L'Equality Act 2006 ed il divieto di discriminazione religiosa*, cit., p. 428 ss.

1.4. Principio di uguaglianza e divieti di discriminazione. Il rapporto tra normativa antidiscriminatoria e concetto di uguaglianza nei tre Stati

Le profonde differenze tra le leggi di attuazione delle direttive, emerse dall'analisi fin qui svolta, sono determinate non solo dalle caratteristiche degli ordinamenti giuridici degli Stati membri o da una più o meno ampia esperienza maturata in proposito, ma anche dalla diversa interpretazione del principio di uguaglianza, del quale i divieti di discriminazione costituiscono una estrinsecazione. Per comprendere in che misura detto principio abbia inciso sulla elaborazione della normativa antidiscriminatoria interna, orientando le scelte del legislatore relativamente ad alcuni profili, è necessaria una breve analisi delle "tradizioni costituzionali" in materia nei tre Stati considerati¹⁴³.

La Costituzione italiana sancisce il principio di uguaglianza all'art. 3, precisandone in due commi diversi l'accezione formale (comma 1) e quella sostanziale (comma 2). Il primo comma prevede che "tutti i cittadini hanno pari dignità sociale e sono eguali davanti alla legge, senza distinzione di sesso, di razza, di lingua, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali e sociali", stabilendo *in primis* l'obbligo per il legislatore di emanare norme universali ed astratte, alle quali tutti siano ugualmente soggetti¹⁴⁴. L'art. 3.1, inoltre, elenca una serie di caratteristiche, tra cui la razza e la religione, che il legislatore non può utilizzare per operare differenziazioni tra i cittadini. Questo secondo vincolo, che riguarda i contenuti delle norme, non è però da ritenersi

¹⁴³ Faccio qui riferimento all'espressione "tradizioni costituzionali" (come noto, impiegata dal diritto dell'Unione europea, all'art. 6 del TUE) per sottolineare che il significato del principio di uguaglianza – nei singoli Stati, così come a livello sopranazionale – non emerge soltanto dalle norme delle Costituzioni, ma anche dalla prassi e dalla dottrina. Queste ultime, poi, contribuiscono in via esclusiva a ricostruire la lettura britannica del principio in questione, dato che in tale ordinamento giuridico non esiste una Costituzione scritta.

¹⁴⁴ La dottrina ha sottolineato che l'uguaglianza "davanti alla legge" si compone di due aspetti: l'obbligo per il legislatore di elaborare leggi universali e l'obbligo di applicare le norme con uguale forza a tutti coloro alle quali sono rivolte (quest'ultimo assimilabile al principio di legalità). Da questo concetto di uguaglianza formale/giuridica si distingue quello di uguaglianza materiale, relativo ai contenuti della legge. In proposito: G. AMATO, A. BARBERA (a cura di), *Manuale di diritto pubblico*, Bologna, Il Mulino, 1997, p. 265 ss.; A. CERRI, *Eguaglianza giuridica ed egualitarismo*, L'Aquila-Roma, Japadre, 1984, p. 42 ss.; A.S. AGRÒ, *Art. 3, 1° comma*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. BRANCA, Roma-Bari, 1977, p. 130 ss.; F. GHERA, *Il principio di uguaglianza nella Costituzione italiana e nel diritto comunitario*, cit., p. 16 ss.

assoluto: la dottrina e la giurisprudenza prevalenti¹⁴⁵, infatti, ne hanno ricavato un generale principio di ragionevolezza, in base al quale situazioni uguali debbono essere trattate in ugual maniera e situazioni diverse in modo diverso¹⁴⁶. Dunque, il divieto di discriminazione religiosa ricavabile dall'art. 3.1 della Costituzione non inibisce qualsiasi trattamento differenziato, ma stabilisce una presunzione di incostituzionalità per le norme che operano distinzioni in base alla religione, fatta salva la possibilità di dimostrarne la ragionevolezza¹⁴⁷.

Nell'analisi dell'uguaglianza in materia religiosa, non si può, peraltro, prescindere dalla presenza nel nostro Paese di un diritto "speciale" relativo alle confessioni religiose. Quest'ultimo, nel rispetto dei principi costituzionali, non deve avere il risultato di stabilire condizioni di disparità o di privilegio nel godimento della libertà religiosa, ma quello di favorirne l'esercizio, configurandosi come un legittimo trattamento differenziato di situazioni diverse. In questo senso, il nostro ordinamento giuridico appare particolarmente attento alla tutela delle diversità religiose e ad un'attuazione non meramente formale, ma anche sostanziale, del principio di uguaglianza. Lungo questa direttrice si colloca il secondo comma dell'art. 3, il quale afferma che la Repubblica ha il compito di "rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese". Questa norma, in quanto principio generale¹⁴⁸, funge sia da canone

¹⁴⁵ A. CERRI, *L'eguaglianza nella giurisprudenza della Corte Costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1976, p. 25 ss.; B. CARAVITA, *Art. 3*, in *Commentario breve alla Costituzione*, a cura di V. CRISAFULLI, L. PALADIN, Padova, Cedam, 1990, p. 15 ss. e p. 27; A.S. AGRÒ, *Art. 3, 1° comma*, cit., p. 130 ss. In giurisprudenza, questo orientamento della Corte Costituzionale emerge già nelle sentenze più risalenti; tra le molte, si vedano la n. 3 del 16 gennaio 1957 e la n. 53 del 9 luglio 1958.

¹⁴⁶ Come noto, questa interpretazione è stata elaborata a partire dalla riflessione aristotelica sull'uguaglianza numerica vs. uguaglianza proporzionale (in tema, per tutti, A. CERRI, *Eguaglianza giuridica ed egualitarismo*, cit., p. 20 ss.).

¹⁴⁷ Su detta presunzione, in generale cfr. B. CARAVITA, *Art. 3*, cit., p. 27 ss.; A. CERRI, voce *Uguaglianza*, in *Enc. Giur. Treccani*, Roma, 2005, vol. XXXII, p. 5; riguardo al tema religioso G. CASUSCELLI, *Uguaglianza e fattore religioso*, in *Digesto discipline pubblicistiche*, XV, Torino, UTET, 1999, p. 428 ss., sottolinea che il divieto di distinguere in ragione della religione va considerato assoluto per quanto riguarda il godimento dei diritti fondamentali, tra i quali per l'appunto anche quello di libertà religiosa. In questo senso, la presunzione di incostituzionalità "grava su ogni legge che menzioni la non appartenenza o una appartenenza confessionale come presupposto di conseguenze giuridiche (favorevoli o sfavorevoli)" (ivi, p. 432). La Corte Costituzionale ha ritenuto, ad esempio, in contrasto con l'art. 3 la norma dell'art. 4 del r.d. 30 ottobre 1930, n. 1731, che prevedeva l'appartenenza di diritto alle Comunità israelitiche (sent. 13 luglio 1984, n. 239).

¹⁴⁸ Il secondo comma dell'art. 3 è stato spesso interpretato come una norma meramente programmatica, e perciò sottovalutato dalla dottrina. Per una ricostruzione delle diverse posizioni

interpretativo dell'intero ordinamento, sia da criterio orientativo dell'attività legislativa e delle politiche della Repubblica: queste, da un lato non potranno essere contrarie alla realizzazione della parità dei cittadini, dall'altro potranno legittimamente predisporre interventi in positivo – anche contrastanti con l'uguaglianza formale – a garanzia della piena libertà e dello sviluppo della persona umana¹⁴⁹. In realtà, nella giurisprudenza costituzionale prevalente le misure differenziate sono state valutate attraverso il primo comma dell'art. 3 (in base al già citato canone della ragionevolezza), mentre il secondo comma è stato utilizzato assai di rado, principalmente per giustificare taluni orientamenti di politica sociale od economica¹⁵⁰. Ad ogni modo, nell'art. 3.2 è possibile scorgere un'apertura verso “azioni positive” o altri strumenti di diritto diseguale, diretti specialmente a tutela delle minoranze e dei soggetti più deboli¹⁵¹; dette misure positive potranno investire anche la dimensione religiosa, profilo essenziale nello “sviluppo della persona umana” che il costituente si propone di promuovere¹⁵².

A differenza dell'orientamento italiano, l'interpretazione francese del principio di uguaglianza predilige l'accezione formale rispetto a quella sostanziale. Comune ai due ordinamenti è l'affermazione dell'uguaglianza di fronte alla legge, che vincola il legislatore nell'emanazione di norme universali ed astratte: già la “*Déclaration des Droits de l'homme et du citoyen*” del 1789 – il cui contenuto è tuttora valido in quanto parte del c.d. “*bloc de constitutionnalité*”¹⁵³ –

dottrinali cfr. G. AMATO, A. BARBERA (a cura di), *Manuale di diritto pubblico*, cit., p. 312 ss.; B. CARAVITA, *Art. 3*, cit., p. 29 ss.; L. PALADIN, voce *Eguaglianza (diritto costituzionale)*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, Giuffrè, 1965, vol. XIV, p. 545 ss.

¹⁴⁹ L. PALADIN, *Eguaglianza (diritto costituzionale)*, cit., p. 546; B. CARAVITA, *Art. 3*, cit., p. 29 ss.; per un'efficace sintesi delle posizioni dottrinali sul punto cfr. anche M. CAIELLI, *Le azioni positive nel costituzionalismo contemporaneo*, Napoli, Jovene, 2008, p. 21 ss.

¹⁵⁰ G. AMATO, A. BARBERA (a cura di), *Manuale di diritto pubblico*, cit., p. 276 ss.; B. CARAVITA, *Art. 3*, cit., p. 32-33; U. ROMAGNOLI, *Art. 3, 2° comma*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. BRANCA, cit., p. 171 ss.; M. CAIELLI, *Le azioni positive nel costituzionalismo contemporaneo*, cit., p. 47 ss. ricorda il caso delle leggi che hanno disposto benefici in favore degli ebrei perseguitati durante il regime fascista, che la dottrina ha giustificato proprio attraverso l'art. 3.2 della Costituzione.

¹⁵¹ G. AMATO, A. BARBERA (a cura di), *Manuale di diritto pubblico*, cit., p. 276 ss.; A. CERRI, *Eguaglianza giuridica*, cit., p. 142 ss.; M. CAIELLI, *Le azioni positive nel costituzionalismo contemporaneo*, cit., p. 23 ss.; sull'art. 3.2 letto in collegamento con uno dei rari riferimenti espliciti alle azioni positive nella legislazione italiana (legge n. 125 del 1991 relativa alla parità tra uomini e donne), G. DE SIMONE, *Dai principi alle regole*, cit., spec. p. 171 ss.

¹⁵² E. VITALI, A.G. CHIZZONITI, *Manuale breve di diritto ecclesiastico*, cit. p. 32; C. CARDIA, *Manuale di diritto ecclesiastico*, cit., p. 204 ss.

¹⁵³ Il *bloc de constitutionnalité* è costituito dalle norme di riferimento per il controllo di costituzionalità delle leggi e comprende non soltanto le disposizioni della Costituzione, ma anche i principi stabiliti

all'art. 6 stabiliva che la legge “doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse” e sanciva l'uguaglianza di tutti i cittadini di fronte ad essa¹⁵⁴. La Costituzione attualmente in vigore (quella del 1958), ribadisce, all'art. 1, che la Repubblica assicura “l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction d'origine, de race ou de religion”, stabilendo, così, alcuni criteri in base ai quali le differenziazioni di trattamento debbono essere ritenute incostituzionali¹⁵⁵. Fin qui, le somiglianze con il principio di uguaglianza formale sancito in Italia sono molte; nella prassi, tuttavia, l'ordinamento francese si distingue dal nostro poiché una norma universale (uguale per tutti) è ritenuta aprioristicamente conforme al principio in questione, senza che sia valutato l'eventuale conflitto con l'altra “faccia” dell'uguaglianza, quella che richiede un trattamento diverso per situazioni diverse¹⁵⁶. Di conseguenza, i trattamenti differenziati sono ammessi dall'ordinamento francese, ma non sono mai obbligatori; la loro predisposizione, anzi, deve sempre fondarsi su

nel preambolo, che richiamano la Dichiarazione del 1789 ed il preambolo della previgente Costituzione del 1946 (“Le peuple français proclame solennellement son attachement aux Droits de l'Homme et aux principes de la souveraineté nationale tels qu'ils ont été définis par la Déclaration de 1789, confirmée et complétée par le préambule de la Constitution de 1946”, così il preambolo della Costituzione attualmente in vigore). Il valore costituzionale di tali testi è consacrato da una sentenza del Conseil Constitutionnel (16 luglio 1971, n. 71-44). In merito cfr. CONSEIL D'ÉTAT, *Sur le principe d'égalité*, cit., p. 24 ss.; F. MÉLIN-SOUCRAMANIEN, *Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Paris, Aix-en-Provence : Presses universitaires, PUAM, 1997, p. 29 ss.; F. LUCHAIRE, *Un Janus constitutionnel: l'égalité*, in *Revue Droit Public*, 1986, p. 1274 ss.

¹⁵⁴ L'art. 6 della Dichiarazione recita: “La Loi est l'expression de la volonté générale. Tous les Citoyens ont droit de concourir personnellement, ou par leurs Représentants, à sa formation. Elle doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse. Tous les Citoyens étant égaux à ses yeux, sont également admissibles à toutes dignités, places et emplois publics, selon leur capacité, et sans autre distinction que celle de leurs vertus et de leurs talents”. In questa formulazione riecheggiano i principi della Rivoluzione francese, tra cui la fiducia nel ruolo della legge, espressione della volontà generale e, proprio per questo, dotata dei caratteri di universalità ed astrattezza che pongono tutti i cittadini su un piano di parità. Da ricordare anche l'art. 1 della Dichiarazione, che riconosce l'uguaglianza “naturale” di tutti gli uomini: “Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits”. Per una ricostruzione storica del principio di uguaglianza in Francia cfr. CONSEIL D'ÉTAT, *Sur le principe d'égalité*, cit., p. 21 ss.

¹⁵⁵ F. MÉLIN-SOUCRAMANIEN, *Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, cit., 75 ss.

¹⁵⁶ La giurisprudenza costituzionale ha dichiarato l'illegittimità non solo di norme che operavano distinzioni, ma anche di quelle che stabilivano trattamenti di favore (“*discriminations positives*”), anch'esse ritenute contrarie al principio di uguaglianza di tutti di fronte alla legge. Sul punto si devono ricordare almeno le sentenze del Conseil Constitutionnel n. 99457 del 24 ottobre 1990 e n. 91-290 del 9 maggio 1991, la prima relativa ad una riserva di posti nell'amministrazione pubblica per candidati originari del Dipartimento “d'outre-mer” di riferimento, la seconda, sullo “*Statut de la Corse*”, che ha ribadito l'unitarietà del popolo francese e l'inammissibilità di differenziazioni tra gruppi etnici o nazionali. In tema, tra gli altri: CONSEIL D'ÉTAT, *Sur le principe d'égalité*, cit., p. 35 ss.; M. MAISONNEUVE, *Les discriminations positives ethniques ou raciales en droit public interne : vers la fin de la discrimination positive à la française*, in *Revue Française de Droit Administratif*, 2002, p. 561 ss.

un'obiettivo differenza di situazioni e risultare conforme allo scopo della legge che li prevede¹⁵⁷. In base a questa interpretazione, per la tutela delle libertà fondamentali (tra cui anche quella di religione) è sufficiente una legge che attribuisca a tutti i cittadini un pari diritto, ovvero che non operi distinzioni tra gli individui circa la possibilità di professare il proprio credo; l'ordinamento francese si mostra, invece, molto prudente nel momento in cui si richiedono interventi in positivo a tutela delle varie espressioni della religiosità, tendenti a promuovere le diversità¹⁵⁸. Secondo una parte della dottrina, la peculiarità di questo approccio non va colta nella prevalenza dell'uguaglianza formale su quella sostanziale, quanto nel fatto che l'ordinamento francese garantisce pari condizioni nel godimento dei soli diritti individuali, e non di quelli collettivi¹⁵⁹, negandosi, così alle azioni di promozione della parità che prendono come punto di riferimento le sperequazioni sociali tra comunità etniche o religiose¹⁶⁰. Ad ogni modo, il risultato è che spesso, per rispettare l'uguaglianza formale ed il principio di laicità¹⁶¹, si finisce per non tenere conto di particolari esigenze religiose e delle disparità di fatto che possono sorgere dal loro mancato riconoscimento.

¹⁵⁷ CONSEIL D'ÉTAT, *Sur le principe d'égalité*, cit., p. 37-38 e 44; D. STRAZZARI, *Discriminazione razziale e diritto*, cit., p. 359 ss.; G. SCOFFONI, *Uguaglianza costituzionale e antidiscriminazione in Francia*, in T. BONAZZI e M. DUNNE (a cura di), *Cittadinanza e diritti nelle società multiculturali*, Bologna, Il Mulino, 1994, p. 207 ss.

¹⁵⁸ Ciò si ricollega al principio di laicità che, in base alla lettura francese, porta a relegare le espressioni della libertà religiosa nella sfera privata, senza prevedere, una volta assicurata la pari possibilità di professare il proprio credo, un intervento positivo dello Stato in favore di tale diritto. Sul principio di laicità, collegato a quello di uguaglianza cfr., per tutti, F. MESSNER, P.-H. PRÉLOT, J.-M. WOEHLING, *Traité de droit français des religions*, cit., p. 52 ss.; P.-H. PRÉLOT, *Les religions et l'égalité en droit français*, in *Revue Droit public*, 2001, n. 3, p. 737 ss.; CONSEIL D'ÉTAT, *Sur le principe d'égalité*, cit., p. 74 ss.; F. MÉLIN-SOUCRAMANIEN, *Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, cit., p. 85 ss.; cfr. anche il "Rapport Stasi": COMMISSION DE REFLEXION SUR L'APPLICATION DU PRINCIPE DE LAÏCITE DANS LA REPUBLIQUE, *Rapport au président de la République*, Paris, La documentation française, 2003, spec. p. 20 ss. Sul rapporto tra uguaglianza e differenze ed i diversi modelli nazionali di gestione delle diversità religiose (con speciale riferimento a Francia e Gran Bretagna) N. COLAIANNI, *Eguaglianza e diversità culturali e religiose*, Bologna, Il Mulino, 2006, p. 19 ss.

¹⁵⁹ CONSEIL D'ÉTAT, *Sur le principe d'égalité*, cit., p. 67 ss. In tema cfr. anche N. COLAIANNI, *Eguaglianza e diversità culturali e religiose*, cit., p. 44 ss. e 105 ss.; P.-H. PRÉLOT, *Les religions et l'égalité en droit français*, cit., p. 340 ss.

¹⁶⁰ Come notato da G. DE SIMONE, *Dai principi alle regole*, cit., p. 187, gli strumenti di diritto diseguale (come le azioni positive) richiedono di "prescindere dall'uguaglianza come diritto individuale" e di considerare le situazioni di svantaggio dei gruppi. Un approccio, come già accennato (*supra*, par. 1.2) estraneo alla concezione liberale ed individualista dei diritti radicata nell'ordinamento francese.

¹⁶¹ Sul collegamento tra la laicità e la tutela dell'uguaglianza formale cfr. CONSEIL D'ÉTAT, *Sur le principe d'égalité*, cit., p. 74 ss.

Una maggiore attenzione al problema delle diversità religiose ed etniche caratterizza l'interpretazione britannica del principio di uguaglianza. Per ricostruirla, come noto, non è possibile far riferimento ad un testo scritto, ma occorre richiamarsi alla prassi ed alla dottrina. Si sostiene, generalmente, che tra i principi di *common law* sia presente quello di uguaglianza formale, nella declinazione dell'uguaglianza di fronte alla legge¹⁶². Questa accezione sarebbe insita nel generalissimo principio della *rule of law*¹⁶³; secondo la dottrina, peraltro, essa non esaurisce tutti i contenuti del principio di uguaglianza, tra i quali si può rintracciare almeno un divieto di differenziazioni ingiustificate, la cui vigenza sarebbe confermata dalla frequente applicazione giurisprudenziale di un test di ragionevolezza delle norme¹⁶⁴. Più controverso, invece, il riconoscimento di un principio "costituzionale" di uguaglianza sostanziale nel Regno Unito¹⁶⁵. A fianco di diversi orientamenti dottrinali in merito, la prassi giurisprudenziale e la legislazione mostrano che la versione sostanziale dell'uguaglianza non è affatto estranea all'ordinamento britannico: ne sono un esempio le aperture alle azioni positive, la presenza di normative "speciali" anche in materia religiosa, il largo impiego del divieto di discriminazione indiretta¹⁶⁶.

Quanto appena affermato ci introduce ad affrontare l'interrogativo su quali ripercussioni abbiano avuto le letture nazionali dell'uguaglianza sui singoli concetti del diritto antidiscriminatorio e sull'attuazione di determinati strumenti, quali le azioni positive, previsti dalle direttive ma non sempre fatti propri dagli Stati membri in sede di trasposizione delle stesse.

In Italia il principio di uguaglianza nella sua doppia accezione formale/sostanziale, nonché la presenza di norme antidiscriminatorie piuttosto risalenti, porterebbero ad immaginare un'attuazione delle direttive attenta alle

¹⁶² J. JOWELL, *Is Equality a Constitutional Principle?*, cit., p. 3 ss.; LORD LESTER OF HERNE HILL, *Equality and United Kingdom Law: Past, Present and Future*, cit., p. 85 ss.

¹⁶³ Del rapporto tra uguaglianza e *rule of law* si è già detto *supra*, par. 1.3; in merito cfr. LORD LESTER OF HERNE HILL, *Equality and United Kingdom Law: Past, Present and Future*, cit., p. 85 e J. JOWELL, *Is Equality a Constitutional Principle?*, cit., p. 4 ss.

¹⁶⁴ Cfr. J. JOWELL, *Is Equality a Constitutional Principle?*, cit., p. 7 ss. e la giurisprudenza *ivi* citata.

¹⁶⁵ Per una ricostruzione delle posizioni della dottrina sul punto *vid.* J. JOWELL, *Is Equality a Constitutional Principle?*, cit., p. 3 ss.

¹⁶⁶ Questi ed altri esempi caratterizzano l'approccio britannico in favore dell'uguaglianza sostanziale e non solo formale. In proposito C. BARNARD, B. HEPPLER, *Substantive equality, passim*; S. FREDMAN, *Equality: A new Generation?*, in *Industrial Law Journal*, 2001, n. 2, p. 156 ss.; HEPPLER B., COUSSEY M., CHOUDHURY T., *Equality: a new framework*, cit., p. 27 ss.

diversità etniche e religiose. In realtà, ciò non è pienamente avvenuto: al di là della già rilevata disattenzione nel recepimento del diritto comunitario e del non riuscito coordinamento delle norme preesistenti con le innovazioni delle direttive, anche i singoli elementi dei decreti attuativi si rivelano carenti sotto il profilo dell'uguaglianza sostanziale e della tutela delle diversità. Come si vedrà anche nel prosieguo, le definizioni della discriminazione non danno sufficiente rilievo alla discriminazione indiretta¹⁶⁷; inoltre, le azioni positive non vengono neppure menzionate nel decreto di attuazione.

In Francia il focus sull'uguaglianza formale è chiaramente rilevabile nelle norme di attuazione delle direttive, che manifestano, come già osservato, la profonda ritrosia dell'ordinamento interno verso concetti quali la discriminazione indiretta o le azioni positive¹⁶⁸.

Infine, la duttilità del concetto di uguaglianza nel Regno Unito, ivi compresa la sua diversa applicazione giurisprudenziale a seconda delle materie considerate¹⁶⁹, ha consentito una particolare adattabilità delle norme comunitarie alle esigenze dei singoli settori nei quali i divieti di discriminazione sono stati sanciti di volta in volta. Ciò ha determinato l'elaborazione di disposizioni dettagliate e disegnate in base al singolo fattore di discriminazione considerato. Inoltre, l'elaborazione dottrinale del principio di uguaglianza sostanziale ha facilitato la predisposizione di norme differenziate per particolari esigenze religiose (ad esempio gli "aggiustamenti" sul lavoro in favore dei Sikh, ex art. 26 dell'"*Employment Equality Regulations 2003*"¹⁷⁰).

2. Discriminazione e religione

2.1. L'evoluzione della nozione di discriminazione nei tre Paesi in occasione della trasposizione delle direttive

Come già osservato, le disposizioni delle direttive che definiscono il concetto di discriminazione sono piuttosto dettagliate e lasciano, perciò, agli Stati un margine di discrezionalità assai ristretto. Le modifiche apportate alla

¹⁶⁷ *Infra*, par. 2.1.

¹⁶⁸ Più approfonditamente cfr. *infra*, par. 2.1 e cap. IV.

¹⁶⁹ J. JOWELL, *Is Equality a Constitutional Principle?*, cit., p. 16 ss.

¹⁷⁰ *Infra*, cap. IV, par. 2.

legislazione antidiscriminatoria nazionale di attuazione rappresentano, quindi, un sostanziale allineamento delle nozioni di discriminazione in esse proposte a quelle dettate in ambito europeo¹⁷¹. Ciò nonostante, dall'esame comparato della normativa di Italia, Francia e Regno Unito, emergono alcuni elementi di differenziazione, frutto in parte dei diversi percorsi seguiti dallo sviluppo del diritto antidiscriminatorio dei tre Paesi, ma anche derivanti, in alcuni casi, da semplici errori di trasposizione, indice di una "disattenzione" per quanto statuito in materia a livello comunitario.

Prendendo le mosse dall'articolato della direttiva, per enucleare le novità principali e verificare se ed in quale misura siano state riproposte dalla legislazione nazionale, va messo in evidenza che il concetto di discriminazione diretta presenta nella normativa europea almeno tre aspetti fondamentali¹⁷². Anzitutto per discriminazione si intende un trattamento sfavorevole e non soltanto differenziato, ponendosi così l'accento sulle conseguenze negative determinate da una norma nei confronti di un soggetto rispetto ad altri. Un secondo aspetto riguarda l'irrilevanza dell'intento soggettivo di discriminare; questo, insieme al primo, ha portato la dottrina ad affermare l'esistenza di una nozione "oggettiva" della discriminazione, centrata sui trattamenti di svantaggio che si verificano di fatto e non più sulle motivazioni soggettive di trattamenti differenziati¹⁷³. In terzo luogo, le direttive del 2000 individuano la discriminazione diretta attraverso comparazioni operate non solo con situazioni reali, ma anche ipotetiche e del passato.

A livello nazionale, le nozioni di discriminazione diretta sono state rese conformi a quelle comunitarie in tutti gli aspetti ora citati: Francia e Italia hanno adottato, sia pur in momenti diversi, disposizioni che ricalcano alla lettera il dettato delle direttive, mentre la Gran Bretagna, grazie alla sua consolidata tradizione in materia, ha elaborato una definizione che, pur con qualche variante nella formulazione, rimane sostanzialmente in linea con quanto previsto dal legislatore europeo.

Più in particolare, la normativa italiana di attuazione ha stabilito, all'art. 2 del d.lgs. n. 216/2003, che si ha discriminazione diretta "quando, per religione, per convinzioni personali [...] una persona è trattata meno favorevolmente di

¹⁷¹ M. BELL, I. CHOPIN, F. PALMER, *Developing Anti-Discrimination Law in Europe. The 25 EU Member States compared*, Luxembourg, European Commission, 2007, p. 23 ss.

¹⁷² Per l'analisi delle definizioni contenute nella direttiva 2000/78 v. *supra*, cap. II, par. 2.1.

¹⁷³ D. STRAZZARI, *Discriminazione razziale e diritto*, cit., p. 79 e 317 ss.

quanto sia, sia stata o sarebbe trattata un'altra in una situazione analoga", così riproponendo quanto previsto dall'art. 2 della direttiva 2000/78. Alcuni aspetti di questa nozione di discriminazione erano stati anticipati nella legislazione interna in materia di parità tra uomini e donne¹⁷⁴. Ad esempio, l'art. 4 della legge n. 125/1991¹⁷⁵ individuava la discriminazione in un trattamento "pregiudizievole", ovvero sfavorevole, e non dava rilievo all'intenzionalità dell'atto (si parlava, infatti, di "effetto pregiudizievole" di un atto o di un comportamento)¹⁷⁶. Del pari, l'art. 43 del d.lgs. n. 286/1998 (Testo unico sull'immigrazione), al primo comma si riferisce non tanto ad una differenza di trattamento¹⁷⁷, ma ad una "distinzione, esclusione, restrizione o preferenza basata sulla razza, il colore, l'ascendenza o l'origine nazionale o etnica, le convinzioni e le pratiche religiose"; i trattamenti di sfavore così individuati saranno considerati discriminatori quando abbiano "lo scopo o l'effetto [...] di compromettere il riconoscimento o il godimento" dei diritti fondamentali¹⁷⁸. Il comma 2, lettera e, del medesimo articolo 43 - utilizzando lo schema dell'art. 4 della l. n. 125/1991 - definisce poi la discriminazione razziale e religiosa nell'ambito del lavoro: questa è integrata da "qualsiasi atto o comportamento

¹⁷⁴ G. DE SIMONE, *La nozione di discriminazione diretta e indiretta*, cit., p. 712 ss.

¹⁷⁵ Art. 4, comma 1: "Costituisce discriminazione, ai sensi della legge 9 dicembre 1977, n. 903, qualsiasi atto o comportamento che produca un effetto pregiudizievole discriminando anche in via indiretta i lavoratori in ragione del sesso".

¹⁷⁶ G. DE SIMONE, *Dai principi alle regole*, cit., p. 55 ss.

¹⁷⁷ Sull'esistenza di una differenza di trattamento pone, tuttavia, l'accento ancora spesso la giurisprudenza, con la conseguenza che, anziché applicare i rigidi criteri di verifica di una discriminazione stabiliti dalle direttive, si analizzano le situazioni attraverso un generico criterio di ragionevolezza: così, ad es., Trib. Bologna, Ord. 28 dicembre 2006, n. 2968/06, che, pur riconoscendo l'esistenza di una discriminazione nell'applicazione di rette universitarie più alte per gli studenti non italiani, afferma che "previsioni contrattuali differenziate per persone di diversa provenienza etnica sarebbero legittime se fondate su motivi ragionevoli, che giustificassero razionalmente e fondatamente il trattamento differenziato". L'orientamento del tribunale di Bologna segue, peraltro, quello della pronuncia della Corte Costituzionale del 2 dicembre 2005, n. 432, che ha ritenuto discriminatoria e contraria all'art. 3 Cost. una normativa regionale che limitava ai soli cittadini italiani taluni benefici sociali.

¹⁷⁸ Il comma 1 dell'art. 43, che contiene una definizione di massima della discriminazione, recita: "Ai fini del presente capo, costituisce discriminazione ogni comportamento che, direttamente o indirettamente, comporti una distinzione, esclusione, restrizione o preferenza basata sulla razza, il colore, l'ascendenza o l'origine nazionale o etnica, le convinzioni e le pratiche religiose, e che abbia lo scopo o l'effetto di distruggere o di compromettere il riconoscimento, il godimento o l'esercizio, in condizioni di parità, dei diritti umani e delle libertà fondamentali in campo politico, economico, sociale e culturale e in ogni altro settore della vita pubblica.". Il richiamo espresso allo "scopo o l'effetto" del comportamento discriminatorio evidenzia come non sia necessario che questo sia intenzionalmente diretto a discriminare. In merito cfr. P. CHIECO, *Le nozioni di discriminazioni diretta e indiretta nell'ordinamento italiano*, cit., p. 54 ss.; in giurisprudenza, di recente, Tribunale di Milano, sez. lavoro, sent. 30 maggio 2008, n. 2545/08.

che produca un effetto pregiudizievole discriminando, anche indirettamente, i lavoratori in ragione della loro appartenenza ad una razza, ad un gruppo etnico o linguistico, ad una confessione religiosa, ad una cittadinanza (...). Questa definizione, analoga sotto gli altri due profili a quella delle direttive, non prevede, invece, la possibilità di operare una comparazione con situazioni ipotetiche. Poiché, come già ricordato¹⁷⁹, l'art. 43 del Testo unico è mantenuto in vigore dall'art. 2.2 del d.lgs. n. 216/2003, si è di fronte a due diverse definizioni della discriminazione che hanno pari rango, riguardano gli stessi fattori di rischio (la razza e la religione) ed insistono sullo stesso settore (l'ambito del lavoro). La scelta di utilizzare l'una o l'altra determinerà, pertanto, possibilità più o meno ampie di provare la discriminazione, avvalendosi o meno della comparazione "virtuale". In proposito, parte della dottrina¹⁸⁰ ha ritenuto che la nozione contenuta nei decreti del 2003 debba prevalere sull'altra, in forza, da un lato, dei principi espressi dalla legge delega n. 39/2002 – che imponeva al Governo di adottare definizioni della discriminazione analoghe a quelle delle direttive – e dall'altro lato, nel rispetto del principio generale in base al quale gli Stati membri, qualora sia in discussione una materia disciplinata da una direttiva comunitaria, debbono interpretare il diritto interno alla luce di quest'ultima¹⁸¹. In quest'ottica, la salvaguardia del disposto dell'art. 43 del d.lgs. 286/1998 avrebbe il risultato di mantenere in vigore il divieto di discriminazione razziale e religiosa anche al di fuori del solo settore del lavoro, ma non anche quello di far salva una definizione della discriminazione più limitata e meno favorevole alle vittime. Se così fosse, l'utilizzazione del Testo Unico sull'immigrazione nella soluzione di casi di discriminazione (peraltro più frequente rispetto all'applicazione dei decreti legislativi n. 215 e 216 del 2003¹⁸²) non impedirebbe di adoperare alcuni strumenti predisposti dalle direttive, tra cui

¹⁷⁹ *Supra*, par. 1.1. Sui problemi di coordinamento tra queste due nozioni cfr. P. CHIECO, *op. ult. cit.*, *loc. cit.*; A. SIMONI, *Report on Measures to Combat Discrimination*, cit., p. 3.

¹⁸⁰ P. CHIECO, *Le nozioni di discriminazioni diretta e indiretta nell'ordinamento italiano*, cit., p. 57.

¹⁸¹ M. ROCCELLA, *Diritto comunitario, ordinamenti nazionali, diritto del lavoro*, Working Paper C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona", n. 23/2004, p. 5 (all'indirizzo internet: http://www.lex.unict.it/eurolabor/ricerca/wp/int/roccella_n23-2004int.pdf) e ora in S. FABENI, M. G. TONIOLO (a cura di), *La discriminazione fondata sull'orientamento sessuale*, Ediesse, Roma, p. 29 ss. Il principio in questione è ribadito anche dalla direttiva 2000/78 stessa, ove si afferma che gli Stati dovranno adeguare il proprio diritto interno ai principi dettati dalla direttiva. Più in generale sul tema: G. GAJA, *Introduzione al diritto comunitario*, Roma-Bari, Laterza, 2007, p. 117 ss.

¹⁸² A. SIMONI, *Report on Measures to Combat Discrimination*, cit., p. 3 ss., nota come nella giurisprudenza più recente, nonostante si faccia cenno ai decreti attuativi delle direttive, si continui ad analizzare le fattispecie attraverso le norme del Testo Unico sull'immigrazione.

le comparazioni ipotetiche, offrendo così possibilità più ampie di provare la discriminazione.

In Francia una vera e propria definizione della discriminazione è stata introdotta, come già ricordato¹⁸³, solo con la recente legge 27 maggio 2008, n. 496 che riproduce quanto dettato dal legislatore comunitario¹⁸⁴. Il concetto francese di discriminazione – benché non sancito nel dettaglio dalla legislazione previgente – era tuttavia individuabile attraverso la giurisprudenza ed alcune norme che già si occupavano della materia e si differenziava, per molti aspetti, da quello affermato in ambito europeo ed introdotto in Francia con la riforma del 2008. Ad esempio, l'art. 225-1 del codice penale – peraltro tuttora in vigore – equiparava la discriminazione ad una “distinzione”, dunque a differenziazioni di trattamento, sanzionabili in quanto contrarie al principio di uguaglianza formale, non facendo cenno, invece, all'interpretazione della discriminazione come svantaggio subito da alcuni soggetti rispetto ad altri¹⁸⁵. Anche il codice del lavoro, prima della riforma del 2008, non si riferiva genericamente ad una situazione sfavorevole, individuabile attraverso una comparazione tra i lavoratori, ma vietava di mettere in atto specifici comportamenti adottati “*en raison*” della religione o delle convinzioni personali¹⁸⁶. Secondo un recente studio sui modelli di diritto antidiscriminatorio¹⁸⁷, l'espressione “*en raison de*” – contenuta, peraltro, anche nell'art. 225-1 del codice penale appena richiamato – farebbe riferimento alla motivazione che ha ispirato la misura discriminatoria, ponendo l'accento, quindi, più sul movente soggettivo dell'atto che sull'eventuale risultato sfavorevole. La rilevanza attribuita dal diritto francese all'intenzionalità della discriminazione è, poi, confermata dalla giurisprudenza e

¹⁸³ *Supra*, par. 1.2.

¹⁸⁴ Art. 1, l. n. 2008-496: “Constitue une discrimination directe la situation dans laquelle, sur le fondement de son appartenance ou de sa non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie ou une race, sa religion, ses convictions, son âge, son handicap, son orientation sexuelle ou son sexe, une personne est traitée de manière moins favorable qu'une autre ne l'est, ne l'a été ou ne l'aura été dans une situation comparable.” Cfr. in merito *supra*, par 1.2.

¹⁸⁵ Art. 225-1 codice penale: “Constitue une discrimination toute distinction opérée entre les personnes physiques à raison de leur origine, de leur sexe, de leur situation de famille, de leur grossesse, de leur apparence physique, de leur patronyme, de leur état de santé, de leur handicap, de leurs caractéristiques génétiques, de leurs mœurs, de leur orientation sexuelle, de leur âge, de leurs opinions politiques, de leurs activités syndicales, de leur appartenance ou de leur non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée”.

¹⁸⁶ L'art. 122-45 menzionava, ad esempio, i licenziamenti, il rifiuto di assumere ed altre azioni che, pur costituendo un elenco non esaustivo, delimitano il campo di applicazione del divieto di discriminazione.

¹⁸⁷ D. STRAZZARI, *Discriminazione razziale e diritto*, cit., p. 355 ss.

dall'uso frequente delle norme penali (che richiedono la dimostrazione della colpevolezza) nella soluzione dei casi di discriminazione¹⁸⁸. Analizzando la giurisprudenza, si osserva che il giudizio antidiscriminatorio si fonda proprio sull'individuazione della motivazione di un atto o di un comportamento ritenuto contrario ai relativi divieti: quando tale motivazione è ragionevole ed estranea (nel nostro caso) al fattore religioso, il comportamento in esame è da ritenersi giustificato¹⁸⁹. Caratteristica peculiare del giudizio antidiscriminatorio *à la française* è, invece, la scarsa rilevanza attribuita al momento comparativo¹⁹⁰; si comprende così il disinteresse, anche da parte della dottrina, per l'innovazione introdotta dalle direttive in merito al raffronto con situazioni ipotetiche¹⁹¹.

Del tutto opposto, relativamente a quest'ultimo aspetto ma anche ad altri, è l'approccio britannico, che privilegia l'aspetto comparativo e l'esame degli effetti di una determinata misura discriminatoria, anziché delle sue motivazioni¹⁹². Le disposizioni britanniche sulla discriminazione religiosa, in linea con quanto già stabilito a livello nazionale (ad esempio dal "*Race Relations Act 1976*"), individuano la discriminazione diretta nel caso in cui "una persona tratti un'altra, sulla base della religione o della credenza, meno favorevolmente di quanto tratti o potrebbe trattare altri in situazioni simili" (così, con lievi differenze, l'art. 3 dei Regolamenti del 2003 e l'art. 45 dell'"*Equality Act*

¹⁸⁸ *Supra*, par. 1.2. In merito alla rilevanza dell'intento discriminatorio nel diritto penale cfr. gli autori citati alla nota n. 75 e, ancora, D. STRAZZARI, *Discriminazione razziale e diritto*, cit., p. 350 ss.. Da ricordare, a questo proposito, che taluni comportamenti attuati nell'ambito del lavoro, come il licenziamento discriminatorio, sono vietati sia dal codice penale (art. 225), sia dal codice del lavoro. In generale sul tema cfr. G. DOLE, *La liberté d'opinion et de conscience en droit comparé du travail*, cit., p. 88.

¹⁸⁹ I giudici si sono pronunciati, ad esempio, su casi di licenziamento di dipendenti che indossavano il velo islamico: Cour d'appel de Paris, sent. 16 marzo 2001, e Conseil de Proud'hommes de Lyon, sent. 16 gennaio 2004, entrambe in *Droit social*, 2004, p. 360 ss., con un commento di J. SAVATIER, *Conditions de licéité d'un licenciement pour port du voile islamique*, *ibidem*, p. 354 ss.

¹⁹⁰ D. STRAZZARI, *Discriminazione razziale e diritto*, cit., p. 355 ss.; D. LOCHAK, *Réflexions sur la notion de discrimination*, cit., p. 778 ss.

¹⁹¹ Una certa apertura verso forme di comparazione "nuove" nella dimostrazione delle discriminazioni è rappresentata dall'impiego di "test situazionali", in base ai quali alcuni soggetti (solitamente operatori giuridici ed esperti) riproducono una situazione simile a quella ritenuta discriminatoria al fine di osservare il comportamento di coloro che sono stati accusati di aver posto in essere un trattamento sfavorevole. I giudici francesi hanno gradualmente accettato questo mezzo di prova. In un caso del 2000 (Cass. Pen., sent. 12 settembre 2000, n. 99-87251), grazie al "testing", è stata smascherata una pratica discriminatoria dei proprietari di un locale pubblico, che avevano rifiutato l'ingresso ad alcuni giovani di colore; in questo caso il trattamento subito dalle vittime non è stato comparato con circostanze reali, ma con un episodio – se così si può dire – "recitato" appositamente per fini processuali. In proposito cfr. C. AUBIN, B. JOLY, *De l'égalité à la non-discrimination: le développement d'une politique européenne et ses effets sur l'approche française*, cit., p. 1301.

¹⁹² D. STRAZZARI, *Discriminazione razziale e diritto*, cit., p. 330 ss.

2006”)¹⁹³. Vi si possono rintracciare tutti gli elementi prima enucleati¹⁹⁴: la definizione della discriminazione come trattamento sfavorevole; nessun riferimento all'intenzionalità dell'azione; la presenza di comparazioni ipotetiche. D'altra parte, in Gran Bretagna prima che altrove la discriminazione è stata definita come un trattamento deteriore, e non soltanto “differente”¹⁹⁵: già il *Race Relations Act 1976* affermava “A person discriminates against another (...) if (...) on racial grounds he treats that other *less favourably* than he treats or would treat other persons” (art. 1), formulazione che è stata riproposta in tutte le norme antidiscriminatorie successive, comprese, naturalmente, le recenti disposizioni sulla discriminazione religiosa. Quanto all'irrilevanza dell'*intentio* di discriminare, se in Francia ciò ha rappresentato un'importante innovazione, introdotta in seguito alle direttive comunitarie, nel Regno Unito, così come in Italia, un concetto “oggettivo” di discriminazione si era già consolidato¹⁹⁶. Il fatto di non dover dimostrare l'intenzionalità dell'azione facilita indubbiamente la prova di una discriminazione¹⁹⁷; ciò nondimeno, è stato notato che talvolta nella giurisprudenza si determina un “automatismo”, non sempre positivo, tra il

¹⁹³ *Employment Equality (Religion or Belief) Regulations*, art. 3, comma 1: “For the purposes of these Regulations, a person (“A”) discriminates against another person (“B”) if on grounds of religion or belief, A treats B less favourably than he treats or would treat other persons”; *Equality Act 2006*, art. 45, comma 1: “A person (“A”) discriminates against another (“B”) for the purposes of this Part if on grounds of the religion or belief of B [...], A treats B less favourably than he treats or would treat others (in cases where there is no material differences in the relevant circumstances)”. La centralità del momento comparativo è sottolineata, tra l'altro, dalla clausola di chiusura dell'art. 45.1 dell'*Equality Act* (la discriminazione si riferisce a trattamenti diversi in situazioni analoghe), che è presente anche nei Regolamenti del 2003, anche se in un comma a parte rispetto alla definizione della discriminazione (art. 3, comma 3: “A comparison of B's case with that of another person under paragraph 1 must be such that the relevant circumstances in the one case are the same, or not materially different, in the other”).

¹⁹⁴ Ciò appare logico se si considera che la nozione britannica di discriminazione è servita da modello per il diritto antidiscriminatorio comunitario, anticipando nel diritto interno alcuni aspetti che si ritrovano, poi, nelle direttive.

¹⁹⁵ S. FREDMAN, *Discrimination law*, cit., p. 94 ss.; per una ricostruzione del concetto cfr. anche, in giurisprudenza, House of Lords, sent. 25 giugno 2008, “*AL (Serbia) and R (on the application of Rudi) v. Secretary of State for the Home Department*”, punto 23.

¹⁹⁶ M. BELL, *Direct discrimination*, in D. SCHIEK, L. WADDINGTON, M. BELL *et al.* (eds.), *Cases, materials and Text on National, Supranational and International Non-Discrimination Law*, cit., p. 227; D. STRAZZARI, *Discriminazione razziale e diritto*, cit., p. 329 ss.; in giurisprudenza, tra i molti interventi, House of Lords, sent. 15 luglio 1999 “*Swiggs and Others v. Nagarajan*”, dove si afferma che una discriminazione è sanzionabile indipendentemente dal fatto che sia stata attuata consapevolmente o meno. In questa pronuncia, inoltre, si sottolinea l'esistenza di stereotipi relativi all'origine etnica, che spesso influiscono sulla messa in atto di comportamenti discriminatori, non necessariamente voluti dal datore di lavoro.

¹⁹⁷ S. FREDMAN, *Discrimination law*, cit., p. 105; D. STRAZZARI, *Discriminazione razziale e diritto*, cit., p. 330.

risultato discriminatorio e la sanzione di una discriminazione¹⁹⁸. Difatti, la mancanza di una valutazione anche soggettiva dei presunti comportamenti discriminatori ne impedisce una qualche giustificazione¹⁹⁹, rendendo particolarmente difficile il bilanciamento tra lo scopo della lotta alla discriminazione e gli interessi delle imprese, talvolta sottoposte ad un onere troppo gravoso derivante dalle norme sulla parità²⁰⁰. Infine, riguardo al tema delle comparazioni ipotetiche, si può notare che nel Regno Unito l'aspetto comparativo è centrale non solo nelle definizioni della discriminazione, ma anche per la dottrina e la giurisprudenza²⁰¹, che si sono interrogate su come individuare un corretto termine di paragone (“*comparator*”). A tal proposito si

¹⁹⁸ In proposito si è parlato di un “*causative approach*” nel giudizio antidiscriminatorio (ad es. nella già ricordata sent. “*Swiggs and Others v. Nagarajan*”), che talvolta si riduce ad analizzare il rapporto di causa-effetto tra il fattore di discriminazione ed il risultato discriminatorio, senza che assumano rilevanza altri elementi che concorrono a definire il caso concreto. Il criterio utilizzato dalla giurisprudenza britannica è il cosiddetto “*but for test*”, attraverso il quale si deve semplicemente accertare che il trattamento sfavorevole non si sarebbe verificato *se non fosse stato per* (“*but for*”) il fattore di discriminazione in esame (in proposito S. FREDMAN, *Discrimination law*, cit., p. 105 e 131 ss.). Questo approccio non sempre risulta favorevole ai soggetti svantaggiati, poiché spesso, ponendo l'accento sulla relazione causale, non si esaminano l'effettiva *ratio* di una misura o l'eventuale presenza di un'intenzione di discriminare; ne è un esempio il caso “*Azmi v. Kirklees*”, sul quale v. *infra*, nota n. 31. Su questa ed altre pronunce sul tema (pur se non relative al fattore religioso) cfr. D. STRAZZARI, *Discriminazione razziale e diritto*, cit., p. 330 ss..

¹⁹⁹ D. STRAZZARI, *Discriminazione razziale e diritto*, cit., p. 332 ss.

²⁰⁰ In particolare, è stato segnalato (D. STRAZZARI, *Discriminazione razziale e diritto*, cit., p. 330 ss., spec. 336 ss.) che il focus sull'effetto discriminatorio determinerebbe una confusione tra la nozione della discriminazione diretta e quella della discriminazione indiretta e, di conseguenza, una mancanza di chiarezza sui criteri di giustificazione da applicare. A questo proposito occorre ricordare che, in base alle direttive del 2000, tali criteri non sono affatto gli stessi per le due tipologie di discriminazione: difatti, la discriminazione indiretta è giustificabile quando si è in presenza di una misura proporzionale e necessaria per un fine legittimo dell'azienda, in forza di un delicato bilanciamento tra esigenze economiche e perseguimento delle pari opportunità; quella diretta lo è, invece, solo in limitatissimi casi, ovvero quando sia stato previsto un requisito occupazionale (*genuine occupational requirement*) oppure in casi del tutto particolari, quali le attività delle organizzazioni di tendenza. Sul tema della giustificazione della discriminazione si tornerà anche tra breve.

²⁰¹ In dottrina S. FREDMAN, *Discrimination law*, cit., p. 109; B. HEPPLER, T. CHOUDHURY, *Tackling religious discrimination: practical implications for policy-makers and legislators*, Home Office Research Study n. 221, London, Home Office, February 2001, p. 34. La centralità del momento comparativo ha, in certa giurisprudenza, i suoi aspetti paradossali. Ne è un esempio la sentenza dell'Employment Appeal Tribunal del 30 marzo 2007, “*Azmi v. Kirklees*”, nella quale il giudice, per decidere se vi era stata discriminazione in un caso di licenziamento di un'insegnante musulmana che indossava il velo, ha paragonato la situazione della ricorrente a quella di un altro soggetto che avesse lavorato nella scuola con il volto coperto, indipendentemente dalla motivazione religiosa (ricorre qui il “*but for test*”, di cui si è detto *supra*, nota 198). Poiché anche in tal caso la conseguenza sarebbe il licenziamento, il tribunale conclude che non v'è stata diversità di trattamento motivata dalla religione. La sentenza si può leggere in OLIR – Osservatorio delle libertà ed istituzioni religiose, all'indirizzo web http://www.olir.it/ricerca/index.php?Form_Document=4789.

può notare che già prima della trasposizione delle direttive il diritto antidiscriminatorio britannico prevedeva la possibilità di riferirsi a situazioni ipotetiche²⁰²; ciò viene riproposto, relativamente alla fattore religioso, dall'*Employment Equality Regulations* del 2003 e dall'*Equality Act 2006*²⁰³.

Passando alla definizione della discriminazione indiretta, la sua trasposizione nel diritto interno presenta maggiori elementi di differenziazione tra gli Stati. Il motivo di tale diversità di approcci può essere rinvenuto tanto nella mancanza di una sua consolidata tradizione, persino a livello europeo, quanto nella sua origine in altri ordinamenti giuridici (principalmente quello statunitense) che non ha mancato di rendere particolarmente difficoltoso il suo adattamento alla struttura del diritto antidiscriminatorio interno dei tre Stati in esame.

²⁰² Ad esempio il *Race Relations Act 1976* all'art. 1 individuava una discriminazione nell'ipotesi in cui un soggetto trattasse un altro "less favourably than he treats or would treat other persons". Sempre relativamente alla razza, una recente pronuncia dell'Employment Appeal Tribunal (sent. 30 maggio 2007, "*Mehmet (t/a Rose Hotel Group) v Aduma*") ha mostrato l'utilità delle comparazioni ipotetiche: il caso riguardava un dipendente di un hotel, un cittadino non britannico, che era stato retribuito al di sotto dello standard minimo previsto per legge ed aveva lamentato di aver subito una discriminazione a causa della sua origine etnica. Il datore di lavoro negava di aver operato una discriminazione, sostenendo di aver sotto-pagato anche altri suoi dipendenti, indipendentemente dalla loro nazionalità o etnia. Il giudice, confrontando il caso di specie con la situazione di un lavoratore ipotetico retribuito secondo il *minimum standard*, ha, tuttavia, ritenuto integrata una forma di discriminazione.

²⁰³ La possibilità di operare comparazioni ipotetiche è tanto più rilevante quanto più difficile è trovare un corretto termine di paragone ("*comparator*"). Ad esempio S. FREDMAN, *Discrimination law*, cit., p. 98, ricorda la sentenza della Corte d'Appello, 22 marzo 1977, *Ahmad v. ILEA*, (lo stesso caso è stato poi analizzato dalla Commissione europea dei diritti dell'uomo, sent. *Ahmad v. UK* del 1981: entrambe sono consultabili in www.olir.it) nella quale si negò l'esistenza di una discriminazione nei confronti di un lavoratore musulmano, licenziatosi poiché non otteneva un permesso per pregare durante il venerdì, affermando che tale trattamento era pari a quello di altre confessioni religiose, anch'esse prive della possibilità di rispettare i propri giorni festivi. Altra soluzione si sarebbe avuta se la situazione del lavoratore islamico fosse stata confrontata con quella dei cristiani, le cui festività sono generalmente corrispondenti a quelle civili. Se, quindi, risulta determinante la scelta del termine di paragone giusto, tuttavia, si possono presentare fattispecie nelle quali non esiste un "*comparator*" appropriato: è il caso della c.d. "*pregnancy discrimination*", subita dalle donne in ragione del loro stato di gravidanza. Per questi ed altri esempi cfr. S. FREDMAN, *op. ult. cit., loc. cit.*; M. BELL, *Direct Discrimination*, cit., p. 198 e 215 ss.; D. IZZI, *Discriminazione senza comparazione*, cit., p. 425 ss.

Anche nei casi in cui una confessione religiosa esprime un interesse peculiare, che non caratterizza altri sistemi di credenza, si può porre il problema di individuare un corretto termine di paragone e le comparazioni ipotetiche possono rappresentare un ausilio per l'interprete ed il giudice. È da notare, peraltro, che mentre nel Regno Unito questa innovazione è stata accolta con favore dalla dottrina (evidentemente perché in questo Paese l'esperienza giudiziale in materia di discriminazioni consente di utilizzarla appieno, a maggior tutela delle vittime), in Italia (D. IZZI, *Discriminazione senza comparazione*, cit., p. 428-429; M.V. BALLESTRERO, *Eguaglianza e nuove differenze nel diritto del lavoro*, cit., p. 513 ss.) sono state sottolineate l'incertezza derivante da tale tecnica e la possibile arbitrarietà dei giudici nelle dimostrazioni "virtuali" delle discriminazioni.

Le direttive individuano la discriminazione indiretta in un trattamento svantaggioso, derivante da una misura neutra; quest'ultima non integra, però, una discriminazione quando risulta proporzionale e necessaria al raggiungimento di un fine legittimo²⁰⁴.

Se tutti gli Stati si riferiscono, in qualche modo, all'esistenza di un trattamento di sfavore causato da una misura neutra ed alla possibilità di giustificare la discriminazione indiretta, alcuni elementi di questa definizione sono stati precisati secondo modalità differenti. Analizzeremo qui distintamente due aspetti: in primo luogo, che cosa è stato stabilito a livello nazionale relativamente al significato ed alla misurazione dello svantaggio derivante da atti e comportamenti neutri; in secondo luogo il tema della giustificazione della discriminazione indiretta.

Riguardo al primo, come peraltro già osservato²⁰⁵, una delle novità contenute nelle direttive del 2000 è rappresentata dalla mancata riproposizione della formula secondo la quale lo svantaggio causato da una norma neutra doveva essere "proporzionalmente maggiore" per alcuni soggetti rispetto ad altri. Questa disposizione era presente nella legislazione sulla discriminazione di genere, specialmente nelle direttive comunitarie più risalenti, e presupponeva di dimostrare il trattamento sfavorevole attraverso un criterio quantitativo, utilizzando prevalentemente i dati statistici. Un approccio che può non risultare appropriato in relazione ai nuovi fattori di rischio disciplinati dalle direttive del 2000: ad esempio, solitamente non si dispone di sufficienti dati per poter verificare quali sono le porzioni di individui appartenenti ad una razza o ad una religione che risultano svantaggiati a causa di una misura neutra. Le direttive, dunque, parlano genericamente di un "particolare svantaggio", misurabile anche attraverso criteri non quantitativi; non specificano, invece, come si debba individuare detto svantaggio, lasciando la decisione al legislatore ed al giudice interno²⁰⁶.

In fase di attuazione delle direttive, tutti gli Stati considerati hanno collegato la discriminazione indiretta all'esistenza di un "particolare

²⁰⁴ Più in dettaglio *supra*, cap. II, par. 2.1.

²⁰⁵ *Supra*, cap. II, par. 2.1.

²⁰⁶ In merito si può ricordare quanto affermato nel preambolo della direttiva 2000/78, al n. 15: "La valutazione dei fatti sulla base dei quali si può argomentare che sussiste discriminazione diretta o indiretta è una questione che spetta alle autorità giudiziarie nazionali o ad altre autorità competenti conformemente alle norme e alle prassi nazionali. Tali norme possono prevedere in particolare che la discriminazione indiretta sia stabilita con qualsiasi mezzo, compresa l'evidenza statistica".

svantaggio”, non necessariamente individuato in una proporzione numerica di soggetti svantaggiati dalla misura neutra. Ciò non significa, anche alla luce di quanto affermato nel preambolo della direttiva 2000/78 (n. 15), che i criteri statistici non debbano mai essere utilizzati per dimostrare l'esistenza di una discriminazione, ma soltanto che non si tratta più di una *condicio sine qua non* per poter definire un trattamento come sfavorevole. D'altra parte, scegliendo quest'ultima ipotesi, il divieto di discriminazione indiretta sarebbe risultato di difficile applicazione in Paesi, come la Francia e l'Italia, nei quali la raccolta di dati sull'appartenenza religiosa e razziale dei lavoratori è espressamente proibita²⁰⁷, o fortemente limitata²⁰⁸, e neppure è oggetto di appositi sondaggi o inchieste di carattere generale²⁰⁹.

²⁰⁷ In Francia, la norma di riferimento è l'art. 8, comma 1 della legge 6 gennaio 1978, “*loi relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés*”, che nella versione attualmente in vigore dispone: “Il est interdit de collecter ou de traiter des données à caractère personnel qui font apparaître, directement ou indirectement, les origines raciales ou ethniques, les opinions politiques, philosophiques ou religieuses ou l'appartenance syndicale des personnes, ou qui sont relatives à la santé ou à la vie sexuelle de celles-ci.” Il codice penale punisce le medesime condotte con la detenzione fino a cinque anni e la sanzione fino a 300.000 euro (art. 226-19). In proposito G. DOLE, *La liberté d'opinion et de conscience en droit comparé du travail*, cit., p. 92.

²⁰⁸ In Italia il trattamento dei cosiddetti “dati sensibili”, tra i quali sono inclusi l'origine etnica, le convinzioni religiose e di altro genere, le opinioni politiche, ecc., è consentito solo a determinate condizioni (artt. 20 e 26 del d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196), e in ogni caso è vietato il loro utilizzo a fini discriminatori. Questione diversa è invece la possibilità di ipotizzare forme di monitoraggio degli appartenenti ad una confessione religiosa, se dirette a soddisfare le esigenze di culto dei cittadini (ad esempio per valutare la presenza di una religione su un territorio, al fine di procedere alla destinazione di parte delle aree destinate all'urbanizzazione secondaria ad edilizia di culto, oppure per predisporre il servizio di assistenza spirituale nei luoghi di cura). In generale sul tema del trattamento dei dati sensibili: E. VITALI, A.G. CHIZZONITI, *Manuale breve di diritto ecclesiastico*, Milano, Giuffrè, 2008, p. 196 ss.; R. ACCIAI, *Privacy e fenomeno religioso: le novità del Codice in materia di protezione dei dati personali*, in *Quaderni dir. pol. eccl.*, 2004, 2, p. 341 ss.

²⁰⁹ In realtà, nella stragrande maggioranza dei Paesi europei esiste una regolamentazione speciale del trattamento dei dati sensibili, compresi quelli religiosi, anche in attuazione dell'art. 8 della direttiva CE del 24 ottobre 1995, n. 95/46. Quest'ultima, tuttavia, permette a determinate condizioni la raccolta dei dati personali, anche sensibili (art. 8, par. 2, 3 e 4), ad esempio proprio per fini statistici. In Italia il d.lgs. n. 196 del 2003, sopra ricordato, consente la raccolta dei dati allo scopo di effettuare statistiche e ricerche (artt. 97 e ss. e, in particolare sui dati sensibili, art. 107); nel Regno Unito esiste una disposizione ancor più mirata, che permette espressamente di utilizzare informazioni sull'origine etnica dei cittadini, quando ciò sia necessario per individuare e monitorare le violazioni del principio di parità di trattamento (Data Protection Act 1998, c. 27, Schedule 3, art. 9, consente il “processing” dei dati sensibili quando “[...] (b) is necessary for the purpose of identifying or keeping under review the existence or absence of equality of opportunity or treatment between persons of different racial or ethnic origins, with a view to enabling such equality to be promoted or maintained, and (c) is carried out with appropriate safeguards for the rights and freedoms of data subjects [...]”). Non solo: nel Regno Unito il sistema nazionale di censimento prevede l'indicazione dell'origine etnica e, dal 2001, anche della religione di appartenenza (in base al *Census Act 1920*, come modificato dal *Census (Amendment) Act 2000*). L'uso dei dati personali al fine di favorire la realizzazione della parità è, poi, prassi abituale negli Stati Uniti, dove infatti una discriminazione indiretta viene individuata da un “disparate impact”, ovvero da un impatto quantitativamente

Ciò premesso, è opportuno verificare in che modo lo svantaggio derivante da una misura neutra viene definito nelle disposizioni nazionali di attuazione delle direttive.

In Italia e in Francia si è optato per ricalcare alla lettera la definizione dettata dal legislatore europeo, facendo riferimento, dunque, alla medesima indeterminata espressione (“particolare svantaggio”) di cui all’art. 2.2 della direttiva 2000/78²¹⁰. Per l’ordinamento francese il divieto di discriminazione indiretta costituisce, come già osservato, un’assoluta novità, introdotta per adeguarsi al diritto comunitario; è, perciò, comprensibile che non vi sia stata una sufficiente elaborazione normativa in merito agli elementi specifici di tale nozione. In Italia, invece, una previgente definizione della discriminazione religiosa indiretta è rintracciabile nell’art. 43.2, lettera e, del Testo Unico sull’immigrazione, per il quale deve ritenersi tale “ogni trattamento pregiudizievole conseguente all’adozione di criteri che svantaggino *in modo proporzionalmente maggiore* i lavoratori appartenenti ad una determinata razza, ad un determinato gruppo etnico o linguistico, ad una determinata confessione religiosa o ad una cittadinanza e riguardino requisiti non essenziali allo svolgimento dell’attività lavorativa”. Questa norma, mantenuta in vigore dall’art. 2.2 del d.lgs. n. 216/2003, fa riferimento ad uno svantaggio “quantitativo”, risultando in contrasto con quanto stabilito dalla direttiva e determinando i medesimi problemi di coordinamento di cui si è detto a proposito della definizione della discriminazione diretta. Anche in questo caso la disposizione più risalente risulta meno favorevole alle vittime (a causa della

negativo della norma neutra su certe categorie di soggetti. Nonostante il Regno Unito abbia mostrato qualche apertura in tal senso, tale approccio appare estraneo agli ordinamenti giuridici europei, che prediligono la tutela della privacy alla predisposizione di indagini sulla parità. Addirittura, la dottrina ha rilevato che per l’ordinamento francese la raccolta di dati sensibili, oltre ad essere proibita per legge, sarebbe inibita anche da ragioni di principio, ovvero dal considerare i cittadini come appartenenti ad un’unica Nazione, risultando così illegittimo cercare di classificarli in base all’origine etnica (così K. BERTHOU, *New Hopes for French Anti-Discrimination Law*, cit., p. 118). Su questo tema cfr. ampiamente J. RINGELHEIM, *Processing Data on Racial or Ethnic Origin for Antidiscrimination Policies: How to Reconcile the Promotion of Equality with the Right to Privacy?*, Jean Monnet Paper n. 08/06, all’indirizzo web: www.jeanmonnetprogram.org.

²¹⁰ In Francia: art. 1, comma 2 della legge n. 496 del 2008: “Constitue une discrimination indirecte une disposition, un critère ou une pratique neutre en apparence, mais susceptible d’entraîner, pour l’un des motifs mentionnés au premier alinéa, un *désavantage particulier* pour des personnes par rapport à d’autres personnes (...)”. In Italia: art. 2, comma 1, lettera b, del d.lgs. n. 216/2003: “discriminazione indiretta quando una disposizione, un criterio, una prassi, un atto, un patto o un comportamento apparentemente neutri possono mettere le persone che professano una determinata religione o ideologia di altra natura, le persone portatrici di handicap, le persone di una particolare età o di un orientamento sessuale in una situazione di *particolare svantaggio* rispetto ad altre persone”.

necessità di adoperare dati statistici, non sempre a disposizione), ma non è stata formalmente superata da quella introdotta con i decreti del 2003, imponendo all'interprete difficili esercizi di "chirurgia giuridica"²¹¹.

Più complessa è, invece, la definizione britannica della discriminazione indiretta, che si verifica quando "A applies to B a provision, criterion or practice which he applies or would apply equally to persons not of the same religion or belief as B, but (i) which puts or would put persons of the same religion or belief as B at a particular disadvantage when compared with other persons, (ii) which puts B at that disadvantage, and (iii) which A cannot show to be a proportionate means of achieving a legitimate aim" (art. 3.1, lettera *b*, dell'*Employment Equality Regulations 2003*). In termini analoghi si esprime l'art. 45.3 dell'*Equality Act 2006*²¹². Tralasciando per il momento la questione della giustificazione della discriminazione, nelle disposizioni ora menzionate si può notare l'assenza di riferimenti ai dati statistici i quali, peraltro, erano stati via via meno utilizzati già nella giurisprudenza nazionale²¹³. Pur non ricorrendo ai dati numerici, la normativa inglese scende nel dettaglio quando descrive il pregiudizio derivante da una misura indirettamente discriminatoria, a differenza delle disposizioni italiana e francese, le quali non specificano come rilevare un "particolare svantaggio". I regolamenti del 2003 e l'*Equality Act 2006* precisano che dalla misura neutra debba discendere un "*particular disadvantage*" sia per l'individuo, sia per il gruppo religioso cui egli appartiene²¹⁴: si è così cercato di conciliare la

²¹¹ P. CHIECO, *Le nozioni di discriminazioni diretta e indiretta nell'ordinamento italiano*, cit., p. 79-80.

²¹² L'art. 45, comma 3, dell'*Equality Act* recita: "A person ("A") discriminates against another ("B") for the purposes of this Part if A applies to B a provision, criterion or practice – (a) which he applies or would apply equally to persons not of B's religion or belief, (b) which puts persons of B's religion or belief at a disadvantage compared to some or all others (where there is no material difference in the relevant circumstances), (c) which puts B at a disadvantage compared to some or all persons who are not of his religion or belief (where there is no material difference in the relevant circumstances), and (d) which A cannot reasonably justify by reference to matters other than B's religion or belief."

²¹³ La "*statistical evidence*" in alcuni casi viene applicata con minor rigore ed affiancata da altri criteri di dimostrazione della discriminazione: cfr. D. STRAZZARI, *Discriminazione razziale e diritto*, cit., p. 344; C. BARNARD, B. HEPPLER, *Substantive equality*, cit., p. 574; B. HEPPLER, T. CHOUDHURY, *Tackling religious discrimination*, cit., p. 37; in giurisprudenza, tra le molte, Employment Appeal Tribunal, sent. 27 giugno 2000, "*White v. Timbmet Ltd*", dove si afferma "there is no obligation on an Employment Tribunal to look only at the mathematical structure of the results of analysing a pool".

²¹⁴ Entrambi gli elementi sono necessari: non è sufficiente rilevare il potenziale discriminatorio di una misura nei confronti di un gruppo, ma deve essersi verificato anche uno svantaggio per l'individuo. Cfr. DTI (DEPARTMENT OF TRADE AND INDUSTRY), *Explanation of the provisions of the: Employment Equality (Sexual Orientation) Regulations 2003 and the Employment Equality (Religion or Belief) Regulations 2003*, p. 7 (disponibile all'indirizzo internet www.berr.gov.uk/files/file29350.pdf).

dimensione collettiva (tipica della discriminazione indiretta²¹⁵) con quella individuale²¹⁶. Inoltre, si pone nuovamente al centro dell'attenzione il momento comparativo, per cui la prova dello svantaggio subito si fonderà su un raffronto, stavolta non tra individui, ma tra gruppi di credenti (o non-credenti) che risultano più danneggiati di altri dalla misura neutra. Anche in questo caso, come notato per la discriminazione diretta, si pone il problema di individuare il corretto termine di paragone, operazione forse ancor più difficile perché da riferire a collettività²¹⁷. La dimostrazione dello svantaggio, qualitativo o quantitativo che sia, resta dunque affidata alla valutazione del singolo caso e rimane in parte nell'indeterminatezza, pur essendosi ampliate le "armi" a disposizione del giudice per provare la discriminazione²¹⁸.

²¹⁵ Questa nozione, specialmente ai suoi esordi nella legislazione statunitense, si collega, infatti, all'esistenza di un "disparate impact", una conseguenza svantaggiosa nei confronti di una categoria di lavoratori. In merito, oltre agli autori cit. supra, cap. II, nota 66, si v. S. FREDMAN, *Discrimination law*, cit., p. 106 ss.

²¹⁶ I giuristi britannici hanno, peraltro, criticato l'accento posto dalle direttive sulla dimensione individuale, piuttosto che su quella collettiva della lotta alla discriminazione. A loro avviso, infatti, anche nella definizione di discriminazione indiretta non si sposta sufficientemente il focus sullo svantaggio subito dal gruppo in quanto tale (caratterizzato dalla razza o dalla religione), ma si afferma che lo svantaggio deve essere di persone "rispetto ad altre", senza specificare che esso debba sussistere per qualcuno in quanto appartenente ad un gruppo, e confrontando la sua situazione rispetto ai non appartenenti (S. FREDMAN, *Discrimination law*, cit., p. 109 ss.; C. BARNARD, B. HEPPLER, *Substantive equality*, cit., p. 568; B. HEPPLER, T. CHOUDHURY, *Tackling religious discrimination*, cit., p. 36 ss.). Dalle definizioni britanniche, così dettagliate, traspare tutta la difficoltà di rintracciare un equilibrio tra la dimensione individuale e quella collettiva delle pari opportunità. Cfr., riguardo all'*Equality Act*, S. COGLIEVINA, *L'Equality Act 2006 ed il divieto di discriminazione religiosa*, in *Quaderni diritto e politica eccl.*, 2006, n. 2, p. 429 ss. e in generale M.V. BALLESTRERO, *Eguaglianza e nuove differenze nel diritto del lavoro*, cit., p. 512 ss. Anche la tipologia di misure neutre che possono integrare una violazione della discriminazione indiretta può influire sulla ricaduta collettiva o individuale del divieto in esame. Nel Regno Unito, le norme più risalenti (il *Race Relations Act* ed il *Sex Discrimination Act*) si riferivano a "requirement or condition", ovvero a specifici requisiti che il soggetto non poteva soddisfare, a causa di una sua caratteristica (la razza o il sesso), ponendo, quindi, l'accento sullo svantaggio subito dall'individuo. In attuazione delle direttive, l'odierna definizione britannica della discriminazione indiretta fa, invece, riferimento a "provision, criterion or practice" neutri che possono causare uno svantaggio, chiamando in causa non più soltanto i singoli requisiti aziendali, ma tutta una serie di misure che possono ricomprendere anche leggi dello Stato o regolamenti di settore. È più evidente, così, la ricaduta del divieto di discriminazione sulla dimensione di gruppo, in quanto sono censurabili anche misure generali che possono mettere in posizione di svantaggio non solo il singolo lavoratore, ma tutte le persone che professano una religione o un credo. In tema, ampiamente, D. SCHIEK, *Indirect discrimination*, in D. SCHIEK, L. WADDINGTON, M. BELL et al. (eds), *Cases, materials and Text on National, Supranational and International Non-Discrimination Law*, cit., p. 348 ss.; D. STRAZZARI, *Discriminazione razziale e diritto*, cit., p. 341 ss.; C. BARNARD, B. HEPPLER, *Substantive equality*, p. 569.

²¹⁷ Cfr. ancora S. FREDMAN, *Discrimination law*, cit., p. 109 ss.

²¹⁸ La dottrina ha sottolineato che questo passaggio genera incertezza sulle modalità di prova di un "particolare svantaggio" per gli appartenenti ad una religione. L'indeterminatezza dell'espressione "particular disadvantage" riguarda entrambe le parti, sia chi subisce una discriminazione, sia chi è portato a metterla in atto. Il primo dovrà sperare nelle capacità dei giudici di dimostrare lo

Quanto alla giustificazione della discriminazione indiretta, essa è prevista dalla direttiva 2000/78 quando una misura neutra risulti “oggettivamente giustificata da una finalità legittima e i mezzi impiegati per il suo conseguimento siano appropriati e necessari” (art. 2.2, lettera *b*, sub ‘i’). La *ratio* di questa disposizione è da individuarsi nella ricerca di un bilanciamento tra i diversi interessi in gioco: da una parte, la realizzazione delle pari opportunità, dall’altra gli interessi dell’impresa o dell’economia di un Paese. Nei singoli Stati, a seconda dell’ampiezza dei criteri di giustificazione delle misure neutre, si determinerà un onere più o meno gravoso relativamente alla tutela delle diversità religiose e razziali²¹⁹.

In Italia l’art. 3.6 del d.lgs. 216/2003 stabilisce che “non costituiscono, comunque, atti di discriminazione ai sensi dell’articolo 2 quelle differenze di trattamento che, pur risultando indirettamente discriminatorie, siano giustificate oggettivamente da finalità legittime perseguite attraverso mezzi appropriati e necessari”. Si tratta di un esempio di cattiva trasposizione della direttiva da parte del legislatore interno. In primo luogo la norma sulla giustificazione è stata – senza alcuna evidente ragione – inserita in un articolo diverso rispetto a quello che definisce la discriminazione, così che il bilanciamento tra il divieto in esame e la possibilità di giustificazione della misura neutra risulta di difficile lettura²²⁰. Probabilmente si è voluto assimilare detta possibilità ad una deroga al divieto di discriminazione: infatti l’art. 3 del decreto elenca tutte le eccezioni al

svantaggio senza appigli numerico-statistici; il secondo avrà l’onere di valutare una serie di regole (principalmente aziendali) ed il loro potenziale discriminatorio ed evitare di applicarle, operazione particolarmente difficoltosa se si considera che lo svantaggio, almeno nei regolamenti del 2003, viene inteso anche come “virtuale” e non soltanto attuale e concreto (cfr. D. STRAZZARI, *Discriminazione razziale e diritto*, cit., p. 343; M.V. BALLESTRERO, *Eguaglianza e nuove differenze nel diritto del lavoro*, cit., p. 513).

²¹⁹ Si può ben comprendere l’importanza di stabilire criteri di giustificazione equi nell’applicazione del divieto di discriminazione indiretta: da una parte, in loro assenza, le imprese sarebbero obbligate a predisporre in ogni caso misure differenziate in favore di gruppi razziali e religiosi, interventi che risulterebbero eccessivamente onerosi; dall’altra, modalità di giustificazione troppo ampie svuoterebbero di significato il divieto in esame.

²²⁰ Nella (scarsa) giurisprudenza nazionale sulle discriminazioni razziali e religiose si è iniziato, peraltro, ad utilizzare le norme dei decreti del 2003, anche se spesso i ricorsi sono presentati facendo riferimento al T.U. sull’immigrazione. Di recente il Tribunale di Milano, sez. lavoro (sent. 30 maggio 2008, n. 2545/08) si è misurato con il concetto di discriminazione indiretta ed i relativi criteri di giustificazione, dichiarando il requisito della cittadinanza italiana un criterio non appropriato né necessario per lo svolgimento della professione di infermiere. Nonostante la formulazione dell’art. 3.6 del d.lgs. n. 216/2003 (e del suo “gemello” art. 2.4 del d.lgs. n. 215/2003, richiamato nella pronuncia in esame) potesse generare mancanza di chiarezza, il giudice ha applicato correttamente la nozione di discriminazione indiretta al caso di specie.

principio della parità di trattamento, consentite dalle direttive. I criteri di giustificazione di cui stiamo trattando, tuttavia, a differenza delle deroghe *stricto sensu*, non individuano ipotesi nelle quali i divieti in esame non si applicano, ma servono a delimitare il concetto di discriminazione indiretta. In secondo luogo, e dal punto di vista più strettamente letterale, il legislatore italiano ha fatto riferimento a situazioni che già *risultano* discriminatorie e che pertanto non possono – come vorrebbe la norma in esame – non costituire discriminazione²²¹. La disattenzione riguardo al corretto *drafting* di questa norma appare ancor più evidente se si considera che il divieto di discriminazione indiretta non riguarda “differenze di trattamento”, ma proprio la situazione opposta, ovvero una illegittima neutralità.

In Francia, come si è detto, la definizione, introdotta dalla l. n. 496-2008, ripropone “*mot par mot*” quella sancita dalle direttive, compresi i criteri di giustificazione della discriminazione indiretta. Guardando alla prassi, tuttavia, si deve osservare che, almeno relativamente al fattore religioso, i giudici francesi giustificano molto spesso e molto agevolmente casi di discriminazione. Come si è già osservato, il giudizio antidiscriminatorio si fonda sull’esame della motivazione di una norma; talvolta, infatti, basta dimostrare che essa non si basa sulla considerazione dell’elemento religioso per escludere che sia stata violata la parità di trattamento. Tale metodo di giustificazione è applicato – erroneamente, in base al diritto comunitario – sia ai casi di discriminazione diretta, sia a quelli di discriminazione indiretta²²². Non solo: nell’analisi di fattispecie relative alla parità ed ai diritti individuali nel settore del lavoro, i giudici applicano, piuttosto che i divieti di discriminazione, un’altra norma del *Code du travail*, l’art. 120-2 (nel nuovo codice: art. L. 1121-1), che consente una “scappatoia” ancora più facile dagli obblighi antidiscriminatori, la quale prevede che una restrizione dei diritti individuali di un lavoratore è legittima quando è giustificata dalla natura dell’impiego che questi deve svolgere e proporzionale al fine perseguito dall’impresa²²³. Dunque, sarà sufficiente collegare una misura

²²¹ M.V. BALLESTRERO, *Eguaglianza e nuove differenze nel diritto del lavoro*, cit., p. 514; G. DE SIMONE, *Eguaglianza e nuove differenze nei lavori flessibili, fra diritto comunitario e diritto interno*, in *Lavoro e diritto*, 2004, n. 3-4, p. 537.

²²² D. STRAZZARI, *Discriminazione razziale e diritto*, cit., p. 354 ss.

²²³ “Nul ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives de restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché”. In merito G. DOLE, *La liberté d’opinion et de conscience en droit comparé du travail*, cit., p. 54 ss.

discriminatoria (sia essa diretta o indiretta) alle caratteristiche di una mansione e ad una finalità aziendale per poter legittimare la limitazione del diritto di libertà religiosa che ne deriva. Il frequente uso di questa norma da parte della giurisprudenza francese mostra che siffatto meccanismo è piuttosto semplice da applicare ai casi concreti e che spesso è individuabile un interesse dell'impresa che può mettere a tacere l'obbligo di rispettare la parità e le esigenze religiose dei lavoratori.

Anche nel Regno Unito la possibilità di giustificare una norma indirettamente discriminatoria è più ampia rispetto a quella proposta dalle direttive del 2000. Nei regolamenti del 2003 (come nel *Race Relations Act*) si esclude, infatti, la discriminazione quando la misura neutra costituisce “*a proportionate means of achieving a legitimate aim*”. Si fa dunque riferimento ad un criterio di proporzionalità, anziché di necessità, che permette di affermare con più libertà le esigenze aziendali a discapito del perseguimento della parità di trattamento²²⁴. Nell'*Equality Act 2006* il test di ragionevolezza è ancora meno rigido: è sufficiente dimostrare, infatti, che la misura neutra indirettamente discriminatoria sia giustificabile da un fattore estraneo alla religione della vittima (“*a provision, criterion or practice [...] which A cannot reasonably justify by reference to matters other than B's religion or belief*”). Probabilmente quest'ultima disposizione, più blanda rispetto alle direttive ed ai regolamenti del 2003, è dovuta al fatto che i divieti sanciti dall'*Equality Act* non si applicano soltanto al settore del lavoro, ma a svariati ambiti e comportamenti (scuola, accesso a beni e servizi, e così via) nei quali possono emergere molteplici interessi, così da rendere necessario un criterio di giustificazione più flessibile.

La questione ora analizzata è particolarmente importante perché tenta di riequilibrare gli oneri derivanti dal divieto di discriminazione indiretta – che impone, come noto, la previsione di trattamenti differenziati – con gli altri interessi in gioco, principalmente quelli dell'impresa. A questo proposito occorre notare che i dettagli inseriti nelle definizioni della discriminazione non costituiscono un mero esercizio di tecnica legislativa, ma sono finalizzati alla ricerca di un delicato bilanciamento di esigenze diverse, tra le quali si possono ricordare: una più agevole difesa delle vittime della discriminazione (a questo tendono l'irrelevanza dell'intenzionalità della medesima e l'introduzione delle

²²⁴ D. STRAZZARI, *Discriminazione razziale e diritto*, cit., p. 347 ss.; S. FREDMAN, *Discrimination law*, cit., p. 112 ss. nota che in passato il test per giustificare una misura indirettamente discriminatoria era più rigido di quelli che si sono affermati di recente.

comparazioni ipotetiche), la tutela delle minoranze e dei gruppi più deboli (richiamata dall'interpretazione della discriminazione come svantaggio), la salvaguardia degli interessi del settore lavorativo (operata attraverso i criteri di giustificazione della discriminazione).

Dall'analisi degli elementi che contraddistinguono le nozioni di discriminazione a livello nazionale emerge, inoltre, la presenza di differenti modelli di diritto antidiscriminatorio. Quest'ultimo, soprattutto nel Regno Unito, sembra essersi sviluppato come uno strumento di tutela dei più deboli e delle minoranze etniche e religiose. Lo dimostrano l'interpretazione della discriminazione come svantaggio, la maggior attenzione verso il concetto di discriminazione indiretta e la sua possibile applicazione a norme e comportamenti generali, e non solo a singoli provvedimenti aziendali. Questo approccio, "oggettivo" e attento al dato di gruppo, tende alla rimozione della discriminazione istituzionale e strutturale, molto rilevante per il fattore etnico e religioso, e ad una particolare tutela per le espressioni di diversità. All'opposto di questo modello vi è quello proprio del diritto francese, caratterizzato dalla centralità dei diritti individuali rispetto a quelli di gruppo e dalla predilezione per l'uguaglianza formale, anziché sostanziale²²⁵. L'Italia, infine, sembra collocarsi su una via media, poiché nonostante non abbia una consolidata tradizione in materia di diritto antidiscriminatorio nei suoi principi costituzionali non manca di affermare la necessità di interventi in positivo, in favore dell'uguaglianza sostanziale²²⁶.

2.2. Il concetto di religione e il rapporto tra discriminazione razziale e religiosa

Le disposizioni nazionali sulla discriminazione religiosa si differenziano altresì nelle modalità con le quali si riferiscono alla religione, alle credenze, ed

²²⁵ D. STRAZZARI, *Discriminazione razziale e diritto*, cit., p. 318 ss., sottolinea la funzione "ridistributiva" del diritto antidiscriminatorio britannico, contrapposta a quella "rimediale" dell'approccio francese, centrato, come si è visto, sul ruolo del diritto penale e sull'applicazione di sanzioni come risarcimento delle discriminazioni subite. Per casi legati alla religione o alla razza, che spesso dipendono da comportamenti collettivi o da regole radicate nella società, appare chiaro che il risarcimento attribuito dal diritto penale è poco utile, o quantomeno rischia di lasciare intatto lo status quo, al di là della sanzione imposta nel singolo caso. D'altra parte, questo approccio è perfettamente in linea con le caratteristiche del diritto francese, che notoriamente predilige l'individualità alla collettività.

²²⁶ Cf. *supra*, par. 1.4.

eventualmente a fattori di rischio collegati, come la razza e l'origine etnica. Il binomio di derivazione internazionale “*religion/belief*” è presente nel nostro ordinamento giuridico, all'art. 1 del d.lgs. n. 216/2003 che ne ripropone la versione italiana (“religione e convinzioni personali”) utilizzata nella direttiva 2000/78, mentre nel Regno Unito l'art. 2 degli *Employment Equality Regulations* del 2003 precisa espressamente che “«*religion or belief*» means any religion, religious belief, or similar philosophical belief”. In Francia, invece, se l'art. 122-45 del Codice del lavoro, nel solco della propria tradizione nazionale in materia, poneva l'accento più sull'aspetto individuale che collettivo della religiosità, facendo riferimento esclusivamente alle “*convictions religieuses*”, solo con la recente legge n. 2008-496 è stata introdotta l'espressione utilizzata dal legislatore comunitario (“*religion/convictions*”, art. 1).

Analizzando nel dettaglio il quadro normativo dei tre Paesi, a fianco di una comune rinuncia a definire positivamente la religione, si possono riscontrare alcune differenze nell'uso dei termini di riferimento.

Riguardo all'Italia è da sottolineare, ancora una volta, il non riuscito coordinamento delle nuove nozioni con la normativa previgente. Mentre il decreto attuativo del 2003 ha correttamente impiegato un'espressione indeterminata e potenzialmente molto ampia (quella di “convinzioni personali”), tale da includere varie ipotesi di discriminazione religiosa²²⁷, l'art. 43 del Testo Unico sull'immigrazione – tuttora in vigore grazie alla clausola di salvaguardia di cui all'art. 2.2 del d.lgs. n. 216/2003 – fa riferimento a fattori di discriminazione più numerosi, ma circoscritti. Tra questi figurano, al comma 1 dell'art. 43, “la razza, il colore, l'ascendenza o l'origine nazionale o etnica, le convinzioni e le pratiche religiose”; al 2° comma, lettera e, invece, l'appartenenza ad una confessione religiosa, accanto a quella “ad una razza, ad un gruppo etnico o linguistico”. Data la collocazione di queste disposizioni in uno strumento finalizzato principalmente alla tutela degli immigrati, ben si comprende l'attenzione al fattore etnico, citato assieme a quello religioso²²⁸; allo stesso tempo, però, non risulta chiara l'estensione del divieto di discriminazione religiosa *tout court*. Sembra, infatti, che il legislatore del 1998 abbia utilizzato indifferentemente una serie di termini che vanno dalle personali convinzioni,

²²⁷ M. AIMO, *Le discriminazioni basate sulla religione e le convinzioni personali*, cit., p. 46 ss.

²²⁸ Cfr. *supra*, par. 1.1; sulla rilevanza del collegamento tra razza e religione nella lotta alla discriminazione nel lavoro si veda, tra gli altri, P. BELLOCCHI, *Pluralismo religioso, discriminazioni ideologiche e diritto del lavoro*, cit., p. 168 ss. e *passim*.

alla loro esternazione tramite “pratiche religiose”, alla “appartenenza” ad una confessione²²⁹, senza tener conto del conseguente diverso significato che il divieto di discriminazione potrebbe assumere di volta in volta²³⁰. Proprio in ragione della ambiguità terminologica del Testo Unico sull’immigrazione, il decreto del 2003 avrebbe potuto rappresentare un punto fermo, con l’uso del binomio “religion/belief”, la cui interpretazione si è ormai consolidata grazie all’esperienza maturata a livello di diritto internazionale e comunitario. Detto binomio, tuttavia, proposto agli artt. 1 e 2 nei medesimi termini della direttiva, si presenta con un’altra veste nell’art. 2.1, lettera *b*, rimodulato nella formula “religione o ideologia di altra natura”. Al di là della dilatazione del concetto attraverso il riferimento a generiche “ideologie”, non contemplate nell’originario intervento europeo, questo continuo mutamento dei vocaboli di riferimento appare destabilizzante per la coerenza del quadro normativo interno e per una sua efficace ed uniforme applicazione.

Agli antipodi del recepimento italiano (disseminato di inesattezze), quello britannico contiene specifiche norme che descrivono i “*key concepts*” di religione e credenza²³¹. Si è già accennato all’art. 2 degli *Employment Equality Regulations*

²²⁹ Cfr. i rilievi di M. AIMO, *Le discriminazioni basate sulla religione e le convinzioni personali*, cit., p. 44 ss.; da notare che il riferimento all’appartenenza confessionale potrebbe rendere necessario, preliminarmente all’applicazione della norma antidiscriminatoria, definire in qualche modo la nozione di confessione religiosa. Si tratta di un’annosa questione (sulla quale cfr., tra gli altri: F. FINOCCHIARO, *Diritto ecclesiastico*, cit., p. 68 ss.; N. COLAIANNI, *Confessioni religiose e intese*, Bari, Cacucci, 1990, p. 32 ss.; per alcuni richiami alla situazione europea F. MARGIOTTA BROGLIO, *Il fenomeno religioso nel sistema giuridico dell’Unione Europea*, cit., p. 99 ss.; S. FERRARI, I.C. IBAN, *Diritto e religione in Europa occidentale*, Bologna, Il Mulino, 1999, p. 39 ss.), la cui risoluzione appare, tuttavia, poco utile ai fini della normativa antidiscriminatoria, che si propone di offrire una garanzia più ampia possibile del godimento dei diritti fondamentali, senza distinzioni (per l’appunto) di religione. La formulazione di cui all’art. 43, comma 2, lettera *e*, del T.U. sull’immigrazione appare ancor più fuorviante poiché menziona l’appartenenza confessionale nella parte relativa alla discriminazione nel rapporto di lavoro, un ambito nel quale è la libertà del singolo ad essere tutelata, mentre risulta superfluo conoscere se un sistema di credenze sia da considerarsi o meno una confessione religiosa (così P. BELLOCCHI, *Pluralismo religioso, discriminazioni ideologiche e diritto del lavoro*, cit., p. 166-167). Sul significato dell’appartenenza confessionale *versus* le convinzioni personali *lato sensu* per il diritto antidiscriminatorio cfr. inoltre N. FIORITA, *Il diritto antidiscriminatorio in cerca di identità: la religione e le convinzioni personali nella normativa vigente*, cit.

²³⁰ Mancando una giurisprudenza consolidata in merito agli aspetti religiosi dell’art. 43 del d.lgs. n. 286/1998, un ausilio interpretativo deve essere rintracciato nelle pronunce internazionali e comunitarie che hanno ricostruito il significato delle nozioni di religione e credenza (in tema cfr. *supra*, cap. II, par. 1.2; *adde* G. PITT, *Religion or belief: aiming at the right target?*, in H. MEENAN (ed. by), *Equality Law in an enlarged European Union*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007, p. 205 ss.

²³¹ La consapevolezza che la più o meno ampia applicazione dei divieti in questione dipenderà anche dall’interpretazione delle nozioni di riferimento traspare dagli studi preparatori alla normativa di attuazione delle direttive: cfr. B. HEPPLER, T. CHOUDHURY, *Tackling religious discrimination*, cit., p. 25 ss.

2003, che ribadisce la lettura internazionale e comunitaria di dette nozioni; tale disposizione è stata di recente integrata dall'*Equality Act 2006*, il cui art. 44 ha precisato che nell'applicazione dei divieti di discriminazione i termini "religion" e "belief" comprendono pure l'assenza di una religione o di una credenza, tutelando così una gamma di convinzioni personali senz'altro più ampia²³². Stando a quanto affermato nelle note esplicative dei Regolamenti del 2003, rimangono invece escluse le pratiche religiose e le forme di manifestazione delle credenze, le quali ricevono comunque una tutela attraverso il divieto di discriminazione indiretta²³³. La normativa britannica si sofferma, inoltre, su una serie di peculiarità che possono caratterizzare una discriminazione religiosa. Si specifica, ad esempio, che la religione sulla quale si fonda il trattamento svantaggioso può essere quella della vittima o di un altro soggetto ad essa collegato²³⁴, che può essere contemporaneamente anche la religione del "discriminator" (art. 45.1 dell'*Equality Act 2006* ed art. 3.1 dei Regolamenti del 2003, come modificato dall'art. 77.2 dell'*Equality Act*²³⁵). Ancora, l'art. 45.2

²³² Art. 44 dell'*Equality Act*: "In this Part – (a) "religion" means any religion, (b) "belief" means any religious or philosophical belief, (c) a reference to religion includes a reference to lack of religion, and (d) a reference to belief includes a reference to lack of belief." L'art. 77 dell'*Equality Act* ha sostituito l'art. 2.1 dei Regolamenti del 2003 con questa definizione più dettagliata. In merito S. COGLIEVINA, *L'Equality Act 2006 ed il divieto di discriminazione religiosa*, cit., p. 427 ss. In giurisprudenza, tra le altre: Employment Appeal Tribunal, sent. 3 ottobre 2007, "*Harris v. NKL Automotive Ltd*", nella quale si afferma che il credo *Rastafarian* "constituted a philosophical belief, which was similar to a religious belief and therefore fell within the scope of the [2003] Regulations".

²³³ DTI, *Explanation of the provisions of the: Employment Equality (Sexual Orientation) Regulations 2003 and the Employment Equality (Religion or Belief) Regulations 2003*, cit., p. 3.

²³⁴ Nel Regno Unito alcune pronunce hanno affrontato ipotesi di "discrimination by association", relativamente alla discriminazione razziale: in uno dei *leading cases* sul punto (Employment Appeal Tribunal, sent. 28 ottobre 1983, "*Showboat Entertainment Centre Ltd v Owens*") un dipendente di un centro divertimenti era stato licenziato per non aver negato l'ingresso al centro ad alcuni ragazzi di colore, "disobbedendo" ad una pratica razzista richiestagli dal suo datore di lavoro. Il giudice riconobbe in tale licenziamento una discriminazione razziale, non fondata sull'origine etnica del dipendente (egli infatti era inglese e bianco), ma su quella dei clienti del centro. Un comportamento simile da parte dell'impresa integra altresì un ordine di discriminare, vietato dalle direttive e, come vedremo tra breve, dalla legislazione interna di attuazione. Sul punto, incidentalmente, si è pronunciato anche l'Employment Tribunal di Shrewsbury, nella sent. 15 maggio 2008, "*Sheridan v. Prospect*": si trattava, in questo caso, di un addetto al personale, impiegato in una organizzazione di ispirazione cristiana, che era stato costretto ad assumere e promuovere solo dipendenti cristiani. Essendosi trovato in disaccordo con tale indirizzo dell'organizzazione ed essendo stato costretto alle dimissioni, il ricorrente aveva lamentato, tra l'altro, di aver sofferto un pregiudizio fondato sulla religione di terzi (ovvero di coloro le cui domande di assunzione erano state rifiutate). La pronuncia è stata a favore del ricorrente, anche sulla scorta della dimostrazione che la pratica in esame non costituiva un requisito occupazionale legittimo messo in atto da un'organizzazione di tendenza. Su quest'ultimo punto si tornerà anche in seguito.

²³⁵ La versione originaria dei Regolamenti del 2003 prevedeva che non costituiva discriminazione un trattamento sfavorevole motivato dalla religione dell'attore (anziché da quella della vittima), al fine

dell'*Equality Act* stabilisce che si è in presenza di un caso di discriminazione religiosa anche qualora il trattamento discriminatorio sia basato su una supposizione relativa alla religione della vittima, risultando superfluo dimostrare che questa professi realmente quel credo.

Manca, invece, in queste norme, un collegamento tra la discriminazione religiosa e quella razziale. Se ciò può essere spiegato con la scelta, tipicamente britannica, di disciplinare i divieti di discriminazione “*ground by ground*”, l'assenza di un richiamo al fattore razziale sembra contraddire la giurisprudenza che in passato aveva sanzionato la discriminazione religiosa, riconducendola proprio ad ipotesi di discriminazione razziale ed etnica contemplate dal *Race Relations Act 1976*²³⁶.

Nell'ordinamento francese le norme sulla discriminazione si riferivano, nel codice del lavoro, unicamente al secondo dei due termini del binomio religione/convinzioni, scegliendo così, da un lato, di esaltare la dimensione individuale di una credenza, ovvero le opinioni e le inclinazioni personali, dall'altro di non limitare la tutela antidiscriminatoria alla sola religione *stricto sensu*. Peraltro, l'uso dell'espressione “*convictions religieuses*” non consentiva di estendere la tutela antidiscriminatoria a qualsiasi tipo di credenza, dovendo ritenersi limitata soltanto a quelle di tipo confessionale²³⁷; l'area di applicazione della norma tornava, però, ad allargarsi attraverso la considerazione di altre caratteristiche elencate nell'art. 122-45 del *Code du travail*, che potevano incidentalmente riguardare anche l'aspetto religioso e delle convinzioni personali: tra le altre, le opinioni politiche, l'aspetto fisico, l'orientamento

di evitare che fosse rilevante l'intento soggettivo del “*discriminator*” (cfr. DTI, *Explanation of the provisions...*, cit., p. 5-6).

²³⁶ *Supra*, par. 1.3, in particolare la sent. *Mandla v. Dowell*, citata; la predisposizione di discipline antidiscriminatorie diverse per il fattore razziale e per quello religioso rende, inoltre, difficoltoso affrontare i casi di discriminazione multipla, sui quali cfr. *supra*, nota 163 e, di recente, COMMISSIONE EUROPEA, *Tackling multiple discrimination*, cit.

²³⁷ In dottrina, F. MESSNER, P.-H. PRÉLOT, J.-M. WOEHRLING, *Traité de droit français des religions*, Paris, Juris-Classeur, 2003, p. 28 ss., sottolineano la differenza tra le convinzioni di tipo religioso e quelle di coscienza *lato sensu*, affermando, tra l'altro, che solo le prime determinano la predisposizione di una tutela specifica, volta a garantire l'esercizio del culto, mediante pratiche religiose. Indicativa in questo senso, la sent. 3 giugno 1988 del Conseil d'Etat, n. 67791, ove si dichiara che, mentre i fedeli di alcune confessioni religiose (musulmani, ebrei, armeni) possono beneficiare di permessi per osservare le proprie festività, agli atei si può rifiutare un simile permesso (che nel caso si specie era stato richiesto per partecipare alla celebrazione dell'anniversario della morte di Giordano Bruno).

sessuale e, soprattutto, un generalissimo richiamo ai “costumi” (“*moeurs*”)²³⁸. La difformità tra questa disposizione e quella delle direttive è stata ora colmata dalla legge n. 2008-496, che si riferisce espressamente a entrambi i termini “*religion*” e “*convictions*”, da interpretarsi, in linea con la prassi europea ed internazionale, nel modo più ampio possibile. D'altra parte, la dottrina francese ha evidenziato la mancanza di omogeneità nella terminologia relativa alla religione e l'impossibilità di dare una definizione normativa di tale concetto, riconoscendo il ruolo dell'applicazione giurisprudenziale ed amministrativa nel riempire di contenuti le nozioni in esame²³⁹. Più dettagliata, sul punto, è la norma del codice penale, che si riferisce alla “discrimination... à raison de [...] leur appartenance ou de leur non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée”. Ricorrono qui alcuni elementi precedentemente analizzati riguardo alla legislazione britannica: il riferimento, accanto alla religione, anche alla non credenza; il richiamo alla possibilità che una discriminazione sia stata attuata in forza di una presunta appartenenza razziale o confessionale, pur non corrispondente a verità. La maggior determinatezza dei concetti di riferimento è indubbiamente motivata dalla peculiare esigenza di formulazione della norma penale e dalla conseguente necessità di individuare con esattezza gli elementi costitutivi del reato²⁴⁰.

Si può notare, infine, che nel diritto francese, a differenza di quanto accade nel Regno Unito, nelle norme sulla discriminazione sono presenti sia il fattore razziale, sia quello religioso; pertanto casi di discriminazioni multiple o sovrapposte sono (in linea teorica) più facili da affrontare.

²³⁸ Il riferimento ai “costumi” è venuto in luce, peraltro, in alcuni episodi di conflitto tra le organizzazioni di tendenza e la libertà del singolo. Un celebre caso giurisprudenziale, ad esempio, ha riguardato il licenziamento di un aiuto-sacrestano in ragione del suo orientamento sessuale, licenziamento nel quale la Corte di Cassazione individuò una discriminazione “*en raison de ses moeurs*” (Cass., chambre sociale, sent. 17 aprile 1991, n. 90-42636).

²³⁹ F. MESSNER, P.-H. PRELOT, J.-M. WOEHLING, *Traité de droit français des religions*, cit., p. 34 ss. Si deve ricordare, a questo proposito, uno degli aspetti peculiari del “diritto delle religioni” francese, ovvero il tentativo di distinguere tra confessioni religiose e “sette”. Si tratta di un tema complesso, e non è questa la sede per trattarlo in modo approfondito; tuttavia, occorre tener presente anche questo profilo nella ricostruzione della lettura francese del concetto di religione.

²⁴⁰ In proposito cfr. Cour de cassation, chambre criminelle, sent. 12 aprile 1976, n. 74-92515, nella quale si afferma che dichiarazioni di ostilità verso gli immigrati non integrano una provocazione all'odio o alla discriminazione razziale o religiosa, poiché manca il riferimento ad una “*ethnie, race ou religion déterminée*”, quale stabilito dalle norme penali (“La loi tend à réprimer les agissements qu'elle vise en considérant l'ethnie, la nation, la race ou une religion déterminée, mais non pas une simple catégorie sociale telle que celle des «travailleurs immigrés», de sorte qu'un élément essentiel du délit fait défaut”).

3. Il divieto di molestie in Italia, Francia e Regno Unito: le implicazioni per il fattore religioso

La direttiva 2000/78, all'art. 2.3, definisce le molestie come un comportamento indesiderato adottato per motivi – nel nostro caso – religiosi, con lo scopo o l'effetto di violare la dignità di un lavoratore e di creare un clima intimidatorio, umiliante od offensivo²⁴¹. Alcuni elementi di questa nozione, come già osservato, sono stati lasciati nell'indeterminatezza: in primo luogo il significato di "comportamento indesiderato", per la cui individuazione non si precisa se sia rilevante la percezione della vittima; in secondo luogo, che cosa si debba intendere per dignità della persona e quando ritenerla violata; e ancora, come si determina un "clima" intimidatorio od offensivo, in particolare se sia necessaria la ripetizione nel tempo di comportamenti indesiderati. Il legislatore comunitario ha inoltre stabilito che, nel contesto fissato dalla direttiva, "il concetto di molestia può essere definito conformemente alle leggi e prassi nazionali degli Stati membri". Si sarebbe potuto ipotizzare, quindi, che alcuni dei suddetti elementi sarebbero stati specificati a livello nazionale. In realtà, in sede di trasposizione si è di norma preferito riproporre quanto previsto dalle direttive; una scelta motivata anche dal fatto che la normativa nazionale previgente si riferiva prevalentemente alle molestie sessuali, mentre l'applicazione di questa fattispecie ad altri fattori rappresenta una effettiva novità per molti Stati membri. Appare, dunque, comprensibile la scarsa elaborazione del concetto, che lascia all'interprete nazionale il compito di individuare di volta in volta i contenuti specifici delle molestie a carattere religioso, razziale, e così via.

Il legislatore italiano, anche in questo caso, ha riproposto alla lettera il dettato della direttiva, introducendo, così, nell'ordinamento interno una nozione di molestie sufficientemente ampia e flessibile, diretta ad inibire un gran

²⁴¹ Come già osservato (*supra*, cap. II, par. 2.2), la definizione comunitaria delle molestie presenta alcuni elementi di novità, che sono stati riproposti da tutti gli Stati in esame: tra questi, l'assenza dell'elemento comparativo, ovvero la possibilità di individuare una molestia indipendentemente dall'esistenza di un trattamento peggiore rispetto ad altri soggetti; inoltre, l'irrilevanza dell'intenzionalità dell'azione, in parallelo con l'affermarsi di una nozione "oggettiva" della discriminazione: la definizione della direttiva specifica, infatti, che il comportamento incriminato dovrà avere "lo scopo o l'effetto" di violare la dignità e di creare un clima intimidatorio per il lavoratore.

numero di comportamenti contrari alla dignità dei lavoratori²⁴². Ricalcando le linee della disposizione comunitaria, il divieto di compiere molestie sancito all'art. 2.3 del d.lgs. n. 216/2003 si applica a generici "comportamenti indesiderati", per la cui individuazione si prescinde sia da un giudizio comparativo, sia dalla dimostrazione dell'intenzionalità dell'azione²⁴³. Facendo riferimento alla compromissione della dignità personale e alla sussistenza di un "clima intimidatorio, ostile, degradante od offensivo", la norma in esame permette alla vittima di addurre una pluralità di circostanze a dimostrazione del danno subito e non esclude che possa essere considerata in giudizio anche la personale percezione del contesto offensivo²⁴⁴. Parte della dottrina ritiene che una simile impostazione finisca coll'attribuire un'eccessiva importanza al punto di vista delle vittime²⁴⁵, costruendo una nozione "soggettiva" delle molestie che limita notevolmente talune libertà nell'ambito del lavoro²⁴⁶. Ciò è particolarmente rilevante rispetto al fattore religioso, dato che anche semplici espressioni di dissenso relative ad una determinata confessione – normalmente tutelate in quanto manifestazioni del pensiero – potrebbero contribuire a creare un clima ostile ed umiliante per alcuni lavoratori²⁴⁷. D'altra parte, è pur vero che

²⁴² L. LAZZERONI, *Molestie e molestie sessuali: nozioni, regole, confini*, in M. BARBERA, *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, cit., p. 382 nota che la definizione così introdotta non procede alla tipizzazione dei comportamenti indesiderati, che avrebbe determinato un restringimento dell'area di tutela, ma si applica a tutti i comportamenti che possono qualificarsi come contrari alla dignità personale.

²⁴³ Sui singoli aspetti della definizione italiana cfr. L. LAZZERONI, *Molestie e molestie sessuali: nozioni, regole, confini*, cit., p. 382 ss.; S. SCARPONI, *La nozione di molestia secondo il decreto di trasposizione delle direttive antidiscriminatorie. Affinità e differenze rispetto all'elaborazione in materia di mobbing*, in S. FABENI, M. G. TONIOLO (a cura di), *La discriminazione fondata sull'orientamento sessuale*, cit., p. 233 ss.; sull'omissione dell'aspetto comparativo da questa fattispecie cfr. anche gli autori citati *supra*, cap. II, nota 63.

²⁴⁴ Cfr. L. LAZZERONI, *Molestie e molestie sessuali: nozioni, regole, confini*, cit., p. 382 ss.; S. SCARPONI, *La nozione di molestia secondo il decreto di trasposizione delle direttive antidiscriminatorie*, cit., p. 243; N. FIORITA, *Il diritto antidiscriminatorio in cerca di identità: la religione e le convinzioni personali nella normativa vigente*, cit., nota come l'accento sulla percezione da parte della vittima può indurre a qualificare come molestia comportamenti di diversa gravità e non necessariamente protratti nel tempo.

²⁴⁵ P. CHIECO, *Una fattispecie dai contorni sfuggenti: la molestia nei rapporti di lavoro*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2007, 1, p. 67.

²⁴⁶ In proposito, relativamente all'ordinamento britannico, ma con riflessioni valide anche in generale: L. VICKERS, *Is all harassment equal? The case of Religious harassment*, in *Cambridge Law Journal*, 2006, n. 3, p. 579 ss.

²⁴⁷ L. VICKERS, *Is all harassment equal? The case of Religious harassment*, cit., p. 583 ss.; N. FIORITA, *Il diritto antidiscriminatorio in cerca di identità: la religione e le convinzioni personali nella normativa vigente*, cit., fa notare, peraltro, che nella società odierna è piuttosto frequente la messa in atto di comportamenti collegati alla religione che possono configurare una molestia: ad esempio un'ostentata esposizione di simboli religiosi, o "il dileggio dei valori fondamentali di una

in base al citato art. 2.3 i comportamenti indesiderati debbono implicare la violazione della dignità della persona e determinare un ambiente di lavoro “ostile, degradante, umiliante od offensivo”, elementi, questi, desumibili da una valutazione ampia delle circostanze nelle quali si è attuata la molestia, e non dal mero sentire della vittima²⁴⁸. Qualche precisazione in più potrebbe derivare dalla giurisprudenza che, tuttavia, non si è trovata ad affrontare per il momento il tema delle molestie a caratterizzazione religiosa; l'orientamento giurisprudenziale e legislativo precedente le direttive (quello, cioè, relativo alle molestie sessuali) sembrava prediligere la visione soggettiva di questi comportamenti, andando a tutelare la posizione (e la sensibilità) di soggetti ritenuti deboli²⁴⁹.

Altrettanto allineata al diritto comunitario è la nozione di molestia contenuta nella normativa britannica di attuazione delle direttive: l'art. 5 dell'“*Employment Equality Regulations 2003*” definisce il concetto di “*harassment*” come una condotta indesiderata, adottata in ragione della religione o della credenza, che abbia lo scopo o l'effetto di violare la dignità di un soggetto o di creare un clima intimidatorio, ostile, umiliante od offensivo²⁵⁰. Anche nel Regno

determinata identità”, segnali di un diffuso atteggiamento di intolleranza verso le minoranze etniche e religiose.

²⁴⁸ N. FIORITA, *Il diritto antidiscriminatorio in cerca di identità: la religione e le convinzioni personali nella normativa vigente*, cit.; L. LAZZERONI, *Molestie e molestie sessuali: nozioni, regole, confini*, cit., p. 398. Da notare, per inciso, una svista che ancora una volta caratterizza la trasposizione delle due direttive comunitarie da parte del legislatore italiano: mentre nel decreto n. 216 del 2003 il testo della direttiva è stato riproposto correttamente, nel decreto n. 215 l'espressione “clima umiliante od offensivo” è stata sostituita con “clima umiliante ed offensivo”, limitando, così, la fattispecie di molestia alle sole situazioni nelle quali il clima risulti contemporaneamente caratterizzato come degradante, umiliante, offensivo. Questo errore di trasposizione è stato corretto solo di recente dall'art. 8-*sexies* della legge 6 giugno 2008, n. 101 “Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 8 aprile 2008, n. 59, recante disposizioni urgenti per l'attuazione di obblighi comunitari e l'esecuzione di sentenze della Corte di giustizia delle Comunità europee”.

²⁴⁹ L. LAZZERONI, *Molestie e molestie sessuali: nozioni, regole, confini*, cit., p. 392 ss.; riguardo alla versione “soggettiva” od “oggettiva” delle molestie, S. SCARPONI, *La nozione di molestia secondo il decreto di trasposizione delle direttive antidiscriminatorie*, cit., p. 243 ss. rileva la differenza tra molestie e “*mobbing*”, quest'ultimo legato a parametri più oggettivi, come la ripetizione nel tempo di un comportamento vessatorio, le conseguenze sulla salute psico-fisica della vittima (in questo senso anche la Corte Costituzionale, sent. 7 giugno 2006, n. 239), e persino l'esplicita volontà di chi agisce, “diretta alla persecuzione od all'emarginazione del dipendente” (così la Cassazione, sez. lavoro, sent. 11 settembre 2008, n. 22858).

²⁵⁰ Art. 5: “(1) For the purposes of these Regulations, a person (“A”) subjects another person (“B”) to harassment where, on grounds of religion or belief, A engages in unwanted conduct which has the purpose or effect of – (a) violating B's dignity; or (b) creating an intimidating, hostile, degrading, humiliating or offensive environment for B.

Unito le molestie – specialmente sessuali – erano state sanzionate già prima delle direttive; mancando un'apposita disciplina in materia, si faceva riferimento alle norme che vietavano, oltre alla discriminazione *stricto sensu*, generici trattamenti sfavorevoli (“*any other detriment*”)²⁵¹. Una vera e propria nozione di molestie è stata codificata solo con il recepimento delle direttive, che ha introdotto, pertanto, alcuni elementi di novità. Tra questi ultimi vi è sicuramente il superamento della necessità del giudizio comparativo, omissivo dai Regolamenti del 2003, ma utilizzato ampiamente dai giudici britannici, almeno fino a quel momento²⁵². In merito ad altri aspetti, invece, l'interpretazione delle molestie consolidatasi nella giurisprudenza nazionale aveva anticipato alcune caratteristiche presenti nella definizione europea: si era affermato, ad esempio, che anche un singolo episodio, se particolarmente grave, potesse essere qualificato come molestia, non essendo necessaria la reiterazione del trattamento indesiderato²⁵³; ci si riferiva, inoltre, alla violazione della dignità personale ed alla determinazione di un clima degradante, per la cui qualificazione assumeva grande rilevanza il punto di vista della vittima²⁵⁴. Riguardo a quest'ultimo aspetto, occorre notare che, mentre l'art. 2.3 della

(2) Conduct shall be regarded as having the effect specified in paragraph (1)(a) or (b) only if, having regard to all the circumstances, including in particular the perception of B, it should reasonably be considered as having that effect”.

²⁵¹ Così, ad esempio, l'art. 4, n. 2, lettera *c*, del “*Race Relations Act 1976*” ha permesso di vietare le molestie collegate all'appartenenza etnica o razziale. In giurisprudenza, tra le altre, si v. la sent. dell'Employment Appeal Tribunal, 21 ottobre 2002, “*Thomas & Anor v. Robinson*” [2002] UKEAT 737, dove si sottolinea che costituiscono un “*racial harassment*” quei comportamenti che causano un danno (“*distress*”, letteralmente: sofferenza, angoscia) alla persona cui sono indirizzati; si richiede, dunque, che le condotte incriminate abbiano determinato conseguenze concrete per la posizione della vittima o per la sua salute psico-fisica. Di conseguenza, non tutte le espressioni verbali a caratterizzazione razziale, pur se marcate da fastidiosi stereotipi, potevano essere dichiarate contrarie alla normativa antidiscriminatoria, specie se isolate e magari pronunciate durante una conversazione tra colleghi, non diretta a colpire qualcuno in particolare. Molto più ampia, come vedremo qui di seguito, la nozione di molestia accolta dal legislatore britannico in sede di recepimento delle direttive.

²⁵² C. O'CONNOR, *Report on Measures to Combat Discrimination: Directives 2000/43/EC and 2000/78/EC. Country Report United Kingdom*, cit., p. 35. La scelta di analizzare i comportamenti integranti una molestia attraverso (anche) una comparazione appare logica, se si considera che l'appiglio normativo per vietare tali comportamenti era contenuto negli articoli relativi al concetto di discriminazione.

²⁵³ In merito C. O'CONNOR, *Report on Measures to Combat Discrimination: Directives 2000/43/EC and 2000/78/EC. Country Report United Kingdom*, cit., p. 34 ss.

²⁵⁴ Employment Appeal Tribunal, sent. 11 febbraio 1999, “*Reed & Anor v. Stedman*”, relativa alle molestie sessuali. In essa si afferma chiaramente che “*The essential characteristic of sexual harassment is that it is words or conduct which are unwelcome to the recipient and it is for the recipient to decide for themselves what is acceptable to them and what they regard as offensive*”.

direttiva 2000/78 richiede la presenza di entrambi gli elementi (la violazione della dignità e la compromissione dell'ambiente lavorativo), per il legislatore britannico uno solo di essi è sufficiente per configurare una molestia, cosicché la possibilità di dimostrarne la sussistenza risulta più estesa (art. 5, n.1, dei Regolamenti del 2003: "violating dignity or creating an offensive environment"). Dove gli "Employment Equality Regulations 2003" differiscono dalla direttiva 2000/78 è nel tentativo, operato dall'art. 5, n. 2, di specificare come debba essere dimostrata l'indesideratezza del comportamento: "Conduct shall be regarded as having the effect specified in paragraph (1)(a) or (b) only if, having regard to all the circumstances, including in particular the perception of B, it should reasonably be considered as having that effect". Sulla scorta di quanto affermato dalla giurisprudenza, si stabilisce espressamente la rilevanza della percezione personale della vittima, che va valutata, ad ogni modo, "tenendo presenti tutte le circostanze pertinenti" e nel rispetto di un criterio di ragionevolezza. La dottrina ha sottolineato che, proprio per la specificità del fattore religioso, disciplinato in questi Regolamenti, la norma in esame avrebbe potuto valutare più attentamente il conflitto che può sorgere tra il divieto di compiere molestie e le altre libertà fondamentali in gioco, come la libertà di espressione e di religione²⁵⁵. Ad esempio, se un dipendente fa "proselitismo" nell'azienda in cui lavora, ciò può essere considerato sia come una manifestazione del suo credo, sia come un comportamento indesiderato – specie se particolarmente pressante – ai sensi dei Regolamenti del 2003; anche la manifestazione di idee non religiose può turbare la sensibilità degli appartenenti ad una particolare confessione e creare un clima offensivo. Se è vero che il punto di vista della vittima è tutelato in ragione della sua posizione di debolezza nell'ambito del lavoro (si pensi ai dipendenti appartenenti a minoranze etniche o religiose, che possono essere facilmente sottoposti a trattamenti vessatori o umilianti), è però altrettanto vero che ciò non può finire per porre illimitate restrizioni a comportamenti religiosamente caratterizzati (specie se verbali), solo in ragione di una particolare sensibilità del lavoratore/fedele²⁵⁶. La

²⁵⁵ L. VICKERS, *Is all harassment equal? The case of Religious harassment*, cit., p. 583 ss.

²⁵⁶ L. VICKERS, *Is all harassment equal? The case of Religious harassment*, cit., *passim*. L'A. (*ivi*, p. 588) nota che la restrizione del diritto di "free speech" derivante dal divieto di compiere molestie è, a certe condizioni, giustificabile, tenendo conto delle peculiarità dell'ambiente di lavoro, nel quale spesso un soggetto non può sottrarsi dall'ascolto di espressioni offensive. In altre parole, se di fronte ad una trasmissione televisiva che vilipende la propria religione si può sempre scegliere di cambiare canale, una simile via di fuga non è offerta nell'ambiente di lavoro, soprattutto se le frasi umilianti od offensive sono pronunciate da qualcuno gerarchicamente superiore.

formulazione dell'art. 5.2 sopra citato appare, allora, corretta nel prevedere che la percezione della vittima sia soltanto uno dei parametri per l'individuazione di una molestia, e nell'attribuire rilevanza anche al complessivo contesto in cui l'azione si svolge ("having regard to all the circumstances")²⁵⁷.

Casi di "competing rights" che sono stati già affrontati dai giudici britannici riguardano, poi, il rapporto tra convinzioni religiose ed orientamento sessuale. Comportamenti religiosamente orientati possono integrare trattamenti sfavorevoli verso persone omosessuali oppure, viceversa, una condotta collegata alle tendenze sessuali può rivelarsi indesiderata ed umiliante per un lavoratore credente²⁵⁸. Quest'ultima ipotesi – non di scuola – ha messo in discussione anche particolari mansioni (come la consulenza ad omosessuali o la realizzazione di politiche familiari in loro favore²⁵⁹) che, richieste a dipendenti

A questo proposito occorre ricordare che nell'ordinamento britannico le molestie sono vietate anche dal diritto penale, in particolare dal Public Order Act 1986. Si tratta di una fattispecie di carattere totalmente diverso rispetto a quella in esame, e che merita tuttavia di essere ricordata poiché può porre il problema di rintracciare un delicato equilibrio tra i diversi diritti in gioco, analogamente a quanto appena rilevato per le molestie disciplinate dai Regolamenti del 2003. La norma del Public Order Act è stata al centro di un recente caso relativo alla tematica religiosa, nel quale un predicatore evangelico aveva stigmatizzato, in un luogo pubblico, i comportamenti "immorali" degli omosessuali, causando, secondo i giudici inglesi, un clima intimidatorio ed offensivo nei confronti degli ascoltatori (omosessuali e non). Nonostante i suoi sermoni potessero essere interpretati come espressione della libertà religiosa o della libertà di espressione, è stato fatto prevalere l'interesse ad un ambiente pacifico e tollerante nei confronti delle diverse scelte di vita privata e familiare... ma forse non altrettanto tollerante verso le espressioni di dissenso, visto che nel giudizio sono stati considerati irrilevanti gli insulti rivolti al predicatore e persino l'attacco fisico da parte della folla presente! Cfr. High Court of Justice, sent. 13 gennaio 2004, "*Hammond v Department of Public Prosecutions*" [2004] EWHC 69 (Admin), ed in merito I. LEIGH, *Hatred, Sexual Orientation, Free Speech and Religious Liberty*, in *Ecclesiastical Law Journal*, 2008, p. 341 ss. Da ricordare, di recente, l'approvazione del Racial and Religious Hatred Act del 2006, in occasione della quale si è sviluppato nel Regno Unito un ampio dibattito politico e parlamentare su come conciliare libertà di espressione e protezione dall'odio razziale e religioso o da altre forme di discriminazione (in merito cfr. gli autori cit. *supra*, nota 140).

²⁵⁷ L. VICKERS, *Is all harassment equal? The case of Religious harassment*, cit., p. 602.

²⁵⁸ La dottrina si è interrogata, in questo senso, sulla possibile applicazione dei Regolamenti del 2003, dove si proibiscono le molestie "on ground of religion": taluni comportamenti, infatti, pur causando un comportamento indesiderato per soggetti religiosamente sensibili, sarebbero motivati da altri fattori (come l'orientamento sessuale). L'interpretazione di questa fattispecie dovrebbe estendersi, tuttavia, anche alle molestie "related to religion", in base alla formulazione impiegata dall'art. 2.3 della direttiva 2000/78 (in proposito C. O'CONNOR, *Report on Measures to Combat Discrimination: Directives 2000/43/EC and 2000/78/EC. Country Report United Kingdom*, cit., p. 34 ss.; L. VICKERS, *Is all harassment equal? The case of Religious harassment*, cit., p. 579).

²⁵⁹ Employment Tribunal of London, sent. 8 luglio 2008, "*Ladele v. London Borough of Islington*", relativa ad una addetta ai registri di stato civile che era stata sottoposta a trattamenti umilianti per aver reso nota la sua opposizione ad occuparsi delle pratiche di registrazione delle "civil partnerships" tra omosessuali. Questa sentenza è reperibile sul sito internet del Christian Institute, www.christian.org.uk.

di fede cristiana, hanno determinato per questi ultimi un deterioramento delle condizioni lavorative, anche a causa del dileggio cui erano sottoposti da parte di colleghi e superiori²⁶⁰. Come già osservato a proposito della normativa italiana, nei casi in cui i comportamenti indesiderati costituiscano anche forme di manifestazione di altri diritti, il criterio migliore per individuare un equilibrio tra i diversi interessi in gioco e per misurare il livello di offensività della presunta molestia appare quello della dignità personale, alla cui protezione è orientata questa normativa²⁶¹. Tuttavia, vista anche l'astrattezza di questo termine, è presumibile che l'interpretazione della fattispecie in esame presenterà molteplici differenze a seconda del caso concreto. Da ultimo, occorre richiamare una recente pronuncia dell'Employment Appeal Tribunal, che ha esteso l'applicabilità del concetto di molestie ad una ipotesi non prevista dalla legge, dichiarando la sanzionabilità di una "*unwanted conduct*" subita a causa della religione di una terza persona, anziché di quella del ricorrente²⁶². In questo caso era in gioco, quindi, non tanto la dignità del dipendente (che resta, comunque, il principale bene giuridico alla base dei divieti di molestie), ma quella del terzo, nonché l'interesse (di carattere più generale) a reprimere politiche aziendali discriminatorie ed escludenti. Si tratta di un'interessante evoluzione della nozione in esame – avallata anche da una recente sentenza della Corte di giustizia²⁶³ – che potrebbe aprire nuovi scenari per la promozione della tolleranza e dell'uguaglianza nell'ambito del lavoro.

²⁶⁰ Nella sentenza citata alla nota precedente, i giudici hanno considerato specifici comportamenti per dimostrare l'esistenza di molestie a danno della ricorrente: ad esempio, la violazione di alcune comunicazioni confidenziali intercorse tra la ricorrente ed i suoi superiori, dalle quali emergeva la sua posizione in merito alle "civil partnerships", oppure il fatto che i suoi colleghi di lavoro avevano ridicolizzato le sue convinzioni religiose, qualificandole, tra l'altro, come "homophobic".

²⁶¹ L. VICKERS, *Is all harassment equal? The case of Religious harassment*, cit., p. 598 ss.; N. FIORITA, *Il diritto antidiscriminatorio in cerca di identità: la religione e le convinzioni personali nella normativa vigente*, cit.

²⁶² Employment Appeal Tribunal, sent. 24 ottobre 2008, "*Saini v All Saints Haque Centre & Ors*" [2008] UKEAT 0227: in questo caso, un dipendente era stato costretto alle dimissioni in seguito a molestie a lui rivolte, finalizzate ad escludere un suo collega di religione induista. I giudici britannici hanno applicato anche alla fattispecie delle molestie il concetto di "discriminazione per associazione" (cfr. *supra*, par. 2.1), facendo riferimento anche ad una recente sentenza della Corte di giustizia, che ha interpretato le direttive del 2000 nel senso del divieto anche dei trattamenti sfavorevoli rivolti ad un soggetto in ragione delle caratteristiche di qualcuno strettamente a lui collegato. Il giudice comunitario ha analizzato proprio un caso di "molestia per associazione" (motivata dalla disabilità), sollevato in via pregiudiziale da un tribunale britannico: Corte giust., sent. 17 luglio 2008, "*S. Coleman v. Attridge Law and Steve Law*", causa 303/06.

²⁶³ Corte giust., sent. *Coleman*, citata; interessanti, in questo senso, anche le conclusioni dell'avv. Gen. Poiaraes Maduro, che collegano la disciplina antidiscriminatoria alla tutela della dignità della persona.

In Francia la protezione contro le molestie (*harcèlements*) è disposta dall'art. 1152 del nuovo Codice del lavoro, che ripropone, in sei distinti paragrafi, quanto già stabilito negli artt. L122-49 e seguenti del previgente codice²⁶⁴. Il concetto di "*harcèlement moral*", che si affianca a quello di molestia a connotazione sessuale, era stato inserito nel *Code du travail* solo con la legge n. 2002-73 (*loi de modernisation sociale*)²⁶⁵, mentre la legge attuativa delle direttive (la n. 2001-1066) non prevedeva nulla in proposito. La definizione francese, nonostante contenga gli elementi principali caratterizzanti la disciplina comunitaria delle molestie (il riferimento ad un comportamento che viola la dignità del lavoratore, l'irrilevanza dell'intenzionalità dell'azione, l'assenza del momento comparativo), differisce in parte da quella degli altri Stati e risulta meno ampia di quella sancita dalla direttiva²⁶⁶. Il legislatore francese, anzitutto, ha fatto riferimento ad azioni indesiderate protratte nel tempo ("*agissements répétés*"), requisito che non compare nelle definizioni precedentemente analizzate; le condotte incriminate debbono, poi, causare un degrado delle condizioni di lavoro, che si sostanzia in alcune conseguenze concrete, come l'alterazione della salute fisica o mentale della vittima, la violazione dei suoi diritti o gli ostacoli frapposti alla sua carriera. Pertanto, per poter individuare una molestia vietata dal Codice del lavoro, non è sufficiente rilevare un generico attentato alla dignità del lavoratore e la determinazione di un clima umiliante, ma occorre essere in presenza di una più grave situazione di "*dégradation des conditions de travail*". Infine, occorre osservare che le molestie non vengono

²⁶⁴ La nozione di molestie è proposta all'art. L1152-1 del nuovo codice del 2007: "Aucun salarié ne doit subir les agissements répétés de harcèlement moral qui ont pour objet ou pour effet une dégradation de ses conditions de travail susceptible de porter atteinte à ses droits et à sa dignité, d'altérer sa santé physique ou mentale ou de compromettre son avenir professionnel"; i successivi paragrafi si occupano di vietare alcuni specifici comportamenti collegati ad azioni "moleste" (il n. 2); di stabilire la nullità di un'eventuale rescissione del contratto di lavoro, derivante da una molestia (n. 3); il n. 4 stabilisce che il datore di lavoro debba impegnarsi a creare un ambiente di lavoro rispettoso della dignità di tutti, prendendo le misure appropriate per evitare che vengano messe in atto molestie; il n. 5 impone sanzioni disciplinari ai lavoratori che compiano molestie; il n. 6 prevede una procedura di conciliazione tra attori e vittime dei comportamenti in questione.

²⁶⁵ La legge n. 2002-73 ha introdotto un divieto di molestie anche nel codice penale, all'art. 222-33-2: "Le fait de harceler autrui par des agissements répétés ayant pour objet ou pour effet une dégradation des conditions de travail susceptible de porter atteinte à ses droits et à sa dignité, d'altérer sa santé physique ou mentale ou de compromettre son avenir professionnel, est puni d'un an d'emprisonnement et de 15000 euros d'amende", e nella legge n. 83-634 "loi portant droits et obligations des fonctionnaires" (art. 6 *quinquies*).

²⁶⁶ C. HUMMEL, *Rapport d'information n° 252 fait au nom de la délégation aux droits des femmes et à l'égalité des chances entre les hommes et les femmes sur le projet de loi n° 241 (2007-2008) portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations*, cit., p. 23 ss.

considerate dal legislatore francese alla stregua di una forma di discriminazione, come la direttiva 2000/78 richiede; anzi, il *Code du travail* fa riferimento a comportamenti degradanti senza specificare se debbano essere in qualche modo collegati ai fattori di discriminazione vietati²⁶⁷.

Il quadro fin qui descritto è stato parzialmente modificato dalla legge n. 2008-496 che, procedendo all'adattamento della normativa antidiscriminatoria francese ai parametri comunitari, riproduce, all'art. 1, 3° comma, la definizione delle molestie di cui alla direttiva 2000/78²⁶⁸. Tuttavia, la legge del 2008 – caratterizzata, come già notato, da una modalità di trasposizione “orizzontale”²⁶⁹ – non ha emendato la norma del Codice del lavoro (che permane in vigore, con le relative sanzioni²⁷⁰), ma ha soltanto affiancato una nuova nozione, più ampia e flessibile, a quella previgente²⁷¹; con la conseguenza che l'applicazione dell'una o dell'altra – che dipenderà dalle scelte dei giudici – potrà comportare forme più o meno ampie di protezione delle vittime di comportamenti umilianti ed offensivi. Ad ogni modo, la tecnica di redazione delle norme in questione lascia intendere che il legislatore francese abbia voluto approfittare della più estesa discrezionalità consentitagli dalla direttiva per non misurarsi fino in fondo con il concetto di molestie e con la sua applicazione a fattori come la religione o la razza, rispetto ai quali – a quanto consta – non esiste una giurisprudenza nazionale rilevante.

²⁶⁷ S. LATRAVERSE, *Report on Measures to Combat Discrimination: Directives 2000/43/EC and 2000/78/EC. Country Report France*, cit., p. 27; C. HUMMEL, *Rapport d'information n° 252*, cit., p. 24.

²⁶⁸ L'art. 1, 3° comma recita: “La discrimination inclut : 1° Tout agissement lié à l'un des motifs mentionnés au premier alinéa et tout agissement à connotation sexuelle, subis par une personne et ayant pour objet ou pour effet de porter atteinte à sa dignité ou de créer un environnement hostile, dégradant, humiliant ou offensant”.

²⁶⁹ *Supra*, par. 1.2.

²⁷⁰ L'art. 1155-2 del *Code du travail* prevede anche una sanzione penale per chi compie molestie sessuali o “moralì”: “Les faits de harcèlement moral et sexuel, définis aux articles L. 1152-1 et L. 1153-1, sont punis d'un emprisonnement d'un an et d'une amende de 3 750 Euros.

La juridiction peut également ordonner, à titre de peine complémentaire, l'affichage du jugement aux frais de la personne condamnée dans les conditions prévues à l'article 131-35 du code pénal et son insertion, intégrale ou par extraits, dans les journaux qu'elle désigne. Ces frais ne peuvent excéder le montant maximum de l'amende encourue.”.

²⁷¹ M. DINI, *Rapport d'information n° 253 fait au nom de la commission des Affaires sociales sur le projet de loi, adopté par l'Assemblée Nationale après déclaration d'urgence, portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations*, Sénat de la République, Annexe au procès-verbal de la séance du 2 avril 2008, p. 13 ss. (disponibile sul sito del Senato francese).

4. Le eccezioni al divieto di discriminazione

Accanto al divieto di discriminazione religiosa ed a quello di compiere molestie, la direttiva 2000/78 riconosce la possibilità di operare alcune eccezioni al principio della parità di trattamento nell'ambito del rapporto di lavoro. L'art. 4, in particolare, prevede due tipi di deroghe: il primo paragrafo consente un trattamento differenziato fondato, tra l'altro, sulla religione, nel caso dei cosiddetti "requisiti occupazionali" (definiti anche "*genuine occupational requirement*", o "*bona fide occupational requirement*"); il secondo paragrafo autorizza gli Stati a stabilire eccezioni al divieto di discriminazione religiosa in favore delle organizzazioni di tendenza²⁷². La disposizione lascia ampia libertà al legislatore interno nel disciplinare le deroghe in questione e si presta, stante l'indeterminatezza nella sua formulazione, a molteplici interpretazioni²⁷³. Anche in conseguenza di ciò le eccezioni sono state stabilite nelle legislazioni e nelle prassi nazionali secondo modalità diverse, e non sempre col rigore previsto dalla direttiva ("in casi strettamente limitati", secondo il preambolo), con il rischio di ridurre anche notevolmente l'efficacia della tutela antidiscriminatoria.

4.1. La questione dei requisiti occupazionali

L'art. 4.1 della direttiva 2000/78, pertanto, consente di temperare il principio di parità di trattamento del lavoratore, quando per la natura dell'attività lavorativa o per il contesto in cui essa viene espletata, la religione costituisce "un requisito essenziale e determinante" per il suo svolgimento, purché "la finalità sia legittima e il requisito proporzionato". Il legislatore comunitario, dettando le condizioni in base alle quali è possibile derogare al divieto di discriminazione, ha individuato una clausola generale, applicabile ogni volta che una determinata caratteristica del lavoratore appaia necessaria per il corretto svolgimento di una mansione. In questa cornice, spetta agli Stati membri precisare in quali "contesti" e per quali tipi di attività la religione rappresenti un requisito occupazionale ai sensi della direttiva. Occorre osservare che tale precisazione dovrà essere operata necessariamente caso per caso, visto

²⁷² Cfr., in dettaglio, *supra*, cap. II, par. 3.

²⁷³ Così G. DE SIMONE, *Dai principi alle regole*, cit., p. 86 ss.

che – almeno per quanto concerne i tre Stati in esame – nella normativa di attuazione è stata inserita una disposizione del tutto analoga a quella contenuta all'art. 4.1. Non sempre, peraltro, questa materia ha ricevuto una regolamentazione del genere. In alcuni casi, anziché disporre generici criteri in base ai quali ammettere eccezioni ai divieti di discriminazione, si prevedeva un *numerus clausus* di requisiti occupazionali consentiti, restringendo notevolmente la facoltà di derogare al principio di parità di trattamento. Ad esempio, nella legislazione nazionale previgente alle direttive, concernente la discriminazione fondata sul sesso e sulla razza, era presente un elenco di professioni o di mansioni le cui peculiari caratteristiche permettevano deroghe ai relativi divieti²⁷⁴: un caso riguardava la possibilità di selezionare attori appartenenti ad una determinata etnia, in ragione del ruolo che dovevano impersonare. Tale approccio era seguito anche dalle direttive comunitarie più risalenti, *in primis* nella n. 76/207 sulla parità tra uomini e donne che, autorizzando gli Stati membri ad escludere dall'applicazione del divieto di discriminazione le attività professionali “per le quali, in considerazione della loro natura o delle condizioni per il loro esercizio, il sesso rappresenti una condizione determinante”, stabiliva, all'art. 9, che il legislatore interno specificasse espressamente tali attività e valutasse periodicamente l'opportunità, “tenuto conto dell'evoluzione sociale, [di] mantenere le esclusioni in questione”. Nelle direttive del 2000 non c'è traccia di simili disposizioni; da un lato, infatti, la determinazione *a priori* di un elenco di requisiti occupazionali relativi a ciascun fattore di discriminazione sarebbe stata assai difficoltosa, dall'altro è plausibile che il legislatore europeo abbia voluto lasciare una maggior discrezionalità agli Stati, soprattutto nel disciplinare il rapporto di lavoro in relazione a caratteristiche personali particolarmente delicate. In particolare, la religione rappresenterà un “*genuine occupational requirement*” nei casi di attività e mansioni ideologicamente

²⁷⁴ Così dispongono, nel Regno Unito, il “*Sex Discrimination Act 1975*”, all'art. 7, ed il “*RRA 1976*”, all'art. 5; in Francia, relativamente all'uguaglianza tra uomini e donne, l'art. 123-1 del codice del lavoro stabilisce che “Un décret en Conseil d'Etat détermine, après avis des organisations d'employeurs et de salariés les plus représentatives au niveau national, la liste des emplois et des activités professionnelles pour l'exercice desquels l'appartenance à l'un ou l'autre sexe constitue la condition déterminante [...]”; la lista, che in base al codice doveva essere soggetta periodicamente a revisione, è stata disposta dal decreto 25 maggio 1984, n. 84-395, inserito nella *partie réglementaire* del Codice stesso, all'art. R123-1. In Italia, riguardo al sesso, l'art. 1 della legge n. 903/1977 escludeva dall'applicazione del divieto di discriminazione le professioni svolte nei settori della moda, dell'arte e dello spettacolo, quando l'appartenenza ad un sesso fosse essenziale allo svolgimento di una determinata mansione. In tema cfr. M. BELL, *Direct Discrimination*, in D. SCHIEK, L. WADDINGTON, M. BELL *et al.* (eds), *Cases, materials and Text on National, Supranational and International Non-Discrimination Law*, cit., p. 277 ss.; D. STRAZZARI, *Discriminazione razziale e diritto*, cit., p. 81 ss.

connotate, la cui regolamentazione dipenderà, con ogni probabilità, dal concorso di diritto statale e diritto interno delle confessioni religiose, investendo materie espressamente sottratte alla competenza comunitaria.

In occasione della trasposizione delle direttive, gli Stati hanno adottato norme sufficientemente flessibili da ammettere ampiamente la presenza di requisiti occupazionali.

In Italia, l'art. 3.3 del d.lgs. n. 216/2003 ripropone la formulazione dell'art. 4.1 della direttiva, non senza qualche inesattezza, corretta solo di recente con la legge n. 101 del 2008. Quest'ultima, in particolare, ha inserito nell'art. 3.3 il riferimento – prima assente – alla pertinenza dei requisiti occupazionali ad uno scopo legittimo; inoltre, ha soppresso la disposizione che consentiva di valutare la presenza di alcune caratteristiche ai fini dell'impiego nelle forze dell'ordine e di polizia, senza che ciò costituisse discriminazione: una specificazione superflua, poiché anche per quel caso era sufficiente la clausola generale sui “*genuine occupational requirements*”²⁷⁵. Al di là di queste marginali variazioni rispetto alla disposizione comunitaria, il legislatore italiano ha scelto di non precisare cosa debba intendersi per natura o contesto dell'attività lavorativa, alimentando così – anche alla luce del successivo art. 3.5, marcato, come vedremo, da rilevanti imprecisioni – il rischio che interpretazioni poco rigorose della disposizione possano restringere la protezione dalla discriminazione²⁷⁶. Spetta, pertanto, al giudice stabilire un corretto equilibrio tra l'obiettivo della parità e le pretese del datore di lavoro in merito alle qualità personali collegate ai fattori di discriminazione vietati; un'operazione che dovrà essere comunque svolta alla luce della direttiva, ovvero limitando tali pretese a casi strettamente necessari²⁷⁷. In questa direzione sembra già essersi orientata da tempo la giurisprudenza, chiamata a risolvere casi di contrasto tra

²⁷⁵ La norma, nella versione consolidata dopo la riforma del 2008, recita: “Nel rispetto dei principi di proporzionalità e ragionevolezza, e purché la finalità sia legittima, nell'ambito del rapporto di lavoro o dell'esercizio dell'attività di impresa, non costituiscono atti di discriminazione ai sensi dell'articolo 2 quelle differenze di trattamento dovute a caratteristiche connesse alla religione, alle convinzioni personali, all'handicap, all'età o all'orientamento sessuale di una persona, qualora, per la natura dell'attività lavorativa o per il contesto in cui essa viene espletata, si tratti di caratteristiche che costituiscono un requisito essenziale e determinante ai fini dello svolgimento dell'attività medesima”.

²⁷⁶ Così N. FIORITA, *Il diritto antidiscriminatorio in cerca di identità: la religione e le convinzioni personali nella normativa vigente*, cit.

²⁷⁷ M. AIMO, *Le discriminazioni basate sulla religione e le convinzioni personali*, cit., p. 62 ss.; F. ONIDA, *Il problema delle organizzazioni di tendenza nella direttiva 2000/78/EC attuativa dell'art. 13 del Trattato sull'Unione europea*, in *Il diritto ecclesiastico*, 2001, p. 906 ss.

comportamenti (o interessi) del lavoratore e adeguamento di quest'ultimo alle esigenze dell'impresa: al di là della diversità dei giudizi sui casi concreti, si tende solitamente a verificare la reale pertinenza dei "requisiti" imposti dall'azienda alla natura della prestazione, privilegiando, in caso contrario la libertà personale²⁷⁸. L'attenzione per la tutela del diritto di libertà religiosa del lavoratore è emersa principalmente in merito ai rapporti di lavoro nelle organizzazioni di tendenza, ambito di centrale rilevanza per l'operatività dei requisiti occupazionali di natura religiosa²⁷⁹. Questi ultimi, tuttavia, possono investire tutte le mansioni "ideologiche", che siano svolte o non all'interno di organizzazioni religiosamente orientate; tra di esse si può annoverare, per quanto riguarda il nostro Paese, la qualifica degli insegnanti di religione. Sebbene la materia non sia stata mai trattata da questo punto di vista, la peculiare disciplina che subordina l'assunzione di un docente di religione cattolica nelle scuole pubbliche al possesso dell'idoneità rilasciata dall'autorità confessionale può rappresentare un buon esempio delle deroghe alla parità di trattamento di cui all'art. 4.1 della direttiva: infatti, la religione dell'aspirante docente – *rectius*, la sua "conformità" alla dottrina cattolica, attestata dall'autorità confessionale – è considerata un requisito necessario e determinante per lo svolgimento di quella specifica professione²⁸⁰. Emerge, così, un ulteriore dato di cui l'interprete dovrà tener conto nella valutazione di questa materia: la rilevanza delle regole interne alle confessioni religiose. Queste, in alcuni casi, impongono al diritto dello Stato di stabilire eccezioni alla normale applicazione dei principi giuslavoristici ed all'interprete di individuare un bilanciamento tra i diritti individuali, gli interessi del settore professionale e

²⁷⁸ In proposito, ed anche per alcuni esempi, cfr. P. BELLOCCHI, *Pluralismo religioso, discriminazioni ideologiche e diritto del lavoro*, cit., p. 182 ss.. Un interessante tema collegato a quello in esame riguarda la vigenza del divieto di discriminazione religiosa nei contratti: si v. ampiamente D. MAFFEIS, *La discriminazione religiosa nel contratto*, in *Diritto ecclesiastico*, 2006, n. 1-2, p. 55 ss., dove, per quanto qui rileva, si afferma che il divieto di discriminazione non si applica quando la qualità personale (in questo caso la religione) ricade sulla prestazione. Tra gli esempi portati dall'A., vi è il caso di un contraente che ricerchi qualcuno che possa lavorare di sabato o cucinare cibi che la sua religione non gli impedisce di toccare: in tali ipotesi l'appartenenza (o la non appartenenza) ad una religione rappresenterà un requisito determinante per il corretto adempimento della prestazione e potrà, quindi, essere legittimamente presa in considerazione per la stipula del contratto, senza che ciò integri una discriminazione (*ivi*, p. 108 ss.).

²⁷⁹ Così G. DE SIMONE, *Dai principi alle regole*, cit., p. 87. Relativamente alle organizzazioni di tendenza, fatte oggetto dell'apposita disposizione di cui all'art. 3.5 del d.lgs. n. 216/2003, cfr. *infra*, par. 4.2.

²⁸⁰ F. FINOCCHIARO, *Diritto ecclesiastico*, cit., p. 435 ss.; E. VITALI, A.G. CHIZZONITI, *Manuale breve*, cit., p. 153 ss.

l'autonomia confessionale che consente di stabilire le condizioni e le caratteristiche di determinate attività²⁸¹.

Il problema del contemperamento dei diversi interessi in gioco è al centro di questa disciplina anche nel Regno Unito ed in Francia. Quest'ultima non conteneva, all'interno delle disposizioni antidiscriminatorie, alcuna precisazione sui "genuine occupational requirements", eccetto quanto già precedentemente stabilito in materia di discriminazione di genere²⁸². È solo con la più volte citata legge n. 496-2008 che viene introdotta una specifica disposizione in merito, in base alla quale il principio di parità "ne fait pas obstacle aux différences de traitement fondées sur les motifs visés à l'alinéa précédent lorsqu'elles répondent à une exigence professionnelle essentielle et déterminante et pour autant que l'objectif soit légitime et l'exigence proportionnée". Conformemente all'articolo 4.1 della direttiva, le "exigences professionnelles" debbono risultare essenziali e determinanti, rispettare il criterio di proporzionalità ed essere collegate ad una finalità legittima; nella norma francese non si fa cenno, invece, al contesto ed alla natura dell'impiego, che dovrebbero circoscrivere l'applicazione delle eventuali deroghe ai divieti di discriminazione. Ciò potrebbe comportare un'interpretazione ampia di tali eccezioni, considerato il significato impreciso e potenzialmente onnicomprensivo dell'espressione "esigenze professionali". A complicare il quadro ed a renderlo ancor più sfuggente rispetto alla garanzia della non discriminazione, contribuisce l'esistenza di una clausola generale, il già citato art. 1121-1 del *Code du travail* (art. 120-2 nel vecchio testo)²⁸³, che consente di porre limitazioni ai diritti fondamentali del lavoratore – dunque anche alla parità di trattamento in materia religiosa – qualora siano giustificate dalla "nature de la tâche à accomplir" e proporzionali all'obiettivo perseguito dall'impresa. Natura della mansione e criterio di proporzionalità evidenziano una certa assonanza con le previsioni sui requisiti occupazionali, individuando, tuttavia, criteri assai più flessibili rispetto a queste ultime per giustificare le pretese del datore di lavoro. La giurisprudenza che ha utilizzato l'art. 1121-1

²⁸¹ Altro esempio relativo alla connessione di questa materia con l'autonomia confessionale è quello suggerito da M. BELL, *Direct discrimination*, in D. SCHIEK, L. WADDINGTON, M. BELL *et al.* (eds), *Cases, materials and Text on National, Supranational and International Non-Discrimination Law*, cit., p. 307, relativo ai ministri di culto: il fatto che la Chiesa cattolica "assuma" soltanto presbiteri cattolici può essere considerato, secondo gli autori, un "genuine occupational requirement".

²⁸² Si tratta delle norme del Codice del lavoro già richiamate (*supra*, nota 274). Cfr. S. LATRAVERSE, *Report on Measures to Combat Discrimination: Directives 2000/43/EC and 2000/78/EC. Country Report France*, cit., p. 44.

²⁸³ In merito cfr. *supra*, par. 2.1.

nella ricerca di un contemperamento tra gli interessi del lavoratore e quelli dell'impresa, rivela la scarsa propensione del diritto francese a privilegiare i primi rispetto ai secondi²⁸⁴. È, dunque, concreto il rischio che interpretazioni non rigorose dei “*genuine occupational requirements*” finiscano per tutelare il versante aziendale e per limitare la portata della legislazione antidiscriminatoria.

Anche il Regno Unito ha seguito il modello comunitario, prevedendo i requisiti occupazionali come eccezioni al principio di parità. Le leggi sulla discriminazione includono, così, una disposizione di carattere generale relativa ai G.O.R. (*genuine occupational requirement*, nell'acronimo utilizzato nel mondo anglosassone), sul modello dell'art. 4.1 della direttiva 2000/78²⁸⁵. Per quanto concerne la religione, l'art. 7 dei Regolamenti del 2003 stabilisce che i divieti *ex art. 6* non si applicano quando, tenuto conto della natura dell'impiego o del contesto nel quale viene svolto, l'appartenenza (o la non appartenenza) ad una determinata religione rappresenta un requisito occupazionale essenziale, determinante e proporzionato al caso concreto²⁸⁶. Nella norma sono presenti

²⁸⁴ Almeno per quanto riguarda la tutela antidiscriminatoria, e specialmente in materia religiosa. In tal senso, chiaramente, Cour d'appel de Paris, sent. 16 marzo 2001, cit., nella quale il licenziamento di una dipendente che indossava il velo è stato ritenuto legittimo a motivo dell'interesse economico dell'azienda e data la natura della mansione svolta: in sostanza, si è giustificato il comportamento “discriminatorio” del datore di lavoro argomentando che il contatto della dipendente con il pubblico avrebbe comportato conseguenze negative per le vendite e che, dunque, una limitazione della sua libertà sarebbe stata ammissibile. Così, facendo riferimento anche al principio di laicità e di neutralità del luogo di lavoro, il giudice ha accettato di limitare la libertà individuale in forza degli interessi della produzione ed ha in qualche modo avallato un pregiudizio collettivo riguardo alle donne “velate”, che non darebbero buoni risultati nelle vendite perché invisibili alla clientela. In merito J. SAVATIER, *Conditions de licéité d'un licenciement pour port du voile islamique*, cit., p. 354 ss.; D. STRAZZARI, *Discriminazione razziale e diritto*, cit., p. 354 ss.

²⁸⁵ Nel Race Relations Act 1976, ad esempio, è stato inserito l'art. 4A, modificando l'approccio precedente che prevedeva una lista tassativa di professioni alle quali applicare i requisiti occupazionali.

²⁸⁶ Art. 7, par. 1: “In relation to discrimination falling within regulation 3 (discrimination on grounds of religion or belief) –

(A) regulation 6(1)(a) or (c) does not apply to any employment;

(B) regulation 6(2)(b) or (c) does not apply to promotion or transfer to, or training for, any employment; and

(C) regulation 6(2)(d) does not apply to dismissal from any employment, where paragraph (2) or (3) applies”, dove l'art. 6 stabilisce il divieto di discriminazione religiosa nelle offerte di lavoro, nell'accesso all'impiego, nelle promozioni, nella formazione professionale e nel licenziamento.

Il paragrafo 2 dell'art. 7 dispone che “This paragraph applies where, having regard to the nature of the employment or the context in which it is carried out – (a) being of a particular religion or belief is a genuine and determining occupational requirement; (b) it is proportionate to apply that requirement in the particular case; and (c) either— (i) the person to whom that requirement is applied does not meet it, or (ii) the employer is not satisfied, and in all the circumstances it is reasonable for him not to be satisfied, that that person meets it, and this paragraph applies whether or not the employer has an ethos based on religion or belief.”. Il paragrafo 3 riguarda, invece, i requisiti occupazionali “where an employer has an ethos based on religion or belief”.

tutti gli elementi che delimitano i confini dei G.O.R. nella direttiva europea; il legislatore britannico, con la consueta precisione, ha poi specificato ulteriormente le condizioni di applicabilità delle deroghe in questione. Anzitutto, come emerge dalle note esplicative ufficiali²⁸⁷, dal combinato disposto degli artt. 6 e 7 si deduce che i requisiti occupazionali permettono di derogare soltanto al divieto di discriminazione, e non anche a quello di arrecare molestie o ad altri comportamenti disciplinati dai Regolamenti. Una precisazione che manca negli altri ordinamenti considerati²⁸⁸, benché sia desumibile dal nesso logico che intercorre tra il concetto di “requisito occupazionale” e quello di discriminazione nel rapporto di lavoro. In secondo luogo, l'art. 7.2, lettera c, indica con esattezza due casi nei quali il datore di lavoro può dimostrare, posto un G.O.R., di non aver violato i divieti di cui all'art. 6. Egli potrà giustificare un trattamento differenziato non solo quando l'altra parte mostri esplicitamente di non professare la religione richiesta, ma anche qualora l'appartenenza religiosa – pur non dichiarata – emerga con ragionevole evidenza e non vi sia una sufficiente convinzione di trovarsi di fronte una persona che aderisca al requisito in questione (“reasonable for him not to be satisfied that that person meets [the requirement]”)²⁸⁹. Si tratta di una puntualizzazione utile per quanto concerne la religione, poiché è difficile verificare l'effettiva sussistenza nel dipendente (o nel candidato ad un impiego) di una caratteristica relativa all'appartenenza confessionale e potrebbe darsi il caso in cui qualcuno, allo scopo di ottenere un impiego, finga di voler rispettare il G.O.R. religioso.

Dall'analisi delle norme dei tre Stati emerge che, sebbene con qualche variante, i requisiti in esame non possono che essere applicati in ipotesi ben

²⁸⁷ DTI, *Explanation of the provisions of the: Employment Equality (Sexual Orientation) Regulations 2003 and the Employment Equality (Religion or Belief) Regulations 2003*, cit., p. 16 ss.

²⁸⁸ In Italia, ad esempio, la disposizione sui requisiti occupazionali esclude la illegittimità degli “atti di discriminazione ai sensi dell'art. 2” del decreto n. 216/2003, ma l'art. 2 comprende anche le molestie e l'ordine di discriminare, equiparati (in base a quanto previsto dalla direttiva) ad una discriminazione.

²⁸⁹ DTI, *Explanation of the provisions of the: Employment Equality (Sexual Orientation) Regulations 2003 and the Employment Equality (Religion or Belief) Regulations 2003*, cit., p. 19. Da tenere in conto, a questo proposito, che il datore di lavoro potrebbe trovarsi obbligato a non compiere indagini sulla religione del dipendente e quindi a dover assumere qualcuno senza essere certo che questi rispetti il requisito occupazionale. La norma in esame, tuttavia, impone all'*employer* di dimostrare che “in all the circumstances it is reasonable for him not to be satisfied”, ovvero che sia sufficientemente ragionevole il suo sospetto sull'appartenenza religiosa del dipendente. Questo punto è riproposto anche dall'art. 7.3, in merito ai requisiti occupazionali nelle organizzazioni di tendenza (sulle quali *infra*, par. 4.2).

precise, quando strettamente pertinenti al lavoro svolto e nel rispetto delle condizioni rigorose richieste dalla direttiva. Entro questi rigidi confini, un requisito occupazionale relativo alla religione sarà difficilmente configurabile²⁹⁰ (almeno al di fuori delle organizzazioni di tendenza), poiché raramente in un ambiente lavorativo “neutro” sono presenti mansioni tali da richiedere necessariamente l'appartenenza religiosa²⁹¹. È però vero che, in tempi di rivendicazione di peculiari esigenze religiose (anche) nell'ambito di lavoro, si potrebbe pretendere la “non appartenenza” ad una religione, così da evitare, ad esempio, di assumere qualcuno che poi rifiuti di maneggiare determinate sostanze o cibi, o che rifiuti di lavorare in alcuni giorni od orari. In queste ipotesi, tuttavia, sembra più opportuno collocare il temperamento tra gli interessi datoriali e quelli del lavoratore nella cornice del concetto di discriminazione indiretta, piuttosto che in quello dei requisiti occupazionali: questi ultimi, infatti, si configurano come una sorta di *condicio sine qua non* per lo svolgimento della mansione²⁹², molto difficile da applicare ad esempi come quelli sopra citati. Più plausibilmente, si tratterà di regole generali (ad esempio l'orario di lavoro, uguale per tutti), che potranno svantaggiare gli appartenenti ad una religione rispetto ad altri, individuando così un'eventuale discriminazione indiretta. Le possibilità di giustificare trattamenti sfavorevoli variano a seconda che si applichi la norma sulla discriminazione indiretta (per la quale un comportamento deve essere oggettivamente giustificato da una finalità legittima ed essere appropriato e necessario per il suo raggiungimento) oppure

²⁹⁰ Insistono sulla difficile adattabilità delle deroghe ex art. 4.1 della direttiva a determinate caratteristiche M. BELL, *Direct discrimination*, cit., p. 275 ss.; ID., *Diversity of religion and belief at work – the new legal framework*, cit., p. 60; L. VICKERS, *Freedom of Religion and the Workplace: The Draft Employment Equality (Religion or Belief) Regulations 2003*, cit., p. 27.

²⁹¹ Non mancano, tuttavia, esempi di rilevanza del carattere religioso per attività svolte in aziende non di tendenza. Oltre al caso degli insegnanti di religione, sopra ricordato, un requisito occupazionale di natura ideologica potrebbe riguardare una clinica che voglia assumere personale per il servizio di assistenza spirituale, per il quale dovrà richiedere una determinata appartenenza confessionale. Se in Italia questa materia riceve una speciale disciplina attraverso il diritto pattizio, in altri Paesi potrebbe essere rimessa alla comune regolamentazione dei rapporti di lavoro, ai quali si applicano le norme sui G.O.R..

²⁹² Ad esempio, nel caso in cui si cercasse qualcuno disposto a lavorare anche il sabato, si dovrebbe porre un requisito che escludesse espressamente ebrei ed avventisti, giustificandolo con la necessità assoluta che quella mansione sia svolta di sabato, per un fine legittimo e rispettando la proporzionalità tra la pretesa ed il fine, ipotesi piuttosto difficile da configurare. Non solo. La formulazione di un simile “requisito” non terrebbe nella debita considerazione il fatto che l'appartenenza confessionale non sempre determina il rispetto di una pratica religiosa, per cui riservare il posto di lavoro ai “non ebrei” potrebbe illegittimamente escludere un ebreo che non osserva il sabato.

quella sui requisiti occupazionali (che per essere legittimi debbono essere essenziali e determinanti per lo svolgimento di una mansione, tenuto conto della natura e del contesto in cui vengono applicati; perseguire una finalità legittima ed essere ad essa proporzionali). La pertinenza ad una particolare mansione sembra essere il tratto caratterizzante di questi ultimi, mentre eventuali discriminazioni indirette emergono dai comportamenti e dalle norme che regolano nel complesso il mercato del lavoro, consentendo una tutela più ampia delle esigenze aziendali²⁹³.

4.2. L'applicazione della deroga ex art. 4.2 della direttiva: le organizzazioni di tendenza

I requisiti occupazionali finora descritti assumono un rilievo particolare nell'ambito delle attività di "di chiese o di altre organizzazioni pubbliche o private la cui etica è fondata sulla religione o sulle convinzioni personali" (così l'art. 4.2 della direttiva 2000/78). In questo caso, infatti, il temperamento tra gli interessi del lavoratore e quelli dell'impresa deve tener conto degli obiettivi perseguiti da quest'ultima, anch'essi collegati alla religione, e solitamente tutelati da parte degli Stati in quanto espressione degli interessi dei cosiddetti "corpi intermedi". In altre parole, la parità dei lavoratori e la loro libertà religiosa dovranno essere poste a confronto non più con generiche finalità aziendali, di carattere prevalentemente economico, ma con altrettanti interessi di tipo religioso, rappresentati e realizzati, a livello collettivo, dalle chiese e dalle organizzazioni di tendenza. Appare, dunque, coerente che rispetto a queste ultime il legislatore comunitario abbia previsto criteri meno rigidi per la valutazione della legittimità dei requisiti occupazionali²⁹⁴. Tuttavia, è innegabile che la redazione della norma, lasciando ampia discrezionalità agli Stati membri nella specificazione di questa disciplina, consente di stabilire regimi derogatori anche molto estesi, che rischiano di ridurre notevolmente la portata del principio di parità. In particolare, come già notato, la direttiva attribuisce,

²⁹³ D. STRAZZARI, *Discriminazione razziale e diritto*, cit., p. 81 ss.

²⁹⁴ Come già ricordato (*supra*, cap. II, par. 3.1) detti requisiti non devono più essere determinanti e proporzionali rispetto allo scopo (come nell'art. 4.1), ma soltanto essenziali, legittimi e giustificati per lo svolgimento dell'attività professionale, tenuto conto dell'"etica" dell'organizzazione. Come notato da G. DE SIMONE, *Dai principi alle regole*, cit., p. 88, "il parametro di valutazione diviene non la necessità oggettiva" rispetto allo svolgimento di un'attività, ma "l'opportunità in relazione all'etica dell'organizzazione".

correttamente, agli Stati il compito di precisare quali soggetti sono compresi nella categoria delle “chiese ed organizzazioni” eticamente fondate, per quali attività professionali sono applicabili le deroghe in questione²⁹⁵, quale sia il rapporto tra la tutela della “tendenza” e quella del lavoratore, tenuto conto dell’assenza del criterio di proporzionalità, che solitamente guida la regolamentazione di questo settore²⁹⁶. Gli Stati, tuttavia, non sempre sono apparsi all’altezza del compito loro affidato. In Italia, ad esempio, una disattenta trasposizione della direttiva ha stravolto la dicitura “organizzazioni la cui etica è fondata su una religione”, a favore di un insieme eccessivamente ampio di soggetti legittimati a non applicare i divieti di discriminazione²⁹⁷. Ma anche nell’applicazione giurisprudenziale di questi parametri sembra concreto il rischio di interpretazioni che garantiscono la “tendenza” piuttosto che i diritti dei lavoratori. Un rischio che potrebbe riguardare specialmente Stati, come la Francia, dove si è scelto di non dettare specifiche norme in materia.

Ad ogni modo, la direttiva, pur lasciando piena facoltà agli Stati di consentire eccezioni al principio di parità, ha posto alcuni “paletti” per far sì che le deroghe in questione non siano applicate in modo incontrollato. Anzitutto, le scelte del legislatore interno sono limitate da una clausola di tipo temporale, in base alla quale le disposizioni in favore delle chiese e delle imprese di tendenza sono ammesse solo quando confermano una normativa già in vigore o “codificano” prassi vigenti al momento dell’attuazione della direttiva²⁹⁸. In

²⁹⁵ In tema, più in dettaglio, *supra*, cap. II, par. 3.1; A. VISCOMI, *Lavoro e “tendenza” nelle fonti internazionali e comunitarie*, in A.G. CHIZZONITI (a cura di), *Organizzazioni di tendenza e formazione universitaria. Esperienze europee e mediterranee a confronto*, Bologna, Il Mulino, 2006, p. 31 ss., nota come la discrezionalità lasciata agli Stati finisca, in qualche occasione, per dilatare eccessivamente la categoria dei beneficiari delle deroghe (è il caso, come vedremo tra breve, della trasposizione italiana).

²⁹⁶ N. FIORITA, *Le direttive comunitarie in tema di lotta alla discriminazione, la loro tempestiva attuazione e l’eterogeneità dei fini*, cit., p. 367 ss.; F. ONIDA, *Il problema delle organizzazioni di tendenza nella direttiva 2000/78/EC*, cit., p. 907 ss.; M. AIMO, *Le discriminazioni basate sulla religione e le convinzioni personali*, cit., p. 67 ss.

²⁹⁷ Sul punto si tornerà tra breve. In merito alle conseguenze di questa “dilatazione” cfr., tra gli altri, N. FIORITA, *Le direttive comunitarie in tema di lotta alla discriminazione*, cit., p. 374 ss.; M. AIMO, *Le discriminazioni basate sulla religione e le convinzioni personali*, cit., p. 73 ss.

²⁹⁸ L’art. 4.2 prevede, infatti, che “gli Stati membri possono mantenere nella legislazione nazionale in vigore alla data d’adozione della presente direttiva o prevedere in una futura legislazione che riprenda prassi nazionali vigenti alla data d’adozione della presente direttiva, disposizioni [...]” che consentono, in favore delle organizzazioni di tendenza, deroghe al divieto di discriminazione religiosa. F. ONIDA, *Il problema delle organizzazioni di tendenza nella direttiva 2000/78/EC*, cit., p. 909 ss., vede in questa disposizione il segno di un atteggiamento di sfavore del legislatore europeo verso le deroghe per le chiese, che sono state imposte dalle pressioni degli Stati (e delle organizzazioni di tendenza stesse). Perciò, secondo l’A., l’Unione non si è “fidata” fino in fondo della autonomia

secondo luogo, l'art. 4.2 si preoccupa di ribadire la salvaguardia dei principi generali del diritto comunitario – tra cui quello di non discriminazione – e di quelli costituzionali degli Stati membri, che devono guidare l'eventuale predisposizione del regime derogatorio.

Guardando agli ordinamenti dei tre Stati in esame, occorre anzitutto notare che tutti avevano affrontato la tematica dei rapporti di lavoro nelle organizzazioni di tendenza ben prima del recepimento della direttiva. Tuttavia, in nessun caso si può individuare la presenza di una legislazione organica in merito: le disposizioni rilevanti sono disseminate in testi di diversa natura e gran parte dei criteri guida sono stati dettati attraverso la giurisprudenza²⁹⁹. Ciò rivela la difficoltà ad inquadrare in categorie predefinite una materia così delicata e nella quale molte sono le varianti, a seconda della tipologia di organizzazione di tendenza e di attività svolte. In questo senso, affidare la regolamentazione di tali questioni ai giudici, se da un lato può significare una diminuzione della certezza del diritto, dall'altro rappresenta una scelta opportuna per adattare gli strumenti a disposizione alle mutevoli fattispecie ed ai diversi casi di temperamento degli interessi che si possono presentare in questo ambito. Così per Italia e Regno Unito l'attuazione delle direttive ha rappresentato l'occasione per procedere ad una (seppur minima) codifica delle regole fondamentali formulate dalla dottrina e dalla giurisprudenza, mentre per la Francia, che ha preferito non avvalersi di questa possibilità, si continuerà a far riferimento esclusivamente a quanto stabilito dai giudici.

In Italia, in realtà, il risultato ottenuto in sede di recepimento è stato insoddisfacente sotto vari punti di vista. L'art. 3.5 del d.lg. 216/2003, infatti, segue il disposto dell'art. 4.2, senza preoccuparsi di controllare la conformità

statale nello stabilire tali eccezioni, ma ha voluto ribadire una sorta di clausola speciale di non regresso. In questo senso cfr. anche G. DE SIMONE, *Dai principi alle regole*, cit., p. 87 ss.

²⁹⁹ Sottolineano frammentarietà e non sistematizzazione delle norme in materia: riguardo all'Italia, A. VISCOMI, *Lavoro e "tendenza" nelle fonti internazionali e comunitarie*, cit., p. 26 ss.; G. DE SIMONE, *Dai principi alle regole*, cit., p. 89 ss.; riguardo alla Francia, F. MESSNER, P.-H. PRÉLOT, J.-M. WOEHLING, *Traité de droit français des religions*, cit., p. 719 ss.; nel Regno Unito, come già ricordato, la trasposizione delle direttive ha introdotto per la prima volta una specifica normativa sulla discriminazione religiosa, nella quale si prevedono eccezioni per le organizzazioni di tendenza, mentre precedentemente erano presenti soltanto alcune disposizioni relative alle scuole confessionali ("School Standards and Framework Act 1998"; "The Education (Scotland) Act 1980": in proposito DTI, *Explanation of the provisions of the: Employment Equality (Sexual Orientation) Regulations 2003 and the Employment Equality (Religion or Belief) Regulations 2003*, cit., p. 20; B. HEPPLER, T. CHOUDHURY, *Tackling religious discrimination*, cit., p. 51 ss.).

della nuova norma ad eventuali leggi e prassi preesistenti³⁰⁰: ne deriva un regime derogatorio più ampio di quello precedentemente in vigore, sia sotto il profilo delle organizzazioni alle quali si applica, sia per i criteri più blandi stabiliti per la valutazione della legittimità dei requisiti occupazionali.

Quanto al primo aspetto, il legislatore interno – se consapevolmente o no, ciò non pare rilevante³⁰¹ – si è discostato dalla lettera della direttiva, omettendo il riferimento all'“etica” che contraddistingue le organizzazioni di tendenza³⁰²: le eccezioni *ex art.* 3.5 sono, infatti, applicabili all'attività professionale svolta da enti religiosi o da “altre organizzazioni pubbliche o private”, non meglio caratterizzate. Requisiti professionali ideologici possono essere, quindi, richiesti – sempre se collegati alla natura o al contesto in cui vengono svolte determinate mansioni – da qualsiasi “organizzazione”, indipendentemente dal fatto che sia “portatrice di tendenza”. Viene a mancare, così, la finalità religiosa o ideologica che normalmente giustifica la contrazione del principio di parità dei lavoratori e che compare tra gli elementi qualificanti le imprese in questione³⁰³. Pur mancando una vera e propria definizione di “organizzazione di tendenza” nell'ordinamento italiano, le norme e le pronunce sul tema hanno sempre individuato tale tipologia di enti in base all'orientamento confessionale, ideologico o politico, sempre con il risultato di delimitare, piuttosto che ampliare, la platea dei beneficiari della speciale regolamentazione di questo

³⁰⁰ Art. 3.5, d.lgs. n. 216/2003: “Non costituiscono atti di discriminazione ai sensi dell'articolo 2 le differenze di trattamento basate sulla professione di una determinata religione o di determinate convinzioni personali che siano praticate nell'ambito di enti religiosi o altre organizzazioni pubbliche o private, qualora tale religione o tali convinzioni personali, per la natura delle attività professionali svolte da detti enti o organizzazioni o per il contesto in cui esse sono espletate, costituiscano requisito essenziale, legittimo e giustificato ai fini dello svolgimento delle medesime attività”.

³⁰¹ Con ogni probabilità, non si tratta di un mero errore di trasposizione, visto che l'art. 3.5 non è stato modificato dalla recente legge n. 101 del 2008, che si è occupata, all'art. 6 *sexies*, di correggere alcuni errori presenti nei decreti attuativi.

³⁰² In realtà, il riferimento all'“etica” è stato inserito nella direttiva basandosi sulla cornice concettuale britannica (cfr. *supra*, cap. II, nota 126), ma non si tratta di un concetto presente negli altri ordinamenti giuridici europei. Tale nozione risulta, perciò, di difficile codificazione in Italia, anche se nel decreto di recepimento della direttiva si sarebbe potuto meglio specificare che la deroga in esame è riferita solo alle organizzazioni di tendenza, e non a un generico insieme di “organizzazioni pubbliche o private”.

³⁰³ In questo senso, l'art. 4 della legge 11 maggio 1990, n. 108, offre una prima categorizzazione delle imprese di tendenza, identificate nei “datori di lavoro non imprenditori che svolgono senza fini di lucro attività di natura politica, sindacale, culturale, di istruzione ovvero di religione o di culto”. In giurisprudenza, *ex multis*, Cassazione, sez. lavoro, sent. 16 giugno 1994, n. 5832, ove si afferma che “le organizzazioni di tendenza sono costituite da quelle entità costituite e operanti per il perseguimento di finalità ideali o confessionali o politiche o sindacali”.

settore. In dottrina, peraltro, si era discusso se la protezione della tendenza potesse applicarsi ad organizzazioni con scopo di lucro e se dovesse riferirsi unicamente all'ente religioso oppure anche alle imprese ed istituzioni ad esso collegate³⁰⁴: ad esempio, secondo certa giurisprudenza³⁰⁵, un istituto scolastico, anche se gestito da una congregazione religiosa, non beneficia del regime speciale ex art. 4 l. n. 108/1990 (relativo ai licenziamenti), poiché assimilabile ad un'impresa, mentre l'organizzazione di tendenza *stricto sensu* sarebbe unicamente la congregazione. Se la direttiva, non facendo riferimento in alcun modo al fine di lucro, consentiva di superare tale dibattito³⁰⁶, il legislatore italiano ha tuttavia forzato ancor più la mano, eliminando anche il nesso con l'ideologia ed estendendo le eccezioni ai divieti di discriminazione ad un indistinto insieme di organizzazioni.

Riguardo, poi, ai criteri che debbono indirizzare il contemperamento degli interessi dell'impresa e di quelli del lavoratore, il riferimento operato dall'art. 3.5 a "natura o contesto" dell'attività svolta appare non solo opportuno, ma anche in linea con quanto via via affermato in dottrina ed in giurisprudenza³⁰⁷;

³⁰⁴ Per una ricostruzione delle posizioni in dottrina cfr. M. PEDRAZZOLI, *Aziende di tendenza*, in *Dig. disc. priv.*, sez. comm., vol. II, Torino, 1987, p. 107 ss.; F. SANTONI, *Le organizzazioni di tendenza e il rapporto di lavoro*, Milano, Giuffrè, 1983, spec. p. 47 ss.

³⁰⁵ Cassazione, Sez. unite, Sentenza 11 aprile 1994, n. 3353. Questo orientamento giurisprudenziale, come ricordato da F. SANTONI, *Le organizzazioni di tendenza e il rapporto di lavoro*, cit., p. 60, si fonda su una pronuncia della Corte Costituzionale che ha sostanzialmente equiparato i datori di lavoro non imprenditori a quelli portatori di tendenza (C. Cost., sent. 8 luglio 1975, n. 189).

³⁰⁶ A. VISCOMI, *Lavoro e "tendenza" nelle fonti internazionali e comunitarie*, cit., p. 30-31.

³⁰⁷ La natura della mansione ed il "contesto" in cui viene svolta sono elementi rilevanti – come già osservato – anche per i requisiti occupazionali generici e correttamente menzionati dall'art. 3.5 del d.lgs. n. 216/2003 relativamente alle aziende di tendenza. La valutazione del contrasto tra interessi del lavoratore e dell'impresa deve, perciò, tener conto che non si può richiedere a tutti i lavoratori di condividere l'ideologia dell'ente, ma soltanto a quelli che svolgono attività "portatrici di tendenza". Così, ad esempio, la Cassazione (sent. 16 giugno 1994, cit.) ha dichiarato illegittimo il licenziamento per ragioni ideologiche di un insegnante di educazione fisica impiegato in una scuola cattolica, poiché si trattava di una materia che "prescinde completamente dall'orientamento ideologico del docente" e che non poteva orientare il credo degli alunni. Nella medesima sentenza, la Suprema Corte ha sottolineato, inoltre, che un'impresa di tendenza potrebbe procedere alla risoluzione del rapporto di lavoro anche nel caso di mansioni neutre, quando nel loro svolgimento risulti che il dipendente abbia "diffuso e propagandato [...] idee e atteggiamenti in contrasto con l'indirizzo" dell'ente; in altre parole quando dal "contesto" lavorativo derivi un danno all'orientamento ideologico dell'organizzazione. In dottrina cfr. F. SANTONI, *Le organizzazioni di tendenza e il rapporto di lavoro*, cit., spec. p. 175 ss.; R. BOTTA, *Rapporti di lavoro in diritto ecclesiastico*, in *Dig. disc. priv.*, sez. civ., XVI, Torino, 1997, p. 261 ss.; G. LO CASTRO, *Individuo e «insieme» nelle organizzazioni di tendenza confessionale. Riflessioni generali*, in AA.VV., *Rapporti di lavoro e fattore religioso*, Napoli, Jovene, 1988, p. 47 ss.; F. SANTONI, *Intervento*, *ibidem*, p. 73 ss.; più di recente F. ONIDA, *Il problema delle organizzazioni di tendenza nella direttiva 2000/78/EC*, cit., p. 910 ss.; P. BELLOCCHI, *Pluralismo religioso, discriminazioni ideologiche e diritto del lavoro*, cit., p. 181 ss.; V. PACILLO, *Contributo allo studio del diritto di libertà religiosa nel rapporto di lavoro subordinato*, cit., p. 237 ss.

non altrettanto si può dire relativamente alla mancata menzione del criterio di proporzionalità. Il silenzio su questo punto, benché conforme ai parametri dettati da Bruxelles, non tiene conto della decennale esperienza nazionale in materia e del ruolo centrale di detto criterio nella ricerca del giusto equilibrio tra la tutela della “tendenza” e quella della libertà del lavoratore e nell’individuazione del limite oltre il quale non si può esigere il rispetto dell’ideologia dell’impresa. Per comprendere meglio quali siano i principi che ispirano la regolamentazione della materia nel nostro ordinamento e quale mutamento sia intervenuto con l’approvazione del decreto del 2003, occorre soffermarsi brevemente sulla normativa e sulla giurisprudenza pregresse.

Come già accennato, precedentemente alla trasposizione della direttiva, ben poche erano le disposizioni che affrontavano *ex professo* questa materia. Va indubbiamente ricordata la speciale disciplina, di derivazione pattizia, relativa a taluni rapporti di impiego nell’Università Cattolica del Sacro Cuore³⁰⁸: l’art. 10, 3° comma dell’Accordo di Villa Madama – che ripropone quanto stabilito dall’art. 38 del Concordato del ’29 – impone una sorta di “requisito occupazionale confessionale” subordinando la nomina dei docenti al “gradimento, sotto il profilo religioso, della competente autorità ecclesiastica”³⁰⁹. La celebre sentenza della Corte costituzionale sul noto caso del prof. Cordero ha, inoltre, esteso la tutela della tendenza dell’Università Cattolica anche al momento del licenziamento, che può intervenire qualora l’adesione del docente ai principi della religione cattolica venga meno³¹⁰; il protocollo addizionale all’Accordo del 1984 impone di tener conto dei principi affermati in tale pronuncia nell’interpretazione della relativa norma³¹¹. Nell’ambito del diritto “comune” del lavoro, invece, tra le sporadiche norme in

³⁰⁸ G. FELICIANI, *Lo status delle università di tendenza in Italia*, in A.G. CHIZZONITI (a cura di), *Organizzazioni di tendenza e formazione universitaria*, cit., p. 263 ss., ricorda che l’Università Cattolica del Sacro Cuore è l’unica università di tendenza italiana tutelata sul punto da apposite norme di legge.

³⁰⁹ In generale sul tema: F. FINOCCHIARO, *Diritto ecclesiastico*, cit., p. 168 e 423 ss.; E. VITALI, A.G. CHIZZONITI, *Manuale breve di diritto ecclesiastico*, cit., p. 155 ss.; M. NAPOLI, *Lo statuto dei docenti*, in A.G. CHIZZONITI (a cura di), *Organizzazioni di tendenza e formazione universitaria*, cit., p. 52 ss.

³¹⁰ C. Cost., sent. 29 dicembre 1972, n. 195. La Corte ha, difatti, affermato che “negandosi [all’Università] il potere di recedere dal rapporto ove gli indirizzi religiosi o ideologici del docente siano divenuti contrastanti con quelli che caratterizzano la scuola, si mortificherebbe e si rinnegherebbe la libertà di questa”. Si tratta di un principio che è stato poi esteso in via interpretativa a tutte le università di tendenza (cfr., per tutti, M. NAPOLI, *Lo statuto dei docenti*, cit., p. 53 ss.).

³¹¹ Prot. Add., n. 6: “*In relazione all’articolo 10*. La Repubblica italiana, nell’interpretazione del n. 3 - che non innova l’articolo 38 del Concordato dell’11 febbraio 1929 - si atterrà alla sentenza 195/1972 della Corte costituzionale relativa al medesimo articolo”.

tema si può annoverare la già menzionata legge n. 108/1990 che, pur nella vigenza del divieto di licenziamenti discriminatori, esclude le organizzazioni di tendenza dall'obbligo della reintegrazione del lavoratore in caso di recesso senza giusta causa (c.d. "tutela reale") *ex art.* 18 dello Statuto dei lavoratori³¹².

È, dunque, nella giurisprudenza che vanno rintracciati i principi che hanno orientato la regolamentazione di questa materia nell'ordinamento italiano. I giudici – così come la dottrina – si sono occupati principalmente di casi di licenziamenti, spesso intervenuti in seguito ad un mutamento nelle convinzioni del lavoratore, tale da far venir meno la sua adesione all'ideologia dell'azienda e l'utilità del suo apporto alle finalità di quest'ultima³¹³. Nella valutazione delle opposte posizioni, la giurisprudenza ha spesso tutelato la "tendenza" a scapito della conservazione del rapporto di lavoro³¹⁴; tuttavia, specialmente nelle pronunce più recenti, è emersa la regola in base alla quale il sacrificio della libertà dei dipendenti deve limitarsi a quanto strettamente necessario per lo svolgimento della prestazione, non essendo ammessi requisiti occupazionali *sproporzionati* rispetto agli obiettivi dell'organizzazione³¹⁵. In particolare, costituisce un punto fermo per la giurisprudenza e la dottrina l'irrelevanza dei comportamenti extra-lavorativi per la disciplina del rapporto di lavoro "di tendenza". Solo la manifestazione di idee contrastanti con la tendenza o la modalità di espletamento dell'attività lavorativa possono giustificare una restrizione dei diritti dei lavoratori, mentre saranno irrilevanti le scelte di vita personali che non influenzano la diffusione dell'ideologia dell'organizzazione³¹⁶.

³¹² Cfr., per tutti, G. DE SIMONE, *Dai principi alle regole*, cit., p. 140 ss.; V. PACILLO, *Contributo allo studio del diritto di libertà religiosa nel rapporto di lavoro subordinato*, cit., p. 270 ss.

³¹³ R. BOTTA, *Dieci anni di giurisprudenza su fattore religioso e diritto del lavoro*, in *Quaderni Dir. e politica ecclesiastica*, 2001, n. 3, p. 740 ss.

³¹⁴ M. NAPOLI, *Lo statuto dei docenti*, cit., p. 48 ss.

³¹⁵ Così N. FIORITA, *Le direttive comunitarie in tema di lotta alla discriminazione, la loro tempestiva attuazione e l'eterogenesi dei fini*, p. 374 ss.; V. PACILLO, *Contributo allo studio del diritto di libertà religiosa nel rapporto di lavoro subordinato*, cit., p. 251 ss.

³¹⁶ Ad esempio, la Corte di Cassazione, nella già citata sent. 16 giugno 1994, ha dichiarato illegittimo il licenziamento di un docente di una scuola cattolica, motivato dal fatto che questi, agendo in modo non conforme alla dottrina cattolica, aveva contratto matrimonio civile e non religioso. Questo indirizzo giurisprudenziale (confermato da Cassazione, sent. 1 agosto 2000, n. 10640) ha superato quello della stessa Suprema Corte, che con sentenza 21 novembre 1991, n. 12530, aveva dichiarato assistito da giusta causa il licenziamento di un'insegnante di inglese da parte di un istituto religioso, sempre a motivo della scelta del matrimonio civile da parte della docente. Per una sintesi degli orientamenti giurisprudenziali in materia, ed ulteriori riferimenti: R. BOTTA, *Dieci anni di giurisprudenza su fattore religioso e diritto del lavoro*, cit., p. 740 ss. In merito, oltre agli autori citati alla nota 41, P. BELLOCCHI, *Pluralismo religioso, discriminazioni ideologiche e diritto del lavoro*, cit., p. 182 ss.

La mancanza del principio di proporzionalità nel disposto dell'art. 3.5 del d.lgs. n. 216/2003, al contrario, rende possibili eccezioni più estese al principio di parità, essendo sufficiente dimostrare che l'appartenenza religiosa è essenziale, legittima e giustificata per lo svolgimento dell'attività professionale. È partendo dall'interpretazione dell'essenzialità e della legittimità che dovrà essere ricostruito il limite oltre il quale le finalità di tendenza non possono pretendere l'allineamento del lavoratore sui canoni dell'impresa³¹⁷.

L'assenza di un'apposita disciplina sulle organizzazioni di tendenza non può che porre in particolare evidenza l'introduzione dell'art. 3.5 del decreto attuativo del 2003, che colloca stabilmente la regolamentazione di questa materia nell'ambito della tutela antidiscriminatoria, configurando i rapporti di lavoro "ideologici" come un'eccezione (come tale, limitata a casi strettamente previsti) ai divieti di discriminazione religiosa³¹⁸. Anche per questo motivo, appaiono particolarmente gravi la dilatazione della disciplina di favore a generiche organizzazioni pubbliche e private e la mancata previsione del criterio di proporzionalità: due scelte che rischiano di stravolgere il delicato equilibrio individuato da dottrina e giurisprudenza consolidate tra tutela della tendenza e libertà del lavoratore.

Proprio sul principio della proporzionalità si fonda, invece, l'interpretazione britannica delle deroghe *ex art. 4.2* della direttiva. L'art. 7.3 degli "*Employment Equality (religion or belief) Regulations 2003*" prevede infatti che le organizzazioni che hanno un "ethos based on religion or belief" possano legittimamente operare distinzioni fondate sulla religione quando "being of a particular religion or belief is a genuine occupational requirement for the job" e "it is *proportionate* to apply that requirement in the particular case"³¹⁹. Per essere

³¹⁷ F. ONIDA, *Il problema delle organizzazioni di tendenza nella direttiva 2000/78/EC*, p. 910 ss.

³¹⁸ M. NAPOLI, *Lo statuto dei docenti*, cit., p. 47 ss., individua in questa collocazione una nuova fase nella regolamentazione della materia.

³¹⁹ Art. 7, par. 3: "(3) This paragraph applies where an employer has an ethos based on religion or belief and, having regard to that ethos and to the nature of the employment or the context in which it is carried out -

(a) being of a particular religion or belief is a genuine occupational requirement for the job;

(b) it is proportionate to apply that requirement in the particular case; and

(c) either -

(i) the person to whom that requirement is applied does not meet it, or

(ii) the employer is not satisfied, and in all the circumstances it is reasonable for him not to be satisfied, that that person meets it." In proposito cfr. M. BELL, *Diversity of religion and belief at work – the new legal framework*, cit., p. 61; L. VICKERS, *Freedom of Religion and the Workplace: The Draft*

ammessi, i requisiti occupazionali operanti all'interno delle organizzazioni di tendenza devono risultare essenziali per lo svolgimento di una mansione e proporzionali rispetto alla singola situazione: in altre parole, il datore di lavoro deve dimostrare che, data la natura dell'attività ed il contesto in cui viene esercitata, è ragionevole pretendere la conformità del lavoratore alla religione sulla quale si basa l'azienda³²⁰. Fin qui, i Regolamenti del 2003 sono conformi alla direttiva; anzi, rispetto a quest'ultima, i parametri per la legittimazione dei requisiti occupazionali nell'ambito delle organizzazioni di tendenza sono più ristretti. La rilevanza del principio di proporzionalità emerge anche nella giurisprudenza, per la quale appare centrale valutare l'opportunità del requisito nei singoli casi, per non comprimere eccessivamente la libertà dei lavoratori³²¹. Come in Italia, anche nelle pronunce britanniche si è affermata la distinzione tra incarichi "portatori di tendenza" ed incarichi neutri: non si ritiene, infatti, sufficiente la mera ispirazione religiosa nello svolgimento di una professione, ma si ricerca il nesso funzionale tra appartenenza religiosa e corretta esecuzione di un lavoro³²². Dove, invece, la legislazione britannica stabilisce criteri più blandi rispetto a quelli della direttiva, è nella disciplina dei rapporti di impiego nelle scuole confessionali. L'art. 39 dei Regolamenti del 2003 fa salvi, infatti, gli

Employment Equality (Religion or Belief) Regulations 2003, cit., p. 28 ss.; A. MCCOLGAN, *Discrimination law: text, cases and materials*, Oxford, Hart, 2005, p. 663 ss.

³²⁰ Il principio di proporzionalità è oggetto di molte sentenze britanniche, tra le quali alcune relative al diritto antidiscriminatorio. Dalla ricostruzione operata dai giudici, emerge uno stretto legame tra la "proportionality" e la ragionevolezza, per cui si dovrà tener conto della relazione tra il requisito ed il fine perseguito dall'impresa, ed in particolare dell'opportunità del primo per la realizzazione del secondo; il datore di lavoro, invece, non deve dimostrare che il requisito costituiva l'unico strumento per ottenere lo scopo. Il test sulla proporzionalità stabilito dalla giurisprudenza britannica prevede che si debba rispondere ai seguenti quesiti: "First, is the objective sufficiently important to justify limiting a fundamental right? Secondly, is the measure rationally connected to the objective? Thirdly, are the means chosen no more than is necessary to accomplish the objective?" (si v., tra le molte sentenze che richiamano questi parametri, quella dell'EAT, *Azmi v. Kirklees*, cit., par. 71 ss.).

³²¹ Di recente, Employment Tribunal of Shrewsbury, sent. 15 maggio 2008 "*Sheridan v. Prospect*", relativa ai rapporti di lavoro in una organizzazione caritativa di ispirazione cristiana, la quale aveva imposto un G.O.R. relativo alla religione anche per impieghi che non presupponevano necessariamente l'appartenenza religiosa (come l'assistenza ai disabili ed il supporto in alcune attività da essi svolte). Da notare che ai dipendenti dell'organizzazione veniva richiesto, in fase di assunzione, di sottoscrivere l'adesione ad una lista di principi ("Basis of faith") nella quale era possibile assicurare semplicemente la propria "non contrarietà" alla dottrina cristiana, pur non dichiarandosi fedeli. Analizzando questa situazione, il Tribunale conclude che per alcune mansioni l'appartenenza confessionale non era da considerarsi proporzionata al fine perseguito e tale da giustificare il trattamento discriminatorio (cfr. anche la sentenza del medesimo Tribunale, resa su istanza di un'altra dipendente dell'organizzazione, "*Hender v. Prospect*", sempre del 15 maggio 2008; entrambe sono reperibili in www.olir.it).

³²² Cfr. ancora "*Sheridan v. Prospect*"; inoltre Employment appeal Tribunal, sent. 17 gennaio 2007, "*Glasgow City Council v. McNab*" [2007] UKEAT 0037, spec. par. 20 ss.

artt. 58, 59 e 60 dello “*School Standards and Framework Act 1998*”, relativi all’assunzione ed al licenziamento dei docenti, e l’art. 21 dell’“*Education (Scotland) Act 1980*”, che dispone una peculiare disciplina per le nomine degli insegnanti delle “*denominational schools*” scozzesi. In entrambe le leggi, la facoltà di operare differenziazioni di trattamento fondate sulla religione è più ampia di quella consentita dalla direttiva³²³. In particolare, l’art. 60 dello “*School Standards and Framework Act 1998*” non richiede di dimostrare che la preferenza per un docente che professi la medesima religione della scuola costituisca un requisito occupazionale necessario e proporzionato al fine perseguito, né che sia motivata dalla natura dell’attività svolta; inoltre, pur applicandosi unicamente agli insegnanti, la norma in questione stabilisce eccezioni molto estese al principio di parità, sia nell’assunzione e nel licenziamento, sia nella gestione di promozioni e retribuzioni³²⁴. Vista la difformità di queste disposizioni rispetto al dettato comunitario, secondo la dottrina³²⁵ i giudici inglesi dovrebbero applicare direttamente l’art. 4.2 della direttiva, così da non incorrere in una procedura di infrazione³²⁶.

³²³ Cfr. in proposito B. HEPPLER, T. CHOUDHURY, *Tackling religious discrimination*, cit., p. 51 ss.; C. O’CINNEIDE, *Report on Measures to Combat Discrimination: Directives 2000/43/EC and 2000/78/EC. Country Report United Kingdom*, cit., p. 57 ss.; M. BELL, *Diversity of religion and belief at work – the new legal framework*, cit., p. 61 ss.

³²⁴ Pare opportuno riproporre il testo dei paragrafi 4 e 5 dell’art. 60 summenzionato: “(4) In connection with the appointment of a person to be head teacher of the school (whether foundation or voluntary controlled) regard may be had to that person’s ability and fitness to preserve and develop the religious character of the school.
(5) If the school is a voluntary aided school—
(a) preference may be given, in connection with the appointment, remuneration or promotion of teachers at the school, to persons—
(i) whose religious opinions are in accordance with the tenets of the religion or religious denomination specified in relation to the school under section 69(4), or
(ii) who attend religious worship in accordance with those tenets, or
(iii) who give, or are willing to give, religious education at the school in accordance with those tenets; and
(b) regard may be had, in connection with the termination of the employment of any teacher at the school, to any conduct on his part which is incompatible with the precepts, or with the upholding of the tenets, of the religion or religious denomination so specified”.

³²⁵ O’CINNEIDE, *Report on Measures to Combat Discrimination: Directives 2000/43/EC and 2000/78/EC. Country Report United Kingdom*, cit., p. 57.

³²⁶ In realtà, in una recente sentenza (la già citata “*Glasgow City Council v. McNab*” del 17 gennaio 2007) si è affrontato il tema dell’assunzione dei docenti nelle scuole confessionali scozzesi attraverso l’applicazione dell’art. 7 dei Regolamenti del 2003, pur essendo in vigore in tale ambito l’“*Education (Scotland) Act 1980*”. Si è così sostenuto che è illegittimo rifiutare un colloquio di lavoro ad un insegnante ateo per un posto di “*pastoral care teacher*” in una scuola cattolica, poiché nel caso concreto non era possibile dimostrare che l’appartenenza religiosa costituisse un G.O.R. ai sensi dell’art. 7 degli “*Employment Equality Regulations 2003*”.

Al di là del particolare caso delle scuole confessionali, vi sono altri due punti in cui la normativa britannica si discosta da quella europea. In primo luogo non si è riproposta la regola – enunciata nella seconda parte dell'art. 4.2 della direttiva 2000/78 – in base alla quale le imprese di tendenza possono esigere dai propri dipendenti un atteggiamento di buona fede e lealtà nei confronti dell'organizzazione. Neppure il decreto attuativo italiano vi fa riferimento, ma mentre nel nostro ordinamento una simile facoltà dell'imprenditore può essere ricavata dall'obbligo generale del lavoratore alla diligenza ed alla fedeltà all'impresa nello svolgimento della sua attività³²⁷, le caratteristiche dell'ordinamento britannico³²⁸ implicano che eventuali restrizioni dei diritti del lavoratore – come il divieto di comportarsi in senso contrario all'indirizzo ideologico dell'organizzazione – debbano essere espressamente previste per legge³²⁹. La dottrina, dunque, pare preoccupata che il silenzio dei Regolamenti del 2003 sul punto comporti una restrizione nella tutela della “tendenza” ivi disposta³³⁰.

Il secondo profilo di differenziazione tra il diritto antidiscriminatorio europeo e quello inglese riguarda la rilevanza di altre tipologie di divieti di discriminazione per la disciplina sulle organizzazioni religiosamente orientate. Mentre l'art. 4.2 della direttiva prevede espressamente che il regime derogatorio da essa consentito non debba comportare la violazione del divieto di discriminazione fondato su altri fattori, nel Regno Unito le eccezioni in favore delle confessioni religiose sono presenti anche nella normativa sulla parità tra i sessi o sull'orientamento sessuale³³¹. Per quanto riguarda la prima, il “*Sex Discrimination Act 1975*” all'art. 19 esclude dall'applicazione del divieto di

³²⁷ Artt. 2104 e 2105 del codice civile. In questo senso P. BELLOCCHI, *Pluralismo religioso, discriminazioni ideologiche e diritto del lavoro*, cit., p. 189 ss.; G. DE SIMONE, *Dai principi alle regole*, cit., p. 99 ss.

³²⁸ Di cui si è detto *supra*, par. 1.3.

³²⁹ Tra l'altro, l'art. 50, par. 5, dello “*School Standards and Framework Act 1998*” prevede espressamente che nell'eventuale risoluzione del rapporto lavorativo si tengano in particolare considerazione i comportamenti contrari alla dottrina religiosa sulla quale è fondata la scuola. Allo stesso modo, anche i Regolamenti del 2003 avrebbero potuto inserire una clausola simile, se avessero voluto disciplinare questo particolare aspetto.

³³⁰ L. VICKERS, *Freedom of Religion and the Workplace: The Draft Employment Equality (Religion or Belief) Regulations 2003*, cit., p. 30 ss.; M. BELL, *Diversity of religion and belief at work – the new legal framework*, cit., p. 61 ss.

³³¹ In proposito L. VICKERS, *The Employment Equality (Religion or Belief) Regulations 2003*, cit., p. 191 ss.; R. SANDBERG, N. DOE, *Religious Exemptions in Discrimination Law*, cit., 304 ss.; B. HEPPEL, T. CHOUDHURY, *Tackling religious discrimination*, cit., p. 51.

discriminazione di genere tutte quelle funzioni riservate da una confessione religiosa a persone dell'uno o dell'altro sesso. Il riferimento riguarda pressoché esclusivamente i ministri di culto, come indicato dalla rubrica "*ministers of religion etc.*", e l'esenzione di questa materia da quanto stabilito in generale dal diritto antidiscriminatorio appare sicuramente appropriata, anche al fine di tutelare l'autonomia delle confessioni religiose nella loro regolamentazione interna³³².

Più complesso è il caso della discriminazione fondata sull'orientamento sessuale. Gli "*Employment Equality (Sexual Orientation) Regulations 2003*" hanno disposto che nel caso di attività lavorative svolte da una "*organised religion*", si possono imporre requisiti occupazionali relativi alla tendenza sessuale al fine di "rispettare la dottrina di quella religione" o di non turbare ("*conflict*") i convincimenti religiosi di un numero significativo di fedeli (art. 7.3)³³³. La norma si applica non più alle "*organisations with an ethos based on religion*", ma solo alle confessioni religiose *stricto sensu*, ed i requisiti debbono essere collegati ad un "*employment for purposes of an organised religion*", ovvero non a qualsiasi attività, ma a quelle caratterizzanti la "missione" di una religione. Come affermato dalla Royal Court of Justice, chiamata a pronunciarsi sulla legittimità di questa disposizione³³⁴, l'art. 7.3 è finalizzato a tutelare la libertà delle chiese, prevalentemente nella nomina dei ministri di culto, così da non imporre ai tribunali civili il compito di valutare i casi in cui l'orientamento sessuale sia rilevante per lo svolgimento di mansioni in ambito confessionale. Tale valutazione, infatti, dovrebbe tener conto di principi dottrinali e di regole

³³² R. SANDBERG, N. DOE, *Religious Exemptions in Discrimination Law*, cit., p. 304 ss.; P.W. EDGE, *The Employment of Religious Adherents by Religious Organisations*, in P.W. EDGE, G. HARVEY (eds.), *Law and Religion in Contemporary Society*, Aldershot, Ashgate, 2000, p. 159 ss.

³³³ Art. 7, par. 3: "This paragraph applies where -
(a) the employment is for purposes of an organised religion;
(b) the employer applies a requirement related to sexual orientation -
(i) so as to comply with the doctrines of the religion, or
(ii) because of the nature of the employment and the context in which it is carried out, so as to avoid conflicting with the strongly held religious convictions of a significant number of the religion's followers; and
(c) either -
(i) the person to whom the requirement is applied does not meet it, or
(ii) the employer is not satisfied, and in all the circumstances it is reasonable for him not to be satisfied, that that person meets it".

³³⁴ Royal Court of Justice, sent. 26 Aprile 2004, "*Amicus MSF Section, R (on the application of) v Secretary of State for Trade and Industry*" [2004] EWHC 860 (Admin), che ha respinto la richiesta di annullamento della disposizione in esame, presentata da alcune organizzazioni di settore che ne temevano un'applicazione ampia a tutti i posti di lavoro nelle chiese ed organizzazioni religiose.

interne, che un giudice dello Stato non può conoscere. È innegabile, tuttavia, che soprattutto il riferimento all'eventuale contrasto con le convinzioni di un "significant number" di fedeli potrebbe giustificare esclusioni motivate dalla tendenza sessuale solo perché gli omosessuali sono "sgraditi" nell'ambito di una confessione religiosa³³⁵.

Merita un cenno, infine, il sistema di deroghe stabilito dall'"Equality Act 2006" in alcuni settori – diversi da quello del lavoro – da esso disciplinati³³⁶. Gli artt. 56-64 permettono ad una serie di soggetti di disapplicare le nuove disposizioni sulla discriminazione religiosa nell'accesso ai beni e servizi, nell'educazione e negli altri ambiti, di cui agli artt. 46-55. Tali eccezioni sono previste, in particolare, in favore delle organizzazioni contraddistinte da una "tendenza" di tipo religioso ("*organisations relating to religion or belief*", art. 57), delle "*charities*" (istituzioni benefiche) a carattere religioso (artt. 58 e 60) e delle scuole confessionali (art. 59). Le deroghe si potranno applicare, però, solo a determinate condizioni: in relazione ad attività connesse alle finalità proprie dell'ente e comunque mai in favore di organizzazioni con fine di lucro (art. 57, par. 2 e 3; art. 58, n. 1, lettera *b*). È da notare che queste disposizioni si preoccupano di circoscrivere l'applicazione del regime derogatorio, poiché l'ambito di riferimento non è più quello del lavoro – nel quale operano consolidati principi per il componimento dei diversi interessi –, ma settori nei quali occorre tener conto principalmente delle esigenze dei cittadini, che non possono essere comprese se non in casi strettamente necessari. Ad esempio, operare distinzioni tra gli alunni che si iscrivono ad una scuola confessionale, non sembra avere altre motivazioni eccetto il mantenimento di un ambiente religiosamente omogeneo³³⁷; l'interesse della scuola, che fa da contraltare a quello dell'individuo, è dunque molto meno stringente di quello delle imprese di tendenza, il cui fine ultimo e costitutivo è quello di diffondere un orientamento

³³⁵ Non aiuta, in questo senso, l'indeterminatezza di questa norma. Ad esempio, quale deve essere il numero "significant" di fedeli a tutela dei quali si può stabilire un G.O.R. relativo all'orientamento sessuale? Chi stabilisce il verificarsi di questa condizione?

³³⁶ In merito R. SANDBERG, N. DOE, *Religious Exemptions in Discrimination Law*, cit., p. 306 ss.; più in dettaglio S. COGLIEVINA, *L'"Equality Act 2006" ed il divieto di discriminazione religiosa*, cit., p. 432 ss.

³³⁷ L'art. 59 dell'Equality Act, infatti, stabilisce che nell'attività delle scuole confessionali si potranno limitare la fornitura di beni e servizi e l'uso di immobili solo ed esclusivamente quando ciò sia necessario per raggiungere uno scopo dell'istituto, oppure per evitare offese fondate sulla religione di chi vi lavora o di chi usufruisce dei servizi scolastici. Inoltre simili limitazioni non possono avere ad oggetto l'offerta di servizi didattici o educativi in genere (art. 59, n. 3), né è prevista una regola generale per quanto riguarda l'accesso degli alunni alla scuola. Quest'ultimo aspetto è invece oggetto dell'art. 50, che consente deroghe soltanto in alcuni casi specifici, previsti tassativamente dalla legge.

religioso, necessitando così di personale atto a svolgere il proprio lavoro nel rispetto di tale indirizzo. Tuttavia, se nell'“*Equality Act 2006*” le possibilità di stabilire eccezioni al principio di parità appaiono rigorosamente delimitate, il regime derogatorio torna ad allargarsi – come già per il settore dell'impiego – relativamente al divieto di discriminazione fondato sull'orientamento sessuale. In particolare, il Regolamento 17 Aprile 2007, “*The Equality Act (Sexual Orientation) Regulations 2007*”, all'art. 14 consente alle organizzazioni di tendenza “to restrict membership of the organisation, to restrict participation in activities undertaken by the organisation [...], to restrict the provision of goods, facilities or services in the course of activities undertaken by the organisation”. Se il pensiero corre subito, e nuovamente, alla questione dei ministri di culto, rispetto alla quale si è affermato di voler lasciare autonomia alle organizzazioni confessionali senza sottoporle al rispetto delle regole di parità, le restrizioni previste dal Regolamento del 2007 possono riguardare anche i numerosi enti caritativi ed assistenziali presenti in Gran Bretagna che potranno, a motivo del loro orientamento ideologico, rifiutare agli omosessuali la partecipazione a determinate attività e l'accesso ad alcuni servizi. Tra questi ultimi, si possono annoverare la consulenza ed i servizi offerti dalle agenzie per le adozioni – fatte oggetto dell'art. 15 del medesimo regolamento – le quali sono legittimate, per ragioni ideologiche o religiose, ad trattare unicamente con coppie eterosessuali³³⁸.

La situazione francese è totalmente differente da quelle italiana e britannica. Il legislatore interno non prevede, infatti, alcuna specifica norma di legge relativa alle organizzazioni di tendenza, neppure nelle disposizioni attuative delle direttive 2000/78³³⁹. La categoria della “*entreprise de tendance*” è emersa, peraltro, nella giurisprudenza e nella dottrina francese, determinando, a certe condizioni, la tutela del diritto a pretendere l'adesione dei lavoratori ai fini

³³⁸ Questa norma ha suscitato un ampio dibattito al momento dell'approvazione del Regolamento (v. OLIR) ed è stata introdotta con alcuni compromessi: in primo luogo, le agenzie che rifiutano, a motivo della loro credenza, di assegnare adozioni o affidamenti a coppie omosessuali, debbono indicare ai clienti un'agenzia alternativa che possa fornire loro il servizio richiesto; in secondo luogo l'art. 15 limita le deroghe al divieto di discriminazione ad un periodo transitorio, in scadenza al 31 dicembre 2008.

³³⁹ F. MESSNER, P.-H. PRELOT, J.-M. WOEHLING, *Traité de droit français des religions*, cit., p. 719 ss.; S. LATRAVERSE, *Report on Measures to Combat Discrimination: Directives 2000/43/EC and 2000/78/EC. Country Report France*, cit., p. 44 ss.

ideologici dell'ente³⁴⁰. Le pronunce in materia, relative per la maggior parte a casi di licenziamento, non sono univoche e presentano soluzioni diverse a seconda delle singole situazioni: se talvolta lo scioglimento del rapporto di lavoro è stato ritenuto legittimo, anche quando motivato da un comportamento extra-contrattuale del dipendente³⁴¹, in altre occasioni è stata sottolineata l'assenza di un "trouble caractérisé" (turbamento) nel contesto in cui l'organizzazione operava, con la conseguenza che il licenziamento del dipendente è stato considerato senza giusta causa e sanzionabile in quanto discriminatorio³⁴². Non esistono, a quanto consta³⁴³, sentenze recenti sul tema e non si può, pertanto, verificare se i parametri dettati dal legislatore comunitario possano trovare applicazione diretta nell'ordinamento francese, benché non esplicitamente sanciti in fase di recepimento della direttiva. La mancata considerazione del tema nel diritto francese³⁴⁴ è probabilmente collegata al principio di laicità e di separazione tra Stato e confessioni, che non favorisce certo l'elaborazione di leggi speciali in materia confessionale. Parte della

³⁴⁰ F. MESSNER, P.-H. PRELOT, J.-M. WOEHLING, *Traité de droit français des religions*, cit., p. 721 ss.; E. HIRSOUX, *Conclusions du colloque*, in *Echo du colloque «Les motifs de licenciement dans les entreprises de tendance»*, in *L'année canonique*, 1997, p. 159 ss.; G. DOLE, *La liberté d'opinion et de conscience en droit comparé du travail*, cit, p. 127 ss.

³⁴¹ Emblematica, ad esempio, la sent. della Cour de cassation, Assemblée plénière, del 19 maggio 1978, n. 76-41211, "Dame Roy", nella quale è stato ritenuto legittimo il licenziamento di un'insegnante di una scuola cattolica, che aveva contratto nuove nozze in seguito a divorzio. Da notare la diversa rilevanza attribuita dalla giurisprudenza italiana e francese ai comportamenti extra-lavorativi, qui considerati motivo legittimo del licenziamento, in Italia ritenuti non determinanti per escludere l'applicazione del divieto di discriminazione. In tema, tra gli altri, G. DOLE, *La liberté d'opinion et de conscience en droit comparé du travail*, cit., p. 135 ss.; B. BASDEVANT, *La prise en compte des convictions religieuses en droit du travail*, in *Gestion et Croyances*, Toulouse, PU, 2001 (*Histoire, gestion, organisations*, n° 8), p. 339 ss.

³⁴² Cass., Chambre sociale, sent. 17 aprile 1991, "Painsecq c. Assoc fraternité St Pie X", relativa ad un celebre caso nel quale un sacrestano omosessuale era stato licenziato a motivo della contrarietà della sua tendenza sessuale alla dottrina cattolica. La Cassazione ha affermato che i presupposti per il licenziamento sono da rintracciarsi nel legame tra la pretesa fedeltà all'ideologia e la natura dell'attività svolta e nel turbamento del contesto: "il peut être procédé à un licenciement dont la cause objective est fondée sur le comportement du salarié qui, compte tenu de la nature de ses fonctions et de la finalité propre de l'entreprise, a créé un trouble caractérisé au sein de cette dernière". Mancando quest'ultimo elemento, poiché l'orientamento sessuale del ricorrente non era noto alle persone che frequentavano l'ente confessionale, il licenziamento è stato ritenuto illegittimo. Cfr. in merito F. MESSNER, P.-H. PRELOT, J.-M. WOEHLING, *Traité de droit français des religions*, cit., p. 722; B. BASDEVANT, *La prise en compte des convictions religieuses en droit du travail*, cit., p. 339 ss.

³⁴³ S. LATRAVERSE, *Report on Measures to Combat Discrimination: Directives 2000/43/EC and 2000/78/EC. Country Report France*, cit., p. 45 ss.

³⁴⁴ Anche la dottrina ha considerato raramente queste problematiche, come ricordato da F. MESSNER, P.-H. PRÉLOT, J.-M. WOEHLING, *Traité de droit français des religions*, cit., p. 719 ss.

dottrina ha, peraltro, sottolineato che i criteri elaborati dalla giurisprudenza a proposito delle organizzazioni di tendenza non sono altro che un'applicazione "assouplie" del diritto comune e un adattamento dei principi generali di diritto del lavoro (divieto di discriminazione, divieto di licenziamento senza giusta causa, valutazione dei comportamenti del dipendente in relazione alla natura ed alle finalità proprie di un'attività) al carattere ideologico di talune imprese³⁴⁵.

³⁴⁵ E. HIRSOUX, *Conclusions du colloque*, cit., p. 173: «les motifs de licenciement dans les entreprises de tendance ressortissent du droit commun; un droit commun qui se trouve simplement et justement assoupli dans sa mise en œuvre. Autrement dit, plutôt qu'un droit dérogatoire, un droit adapté». Cfr., però, G. DOLE, *La liberté d'opinion et de conscience en droit comparé du travail*, cit., p. 135 ss., che mette piuttosto l'accento sulla specificità del contratto di lavoro nelle organizzazioni di tendenza, pur richiamando una serie di principi comuni al diritto del lavoro (lealtà, buona fede, corretta esecuzione del contratto).

