

CAPITOLO II

Il divieto di discriminazione religiosa nelle direttive comunitarie del 2000

SOMMARIO: 1. L'intervento dell'UE in materia di lotta alla discriminazione religiosa: le direttive 2000/43 e 2000/78. - 1.1. *I profili generali.* - 1.2. *I fattori di discriminazione vietati: tra religione e razza.* - 2. Le condotte vietate nella direttiva 2000/78: la nozione di discriminazione e gli altri concetti di riferimento. - 2.1. *Discriminazione religiosa diretta e indiretta.* - 2.2. *Altre condotte rilevanti.* - 2.3. *Le azioni positive.* - 3. Le eccezioni al divieto di discriminazione religiosa. - 3.1. *L'art. 4 della direttiva 2000/78: requisiti per l'attività lavorativa ed eccezioni per le organizzazioni di tendenza.* - 3.2. *Politica migratoria e la discriminazione in base alla nazionalità.* - 4. Meccanismi di tutela dalla discriminazione. Le novità introdotte dalle direttive del 2000. - 4.1. *Mezzi di prevenzione.* - 4.2. *Mezzi di ricorso. In particolare: la questione dell'onere della prova.*

1. L'intervento dell'UE in materia di lotta alla discriminazione religiosa: le direttive 2000/43 e 2000/78

1.1. Profili generali

L'articolo 13 del TCE ha dotato l'Unione europea dei poteri per legiferare in materia di discriminazione fondata, tra gli altri fattori, anche sulla religione; su questa base normativa, la Commissione presentò un pacchetto di proposte¹ che ha dato avvio a quella che è stata definita una "nuova stagione del diritto antidiscriminatorio europeo"². Nell'anno 2000, a pochi mesi dalle proposte

¹ COM (1999) 565 def.: Proposta di direttiva del Consiglio che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro (presentata dalla Commissione); COM (1999) 566 def.: Proposta di direttiva del Consiglio che attua il principio della parità di trattamento fra le persone indipendentemente dalla razza e dall'origine etnica (presentata dalla Commissione); COM (1999) 567 def.: Proposta di decisione del Consiglio che istituisce un programma d'azione comunitaria per combattere la discriminazione 2001-2006 (presentata dalla Commissione).

² Così M. BARBERA, *Eguaglianza e differenza nella nuova stagione del diritto antidiscriminatorio comunitario*, in *Giornale di diritto del lavoro e relazioni industriali*, 99-100, 2003, pp. 399 ss. e più in

presentate dalla Commissione, vengono adottate la direttiva 2000/43, che vieta la discriminazione fondata sulla razza e l'origine etnica, e la direttiva 2000/78³, relativa a tutte le altre cause di discriminazione enunciate nell'art. 13, ad eccezione del sesso, per il quale già esistevano strumenti normativi specifici (peraltro recentemente emendati, sulla scia dello sviluppo del nuovo diritto antidiscriminatorio)⁴. Si tratta di due direttive differenti per ambito di applicazione e per approccio alle forme di discriminazione considerate, anche se simili quanto a nozioni utilizzate e rimedi proposti. Analogamente a quanto accade nel diritto internazionale⁵, il fenomeno della discriminazione viene affrontato con due diversi approcci⁶: nella direttiva 2000/43 si è predisposta una

generale sul rinnovato impegno dell'Unione in materia: F. AMATO, *Le nuove direttive comunitarie sul divieto di discriminazione. Riflessioni e prospettive per la realizzazione di una società multietnica*, in *Lavoro e diritto*, 2003, n. 1, p. 127 ss.; S. FREDMAN, *Equality: a new generation?*, in *Industrial Law Journal*, 2001, n. 2, p. 145 ss.

³ Direttiva del 27 novembre 2000 che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro (GUCE n L 303 del 2/12/2000, p. 16); Direttiva del 29 giugno 2000 che attua il principio della parità di trattamento fra le persone indipendentemente dalla razza e dall'origine etnica (GUCE n L 180 del 19/07/2000, p. 22); accanto ad esse, la decisione n. 750 del 2000, che istituisce un programma d'azione contro la discriminazione per il quinquennio 2001-2006, disponendo il finanziamento di progetti per combattere tutte le forme di discriminazione di cui all'art. 13. Su questi provvedimenti si veda, fin d'ora: M. BARBERA, *Eguaglianza e differenza nella nuova stagione del diritto antidiscriminatorio comunitario*, cit.; L. WADDINGTON, M. BELL, *More equal than others: distinguishing European Union Equality Directives*, in *Common Market Law Rev.*, 2001, n. 3, p. 587 ss.; P. BELLOCCHI, *Pluralismo religioso, discriminazioni ideologiche e diritto del lavoro*, in *Argomenti dir. del lavoro*, 1, 2003, p. 157 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*, 2, 2004, pp. 361 ss.

⁴ Tra i vari atti approvati si possono ricordare: la direttiva 23 settembre 2002, n. 2002/73, che ha modificato la n. 76/207 sulla parità tra uomini e donne nel settore dell'impiego, e la direttiva n. 2004/113, relativa al medesimo principio nell'accesso ai beni e servizi. In tema, per tutti, C. FAVILLI, *La non discriminazione nell'Unione europea*, Firenze, Facoltà di Scienze Politiche, Reprint nuova serie, n. 5, 2008, p. 110 ss.

⁵ *Supra*, cap. I, par. 1.

⁶ In proposito si parla talvolta di misure "verticali" od "orizzontali", a seconda che la disciplina antidiscriminatoria sia definita a partire dal fattore di discriminazione, oppure da un ambito di applicazione. Come notato dai commentatori (cfr. per tutti J. KENNER, *EU Employment Law. From Rome to Amsterdam and beyond*, Oxford-Portland, Hart, 2003, p. 393 ss.), l'articolo 13 del TCE consentiva sia un intervento di tipo "verticale", specifico per ogni singola forma di discriminazione in esso elencata, sia misure "orizzontali", che disciplinassero tutti i tipi di discriminazione in un determinato settore d'azione. Se le misure "orizzontali" o trasversali presentano alcuni vantaggi, specie nella lotta alle cosiddette "discriminazioni multiple", nelle quali più motivi concorrono a causare un trattamento sfavorevole, al contrario alcune forme di discriminazione richiedono un intervento di tipo "verticale", ovvero misure specifiche volte a combattere particolari fenomeni di esclusione e di svantaggio: è il caso, ad esempio, della discriminazione razziale o di quella di genere. Da notare, inoltre, che nella proposta della Commissione per la direttiva 2000/78 (COM (1999) 565 def.) viene precisato che considerare unitariamente tutte le cause di discriminazione evita che si formi una gerarchia tra di esse, ricordando che la "mancanza di una gerarchia qualitativa tra le cause di discriminazione è particolarmente importante nei casi di discriminazione multipla".

normativa apposta per una causa di discriminazione specifica, l'origine etnica, che viene tutelata in un insieme piuttosto ampio di settori (lavoro, formazione professionale, prestazioni sociali, istruzione, accesso a beni e servizi, ecc.)⁷. La direttiva 2000/78, invece, disciplina varie forme di discriminazione – tra cui quella religiosa – con riferimento ad un singolo settore, quello del lavoro.

Come si può osservare, le due direttive disciplinano disgiuntamente due tipologie di discriminazione – quella razziale e quella religiosa – che di solito vengono considerate congiuntamente, sia nel diritto internazionale, sia nei numerosi interventi dell'Unione europea contro il razzismo, sia nello stesso articolo 13 del TCE⁸. Da più parti sono state espresse perplessità rispetto a tale scelta, anche perché il legislatore comunitario non ne esplicita le ragioni⁹. Peraltro, in fase di elaborazione delle direttive, da parte degli esperti e di alcune istituzioni comunitarie (*in primis* il Parlamento europeo) era stata sottolineata l'opportunità di predisporre una disciplina antidiscriminatoria comune per il binomio razza-religione¹⁰. Questo, ai fini dell'applicazione delle norme, avrebbe

⁷ Art. 3.1 della dir. 2000/43: “Nei limiti dei poteri conferiti alla Comunità, la presente direttiva si applica a tutte le persone sia del settore pubblico che del settore privato, compresi gli organismi di diritto pubblico, per quanto attiene: a) alle condizioni di accesso all'occupazione e al lavoro sia indipendente che autonomo, compresi i criteri di selezione e le condizioni di assunzione, indipendentemente dal ramo d'attività e a tutti i livelli della gerarchia professionale, nonché alla promozione; b) all'accesso a tutti i tipi e livelli di orientamento e formazione professionale, perfezionamento e riqualificazione professionale, inclusi i tirocini professionali; c) all'occupazione e alle condizioni di lavoro, comprese le condizioni di licenziamento e la retribuzione; d) all'affiliazione e all'attività in un'organizzazione di lavoratori o di datori di lavoro o in qualunque organizzazione i cui membri esercitano una particolare professione, nonché alle prestazioni erogate da tali organizzazioni; e) alla protezione sociale, comprese la sicurezza sociale e l'assistenza sanitaria; f) alle prestazioni sociali; g) all'istruzione; h) all'accesso a beni e servizi e alla loro fornitura, incluso l'alloggio”.

⁸ Cfr. F. MARGIOTTA BROGLIO, *Discriminazione razziale e discriminazione religiosa*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 2000, 1, p. 269 ss.

⁹ N. FIORITA, *Le direttive comunitarie*, cit., p. 363; M. BELL, *Meeting the Challenge? A comparison between the EU Racial Equality Directive and the Starting Line*, in I. CHOPIN, J. NIESSEN (EDS.), *The Starting Line and the incorporation of the Racial Equality Directive into the National Laws of the EU Member States and Accession States*, Brussels/London, Migration Policy Group/Commission for Racial Equality, March 2001, p. 25; D. SCHIEK, *A new framework on Equal Treatment of Persons in EC Law?*, in *European Law Journal*, 2002, n. 2, p. 311 ss.

¹⁰ Sulla posizione del Parlamento europeo cfr. la *Risoluzione sul razzismo, la xenofobia e l'antisemitismo e i risultati dell'anno europeo contro il razzismo (1997)*, punto 5, nonché il suo parere sulla proposta della Commissione n. COM (1999) 566 per la direttiva sulla discriminazione razziale (cit. in E. HOWARD, *Anti Race Discrimination Measures in Europe: An attack on two fronts*, in *European Law Journal*, 2005, n. 4, p. 476). Sostenevano l'opportunità di una direttiva comune per combattere discriminazione razziale e religiosa anche le organizzazioni non governative attive in materia, specie lo “Starting Line Group” (che aveva predisposto una proposta di direttiva da sottoporre all'attenzione delle istituzioni europee, nella quale si prendevano in considerazione sia la discriminazione razziale, sia quella religiosa; cfr. in proposito I. CHOPIN, J. NIESSEN (eds.), *The Starting Line and the incorporation of the Racial Equality Directive into the national laws of the EU member States and accession States*, cit.) e

evitato all'interprete di cimentarsi nella distinzione tra l'uno e l'altro termine, operazione difficoltosa soprattutto perché i fenomeni discriminatori sovrappongono spesso questi due fattori¹¹. Inoltre, entrambi i divieti di discriminazione avrebbero avuto la medesima portata e non si sarebbe riproposta una gerarchia tra le diverse norme antidiscriminatorie europee, delle quali alcune si applicano ad ambiti più ampi, altre possiedono un'operatività ridotta¹².

Per cercare di comprendere le possibili motivazioni del risultato che si è invece raggiunto, si deve rilevare che, mentre esisteva un largo consenso per l'approvazione di una direttiva sulla discriminazione razziale¹³, non si poteva

l'Osservatorio europeo sul razzismo e la xenofobia (EUMC), che ha contribuito all'elaborazione delle direttive del 2000 (tra i vari contributi in materia cfr. quello presentato alla Conferenza Europea contro il razzismo "All different, all equal: from principle to practice", *EUMC Position Papers*, all'indirizzo internet: www.coe.int/T/E/human_rights/Ecri/2-European_Conference/2-Other_documents/, nel quale si afferma che "Religion and belief are often indivisible from racial and ethnic origin. The EUMC emphasises that it is not possible to provide comprehensive protection against discrimination on grounds of racial and ethnic origin without also prohibiting discrimination on grounds of religion and belief. The legislative framework should therefore seek to cover protection against discrimination on grounds of religion and belief". In dottrina: F. MARGIOTTA BROGLIO, *La tutela della libertà religiosa nell'Unione europea*, cit., p. 72, sostiene la necessità di una direttiva specifica per la razza e la religione e non onnicomprensiva, perché "una direttiva globale sarebbe assai complessa e troppo ricca delle ineliminabili specificità", oltre a rimarcare lo stretto collegamento, sia concettuale, sia storico, della discriminazione razziale e religiosa (così anche ID., *Discriminazione razziale e discriminazione religiosa*, p. 273 ss.). Sul punto cfr. anche M. VENTURA, *La laicità dell'Unione europea*, cit., p. 41 ss.

¹¹ Razza e religione sono difficilmente separabili, anzitutto, in alcuni particolari gruppi come gli ebrei, la cui appartenenza etnico-razziale e confessionale si presenta come inscindibile. In secondo luogo, lo stretto collegamento tra i due fattori emerge anche negli atteggiamenti discriminatori e razzisti che oggi si verificano, soprattutto ai danni dei migranti: la percezione della loro identità non si limita alle loro origini etniche e alle loro caratteristiche razziali o nazionali, ma è fortemente permeata di elementi culturali e, spesso, religiosi. Inoltre, occorre notare che talune previsioni riguardanti la religione possono risultare indirettamente discriminatorie sulla base della razza e viceversa, ulteriore ragione per cui sarebbe stato opportuno disciplinare congiuntamente le due cause di discriminazione. In merito, oltre agli AA. citati alla nota precedente, cfr. S. FREDMAN, *Equality: a new generation?*, p. 158 e D. SCHIEK, *A new framework on Equal Treatment of Persons in EC Law?*, cit., p. 313 ss.

¹² S. FREDMAN, *Equality: a new generation?*, cit., p. 151; L. FLYNN, *The implications of Article 13 EC - After Amsterdam, will some forms of discrimination be more equal than others?*, in *Common Market Law Rev.*, 1999, n. 2, pp. 1127 ss.

¹³ Il consenso era motivato, in primo luogo, da motivi politici contingenti: in particolare, si voleva prendere posizione nei confronti dell'affermazione, in alcuni Paesi, di partiti di estrema destra, dai connotati razzisti e xenofobi. Il caso più eclatante fu l'ascesa politica di Haider in Austria, i cui atteggiamenti razzisti e xenofobi erano stati oggetto di accese discussioni, tanto che si era giunti a proporre sanzioni diplomatiche per il governo austriaco (richiamano questa circostanza, tra gli altri, L. WADDINGTON, M. BELL, *More equal than others*, cit., p. 610; cfr. anche, degli stessi autori, *Diversi eppure eguali. Riflessioni sul diverso trattamento delle discriminazioni nella normativa europea in materia di eguaglianza*, in *Giornale di diritto del lavoro e relazioni industriali*, 2003, p. 392). Elaborare una direttiva incentrata sul divieto di discriminazione razziale permetteva di incontrare in quel momento un largo

dire altrettanto riguardo agli altri fattori di discriminazione¹⁴. In proposito, occorre tener presente che tra i fattori di discriminazione contenuti nell'art. 13 TCE ve ne sono alcuni (ad esempio: l'orientamento sessuale) che, oltre a rappresentare una novità nel diritto antidiscriminatorio "classico", possono porre delicati problemi al momento della loro disciplina¹⁵. Il divieto di discriminazione religiosa, in particolare, può incidere sulla regolamentazione di questioni relative all'esercizio della libertà di religione e al rapporto degli Stati con le confessioni, sul governo delle diversità religiose e sul bilanciamento del principio di uguaglianza con la domanda di tutela delle diversità¹⁶; a questi problemi ogni Stato dell'UE ha dato storicamente risposte assai differenziate, per cui è ragionevole immaginare che il legislatore europeo, nel rispettare l'esercizio delle competenze degli Stati in questa materia, abbia preferito inserire tale divieto solo nella direttiva 2000/78, senza estenderlo, così, ad ambiti ulteriori rispetto a quello del lavoro¹⁷.

consenso, anche considerando che l'art. 13 TCE richiedeva, per l'adozione delle misure attuative, l'unanimità dei consensi in Consiglio. In secondo luogo, occorre notare che in seguito alla cooperazione europea contro il razzismo (sulla quale v. *supra*, par. 5; M. BELL, *Anti-discrimination Law and the European Union*, cit., p. 59 ss.), gli Stati erano più propensi ad accettare una disciplina sopranazionale sul tema e più sensibili a questo tipo di discriminazione.

¹⁴ Diversa era, inoltre, la sensibilità della società civile europea su questi temi: in particolare, come rilevato da L. WADDINGTON, M. BELL, *Diversi eppure eguali*, cit., p. 394 ss, l'attività di alcuni gruppi di pressione (oltre al già citato "Starting Line Group", sul quale v. *supra*, nota 10, l'ENAR, nonché organismi istituzionali come l'Osservatorio europeo sul razzismo e la xenofobia) ha portato ad un maggiore sviluppo di norme sulla discriminazione razziale, piuttosto che su altri fattori; al contrario, le "lobbies" religiose (soprattutto quelle cristiane) si erano espresse in modo non del tutto favorevole a questa normativa (cfr. CHRISTIAN INSTITUTE, *European threat to religious freedom. A response to the European Union's proposed Employment directive*, London 2000, disponibile sul sito internet www.christianinstitute.org.uk, e per un più ampio inquadramento del fenomeno dei gruppi di pressione in tema di diritti religiosi v. G. MACRÌ, *Europa, lobbying e fenomeno religioso*, Torino, Giappichelli, 2002).

¹⁵ Come notato da L. WADDINGTON, M. BELL, *Diversi eppure eguali*, cit., p. 393 ss., mentre il divieto di discriminazione razziale era presente in tutti gli ordinamenti degli Stati membri, per altri fattori di discriminazione non sempre esisteva una tutela a livello nazionale.

¹⁶ F. AMATO, *Le nuove direttive comunitarie sul divieto di discriminazione. Riflessioni e prospettive per la realizzazione di una società multietnica*, cit., p. 131 ss.; P. BELLOCCHI, *Pluralismo religioso, discriminazioni ideologiche e diritto del lavoro*, cit., *passim*; 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.

¹⁷ Cfr. ENAR, *Combating Religious and Ethnic Discrimination in Employment*, (eds.: B. LIEGL, B. PERCHING, B. WEYSS), Bruxelles, ENAR, 2004, pp. 8-9. Va ricordato, a questo proposito, che alcuni Stati membri – specialmente il Regno Unito – si opponevano all'attribuzione all'Unione europea della competenza a legiferare su ipotesi di discriminazione come la razza e la religione, che erano viste come materie strettamente connesse con le caratteristiche e le competenze nazionali.

D'altra parte, come si è visto analizzando le origini del principio di non discriminazione nell'UE¹⁸, la limitazione dell'obiettivo della parità di trattamento a quest'ultimo specifico settore è in qualche modo connaturale alla disciplina antidiscriminatoria europea. Il punto di svolta delle direttive del 2000 va individuato, dunque, non tanto nell'ampliamento degli ambiti di applicazione (verificatosi solo relativamente alla discriminazione razziale)¹⁹, quanto nella *ratio* che ispira questa disciplina: non più la creazione del mercato unico (di cui strumento principale era il divieto di discriminazione in base alla cittadinanza), ma la giustizia nel mercato del lavoro²⁰. Lo dimostra la presenza nelle direttive di norme tese a tutelare non solo l'uguaglianza nell'accesso al lavoro, ma anche la dignità del lavoratore e la possibilità di valorizzare le proprie caratteristiche personali e di esercitare i propri diritti senza dover subire trattamenti sfavorevoli²¹. Lo dimostrano, altresì, le nuove tipologie di discriminazione considerate da questa normativa, che riguardano tutti i

¹⁸ Cfr. *supra*, cap. I, par. 2. In proposito M. BELL, *Beyond European Labour Law? Reflections on the EU Racial Equality Directive*, in *European Law Journal*, 2002, p. 390, osserva come anche le disposizioni della direttiva 2000/43 rivelino le radici lavoristiche del principio di non discriminazione in ambito comunitario.

¹⁹ Solo il divieto sancito dalla direttiva 2000/43 è stato esteso anche al di là del settore del lavoro, tradizionale ambito di intervento del diritto antidiscriminatorio europeo. Anche se era stata espressa l'intenzione di andare oltre tale ambito, almeno da parte del Parlamento europeo (ad es. nella *Risoluzione sul razzismo, la xenofobia e l'antisemitismo e i risultati dell'anno europeo contro il razzismo (1997)* del 29 gennaio 1998, in *Gazz. Uff. CE* n. C 56 del 23/02/1998, p. 35). Cfr. M. BELL, *Beyond European Labour Law? Reflections on the EU Racial Equality Directive*, cit., p. 386 ss. L'ampiezza del divieto di discriminazione razziale è ancora una volta collegata alla volontà di esprimere un messaggio forte contro questa forma di disparità (M. BELL, L. WADDINGTON, *Diversi eppure eguali*, cit., p. 392). Occorre dar conto, peraltro, che il 2 luglio 2008 la Commissione europea ha presentato una proposta di direttiva che applica i divieti di discriminazione già disciplinati dalla dir. 2000/78 agli ambiti previsti dalla dir. 2000/43 ("*Proposal for a Council Directive on implementing the principle of equal treatment between persons irrespective of religion or belief, disability, age or sexual orientation*", 2 luglio 2008, n. COM (2008) 426).

²⁰ Questo riflette anche il cambiamento generale degli obiettivi delle politiche dell'UE, "from market creation to job creation", come incisivamente notato da S. FREDMAN, *Discrimination law in the EU: Labour market regulation or fundamental rights?*, in H. COLLINS, P. DAVIES, R. RIDEOUT (eds.), *Legal Regulation of the Employment Relation*, The Hague, Kluwer, 2000, cit., p. 187 (cfr. *ivi* anche per ulteriori riferimenti bibliografici).

²¹ Analizzando il preambolo della direttiva, i divieti di discriminazione in essa contenuti sembrano inserirsi in un quadro ben più ampio di quello della disciplina del lavoro, comprendente vari riferimenti alle libertà fondamentali ed al principio generale di uguaglianza. Nel preambolo della direttiva 2000/78 si riafferma, infatti, che l'Unione è ancorata ai diritti umani e alle libertà fondamentali, conformemente all'articolo 6 TUE, alla CEDU e alle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri (*considerant* n. 1). Si ricorda altresì che il principio di uguaglianza si è consolidato nelle Comunità europee tramite le previsioni sulla parità uomo-donna (n. 2) ed è presente in numerose convenzioni internazionali (n. 4), sia nella forma di uguaglianza di fronte alla legge, sia come divieto di discriminazione in ambito di lavoro.

connotati più significativi della vita del lavoratore: il sesso e l'orientamento sessuale, le condizioni date dall'età o dall'handicap, l'appartenenza ad un gruppo etnico o nazionale, l'esercizio di un diritto fondamentale quale la libertà religiosa²².

La realizzazione delle garanzie dell'uguaglianza e della dignità dei cittadini europei spetta, poi, agli Stati membri: le direttive, infatti – a differenza di altri atti comunitari come i regolamenti – non sono immediatamente efficaci nel diritto interno, ma presuppongono una trasposizione da parte del legislatore statale²³. Questi può decidere con una certa libertà le misure attuative più consone all'ordinamento interno, poiché una direttiva sancisce un obbligo quanto al risultato da raggiungere, ma non vincola gli Stati riguardo alle modalità di perseguimento dell'obiettivo²⁴. Come si vedrà in seguito, l'approccio degli Stati dell'Unione al tema della discriminazione (specie quella razziale e religiosa) è piuttosto diversificato e si riflette nelle differenti modalità di attuazione delle direttive, nelle quali si è tenuto conto delle norme già in vigore a livello nazionale, delle caratteristiche della società, dei soggetti che in essa subiscono discriminazioni, della diffusione di questo fenomeno, e così via²⁵.

1.2. I fattori di discriminazione vietati. Il problema di definire la religione e la razza

Come si è rilevato, la direttiva 2000/43 e la direttiva 2000/78 disciplinano diversamente le discriminazioni fondate sulla “razza ed origine etnica” e quelle fondate sulla “religione o convinzioni personali”; l'individuazione del significato di detti termini risulta pertanto di particolare rilievo, poiché determinerà l'applicazione dell'una o dell'altra direttiva. Il legislatore europeo, tuttavia, non ha fornito alcuna definizione di tali nozioni, né ha precisato alcunché riguardo al collegamento tra il fattore etnico e quello religioso. Si è difatti limitato ad affermare, al par. 6 del preambolo della direttiva 2000/43, che

²² G. DE SIMONE, *Dai principi alle regole. Eguaglianza e divieti di discriminazione nella disciplina dei rapporti di lavoro*, Torino, Giappichelli, 2001, pp. 14 ss. e 43 ss.

²³ G. GAJA, *Introduzione al diritto comunitario*, Roma-Bari, Laterza, 2007, p. 110 ss.; F. POCAR, *Diritto dell'Unione e delle comunità europee*, Milano, Giuffrè, 2006, p. 291 ss.

²⁴ F. POCAR, *Diritto dell'Unione e delle comunità europee*, cit., p. 287 ss.

²⁵ Aspetto messo in evidenza da I. CHOPIN, *Campaigning against Racism and Xenophobia: from a legislative perspective at European level*, Bruxelles, ENAR, 1999, p. 2.

l'uso del termine "razza" non presuppone l'adesione dell'UE a "teorie che tentano di dimostrare l'esistenza di razze umane distinte". Questo mancato riferimento al dato biologico nella ricostruzione del concetto di razza – confermato oltre che dalle teorie scientifiche, dalla prevalente dottrina e dalla prassi internazionale e degli Stati europei²⁶ – pone l'accento su altri elementi che determinano le differenze tra i popoli: tra questi vanno sicuramente ricompresi l'origine nazionale o etnica, la cultura, le usanze e le credenze religiose²⁷. In quest'ottica, il diritto internazionale ha solitamente incluso l'elemento religioso tra quelli caratterizzanti la discriminazione razziale²⁸; analogamente ha fatto

²⁶ In dottrina la questione ha generato un amplissimo dibattito, specie tra gli antropologi e i sociologi. Basti qui richiamare i testi "classici" di A. MONTAGO, *La razza: analisi di un mito*, Torino, Einaudi, 1966; C. LEVI-STRAUSS, *Race and Culture*, in *UNESCO's International Social Science Journal*, Vol. XXIII, No. 4, 1971; per una ricostruzione storico-giuridica cfr. G. BIANCO, voce *Razzismo*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, XII, Torino, UTET, 1997, p. 477 ss. Nel diritto internazionale, occorre almeno ricordare i testi dell'UNESCO sulla nozione di razza, raccolti in *Four statements on the Race Question*, UNESCO, Paris, 1969, in particolare i saggi di J. HIERNAUX, *Biological aspects of the racial question*, *ivi*, pp. 9 ss. e di M. BANTON, *Social aspects of the racial question*, *ivi*, pp. 17 ss., che ricostruiscono l'elaborazione concettuale delle Dichiarazioni UNESCO sulla razza del 1950 e del 1951, fino allo *Statement on race and racial prejudice* del 1967 (su questi testi cfr. anche E. W. VIERDAG, *The concept of discrimination*, *cit.*, pp. 90-91). Anche negli Stati dell'Unione europea il concetto di razza non è collegato ad aspetti biologici o a teorie che tentano di suddividere l'umanità in razze distinte, ma si adotta generalmente una nozione ampia di discriminazione razziale (sul modello di quella della Convenzione internazionale sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione razziale, sulla quale v. *supra*, cap. I, par. 1, nota n. 12), così da ricomprendere i vari aspetti riconducibili alle diversità tra i popoli, come la cultura, il colore della pelle, l'origine etnica e nazionale, e così via (cfr., per alcuni esempi, D. SCHIEK, L. WADDINGTON, M. BELL (eds.), *Cases, Materials and Text on National, Supranational and International Non-Discrimination Law*, Oxford-Portland, Hart, 2007, p. 41 ss.; M. BELL, I. CHOPIN, F. PALMER, *Developing Anti-Discrimination Law in Europe. The 25 EU Member States compared*, Luxembourg, European Commission, 2007, p. 16 ss.; relativamente alle esperienze di Italia, Francia, Regno Unito, *infra*, cap. III). In tal senso si veda anche, tra le altre, la recente sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo del 13 dicembre 2005, "*Timishev v. Russia*", al punto 55.

²⁷ In merito, oltre agli autori citati alla nota precedente, cfr. F. MARGIOTTA BROGLIO, *Discriminazione razziale e discriminazione religiosa*, *cit.*, p. 273; L. VICKERS, *Religion and Belief Discrimination in Employment – the EU Law*, European Commission, Luxembourg 2007, pp. 34-35 (disponibile all'indirizzo internet http://ec.europa.eu/employment_social/publications/2007/ke7606351_en.pdf); 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 diritto e politica eccl.*, 1997, n. 2, p. 349.

²⁸ Oltre alle Convenzioni internazionali ricordate *supra*, cap. I, par. 1, è importante richiamare, in questa sede, la Raccomandazione n. 7 del 2002 dell'ECRI (European Commission against Racism and Intolerance), *ECRI general policy recommendation N°7 on national legislation to combat racism and racial discrimination*, Adopted by ECRI on 13 December 2002, che al n. 1 fornisce le seguenti definizioni: "«racism» shall mean the belief that a ground such as race, colour, language, religion, nationality or national or ethnic origin justifies contempt for a person or a group of persons, or the notion of superiority of a person or a group of persons. b) «direct racial discrimination» shall mean any differential treatment based on a ground such as race, colour, language, religion, nationality or national or ethnic origin, which has no objective and reasonable justification. Differential treatment has no objective and reasonable justification if it does not pursue a legitimate aim or if there is not a

l'Unione europea in numerosi documenti relativi alla lotta al razzismo²⁹. In particolare, nella ricordata dichiarazione comune del summit di Firenze del 1995 si precisò che per discriminazione razziale si dovesse intendere qualsiasi trattamento deteriore fondato non solo su razza ed origine etnica, ma anche sulla religione e l'appartenenza ad un gruppo nazionale³⁰. In base a questa lettura, la direttiva 2000/43, pur riferendosi espressamente alla sola discriminazione razziale, dovrebbe riguardare anche quella fondata sulla religione, estendendo a quest'ultimo fattore la tutela antidiscriminatoria prevista nei settori diversi da quello del lavoro. A questo risultato, peraltro, si giungerebbe anche utilizzando la nozione di discriminazione indiretta: difatti, un trattamento sfavorevole fondato sulla religione potrebbe risultare indirettamente discriminatorio in base alla razza, consentendo così l'applicazione della direttiva 2000/43 e dei divieti da essa sanciti³¹.

Passando all'esame dei concetti contenuti nella direttiva 2000/78, si può subito notare l'accostamento – proposto anche dalle convenzioni internazionali sui diritti umani – dei termini “religione” e “convinzioni personali”³². Come

reasonable relationship of proportionality between the means employed and the aim sought to be realised. c) «indirect racial discrimination» shall mean cases where an apparently neutral factor such as a provision, criterion or practice cannot be as easily complied with by, or disadvantages, persons belonging to a group designated by a ground such as race, colour, language, *religion*, nationality or national or ethnic origin, unless this factor has an objective and reasonable justification. This latter would be the case if it pursues a legitimate aim and if there is a reasonable relationship of proportionality between the means employed and the aim sought to be realised.” Si tratta di un atto di soft law (cfr. *supra*, cap. I, par. 1, nota 3), che fornisce tuttavia un'importante chiave interpretativa, tanto che le definizioni ivi contenute sono state richiamate dalla giurisprudenza di Strasburgo (tra le altre, Corte eur. dir. dell'uomo, sent. *Timishev*, cit., n. 34; sent. 5 giugno 2008, “*Sampanis et al. c. Grecia*”, n. 43). In dottrina cfr., per tutti, F. MARGIOTTA BROGLIO, *Discriminazione razziale e discriminazione religiosa*, cit., p. 272 ss..

²⁹ Prassi richiamata nel preambolo della direttiva 2000/43, che menziona numerosi documenti adottati dalle istituzioni europee in materia di lotta al razzismo e alle discriminazioni. Tra questi, la “Proposta della Commissione europea sul razzismo, la xenofobia e l'antisemitismo”, nella quale il riferimento all'antisemitismo, con i suoi risvolti anche religiosi, è affiancato dalla seguente precisazione, che ribadisce la considerazione congiunta dei fenomeni di intolleranza e discriminazione razziale e religiosa: “Dans un souci de concision, la présente communication utilisera l'expression «immigrants et minorités ethniques» pour designer les catégories de personnes qui sont actuellement la cible des préjugés, du ressentiment et de la discrimination racistes en Europe. Pour être précis, il conviendrait également d'inclure les minorités religieuses...” (proposta n. COM (95) 653 finale, pubblicata in *Les institutions européennes dans la lutte contre le racisme: textes choisis*, Bruxelles, Commission Européenne, 1997, p. 67).

³⁰ In *Les institutions européennes dans la lutte contre le racisme*, cit., p. 109.

³¹ D. SCHIEK, *A new framework on Equal Treatment of Persons in EC Law?*, cit., p. 313.

³² Così, tra gli altri, l'art. 18 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo; l'art. 9 della CEDU; l'articolo 18 del Patto internazionale sui diritti civili e politici; la Dichiarazione sull'eliminazione di tutte le forme di intolleranza e di discriminazione fondate sulla religione o il credo, adottata dall'Assemblea Generale dell'ONU il 25 novembre 1981; l'art. 10 della Carta di Nizza.

sottolineato dalla dottrina³³, collegando i due concetti il legislatore internazionale ha evitato di doversi misurare con il problema di dare una definizione positiva di che cos'è una religione; una definizione che, specie se dettagliata, rischierebbe di limitare la protezione della libertà religiosa solo a determinate credenze e quindi risultare discriminatoria³⁴. Nello stesso senso ha disposto la direttiva 2000/78, il cui scopo è proprio quello di far sì che qualunque tipo di convinzione personale non determini un trattamento sfavorevole nei confronti dei lavoratori. Menzionando entrambi i termini - "religione" e "credo" - si accorda, quindi, tutela ad un ampio insieme di concezioni, religiose o atee, fideistiche o razionalistiche, e a convinzioni di natura non religiosa, ad esempio filosofiche³⁵. Se nell'interpretazione del concetto di religione il riferimento principale è al diritto internazionale - richiamato, peraltro, dal preambolo della direttiva (nn. 1 e 4) - si deve precisare che, in base alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo, non tutte le opinioni possono essere considerate alla stregua di una convinzione religiosa, ma solo quelle dotate di un certo livello di forza e coerenza nel definire la visione della vita di un individuo³⁶. Una diversa lettura, come è facile immaginare, può dilatare all'infinito l'applicazione dei divieti di discriminazione, ricomprendendovi la tutela di qualsiasi opinione personale.

³³ Cfr. F. MARGIOTTA BROGLIO, *La protezione internazionale della libertà religiosa*, cit., p. 35 ss. (e *ivi* anche per ulteriori riferimenti alla dottrina classica in merito alla nozione di religione); N. LERNER, *Group rights and discrimination in International Law*, The Hague-London-New York, Kluwer, 2003, p. 76 ss.; C. EVANS, *Freedom of religion under the European Convention on human rights*, Oxford, OUP, 2001, p. 51 ss.

³⁴ B. HEPPLER, T. CHOUDHURY, *Tackling Religious Discrimination: Practical Implications for Policy-makers and Legislators*, London, Home Office Research Study, 2001, p. 25 ss.

³⁵ F. MARGIOTTA BROGLIO, *La protezione internazionale della libertà religiosa*, p. 35 ss.; C. MORVIDUCCI, *La protezione della libertà religiosa nel sistema del Consiglio d'Europa*, cit., p. 44; N. LERNER, *Group rights and discrimination in International Law*, cit., p. 76. Si noti che anche nella dichiarazione n. 11 annessa al Trattato di Amsterdam, le confessioni religiose sono menzionate assieme alle organizzazioni filosofiche e non confessionali. In merito all'uguaglianza di trattamento da parte dell'UE di tutte le convinzioni religiose e filosofiche, cfr. anche M. VENTURA, *La laicità dell'Unione europea*, cit., p. 216 ss.

³⁶ In questo senso, tra le altre, la sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo del 25 febbraio 1982, caso *Campbell-Cosans* (n. 7511/76 e 7743/76), in *Yearbook of the ECHR*, n. 25, 1982. Al punto 36 della sentenza si afferma: "the word 'convictions' is not synonymous with the words 'opinions' and 'ideas', such as are utilised in Article 10 of the Convention, which guarantees freedom of expression; it is more akin to the term 'beliefs' (in the French text: 'convictions') appearing in Article 9 (...) and denotes views that attain a certain level of cogency, seriousness, cohesion and importance". In tema e per ulteriori riferimenti alle prassi nazionali dei paesi europei cfr. D. SCHIEK, L. WADDINGTON, M. BELL (eds.), *Cases, Materials and Text on National, Supranational and International Non-Discrimination Law*, cit., p. 117 ss.

Parte della dottrina riterrebbe opportuno il ricorso ad un'accezione ampia del binomio "religione e credenza", rilevando che, ai fini del diritto antidiscriminatorio e nell'ambito del lavoro, non è necessario chiarire che cosa si intende per religione o per confessione religiosa, quanto piuttosto proteggere la libertà del lavoratore³⁷. D'altra parte, si deve rilevare che tale interpretazione, oltre a non essere del tutto in linea con la giurisprudenza europea appena ricordata, pare non corrispondere alla *ratio* che ha ispirato l'emanazione delle direttive comunitarie: quella, cioè, di favorire l'inclusione sociale e le pari opportunità dei gruppi svantaggiati, e non quella di favorire la libertà ideologica *tout court* nel rapporto di lavoro³⁸. Inoltre, estendere la nozione di "religione/convinzioni" alle singole opinioni personali comporterebbe indubbe difficoltà nell'applicazione delle norme in esame, soprattutto di quelle che stabiliscono una tutela antidiscriminatoria non solo in negativo, ma anche "attiva", attraverso le azioni positive e le altre misure orientate alla realizzazione dell'uguaglianza sostanziale³⁹. La tutela in positivo di qualsivoglia posizione personale del lavoratore, e non solo delle convinzioni di tipo religioso o filosofico, richiederebbe un numero amplissimo di "aggiustamenti"⁴⁰, che risulterebbero difficilmente realizzabili nell'ambito del lavoro e comporterebbero il rischio di lasciare "sulla carta" le forme di tutela previste dal legislatore comunitario.

Al tema degli "aggiustamenti" si collega la rilevanza che possono assumere, in questo settore, le pratiche religiose. Il testo della direttiva 2000/78 non vi fa cenno; tuttavia, sembra possibile interpretare ampiamente il concetto

³⁷ P. BELLOCCHI, *Pluralismo religioso, discriminazioni ideologiche e diritto del lavoro*, cit., p. 167. A favore di un'interpretazione ampia dei termini in questione si pronuncia anche 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.

³⁸ È bene notare fin da subito che questo approccio può essere diverso nelle normative antidiscriminatorie nazionali. Ad esempio, i divieti di discriminazione religiosa nel diritto del lavoro italiano sono storicamente affiancati dalle previsioni sui divieti di licenziamento per ragioni ideologiche e sindacali; la religione, quindi, appare ricompresa (almeno in questo settore) nel più ampio *genus* dell'ideologia e della libertà di coscienza. Cfr. *infra*, cap. III, par. 1.

³⁹ *Infra*, par. 2.

⁴⁰ Tali "aggiustamenti" sono, in parte, riconducibili al concetto di discriminazione indiretta che, come vedremo, considera contrari al principio di uguaglianza le norme che danno un trattamento uguale a situazioni diverse. Per evitare un simile comportamento discriminatorio, si potrebbero prevedere, appunto, i cosiddetti "aggiustamenti ragionevoli": sul significato di tale concetto cfr. *infra*, cap. IV, par. 2 e 3; fin d'ora *vid.* L. VICKERS, *Religion and Belief discrimination in Employment*, cit., p. 19 ss.

di “religione”, includendovi le forme di manifestazione del credo⁴¹. È fuori di dubbio, peraltro, che i trattamenti discriminatori che si verificano nell’ambito del lavoro possano essere motivati, oltre che dall’appartenenza religiosa del lavoratore *stricto sensu*, da quei comportamenti ad essa riconducibili, posti in essere durante il rapporto lavorativo, o anche extralavorativi⁴²: si pensi, ad esempio, al trattamento deteriore che un lavoratore può subire in forza della sua adesione a precetti religiosi relativi all’abbigliamento, ad esempio qualora porti il velo islamico o altri simboli o indumenti religiosi. In alcuni casi la discriminazione fondata su una pratica religiosa può immediatamente ricondurre al divieto di discriminazione religiosa generalmente inteso: se un datore di lavoro non assume una donna perché indossa il velo, è chiaro che il fattore sul quale si basa la sua decisione è la religione, e che la pratica religiosa è soltanto la modalità in cui la credenza del lavoratore diventa evidente all’esterno. In altri casi l’equivalenza “religione/pratiche religiose” presenta alcune difficoltà. È il caso delle norme che vietano di stabilire condizioni occupazionali sfavorevoli per i lavoratori in ragione della religione: se a quest’ultimo termine si sostituisce quello di pratica religiosa, si potrebbe determinare, oltre all’obbligo negativo di non compiere atti discriminatori, anche quello positivo (di *facere*) di tutelare in modo egualitario le manifestazioni della religione durante lo svolgimento del rapporto di lavoro. Così, ad esempio, a tutti i lavoratori dovrebbe essere concessa in ugual misura la possibilità di rispettare i giorni di riposo previsti dalla propria confessione⁴³, o di seguire i precetti alimentari religiosi.

Sulla predisposizione di tali “aggiustamenti”, questione di non facile gestione in una società pluriconfessionale⁴⁴, occorre notare che il legislatore

⁴¹ Ciò alla luce dell’art. 9 della CEDU (e del suo corrispettivo art. 10 della Carta di Nizza), ove al secondo comma si prevede che la libertà religiosa include il diritto di manifestare la religione con l’osservanza dei riti e del culto. Cfr. M. AIMO, *Le discriminazioni basate sulla religione e le convinzioni personali*, cit., p. 43 ss.

⁴² Cfr., anche per alcuni esempi, V. PACILLO, *Contributo allo studio del diritto di libertà religiosa nel rapporto di lavoro subordinato*, Milano, Giuffrè, 2003, p. 173; R. BOTTA, voce *Rapporti di lavoro in diritto ecclesiastico*, in *Digesto discipline privatistiche, sez. civile*, Torino, UTET, 1999, p. 261 ss.; A. VISCOMI, *Diritto del lavoro e “fattore” religioso: una rassegna delle principali disposizioni legislative*, in *Quaderni dir. pol. eccl.*, 2001, 2, p. 375 ss.; P. BELLOCCHI, *Pluralismo religioso, discriminazioni ideologiche e diritto del lavoro*, cit., p. 184 ss.

⁴³ In tema sia consentito il rinvio a S. COGLIEVINA, *Festività religiose e riposi settimanali nelle società multiculturali*, in *Riv. it. diritto del lavoro*, 2008, n. 3, p. 375 ss.

⁴⁴ P. BELLOCCHI, *Pluralismo religioso, discriminazioni ideologiche e diritto del lavoro*, cit., p. 198 ss.; A. VISCOMI, *Diritto del lavoro e “fattore” religioso: una rassegna delle principali disposizioni legislative*, cit., p. 375 ss..

europeo non ha inteso sancire obblighi, lasciando ampi spazi di discrezionalità agli Stati⁴⁵. In questo senso, e più in generale, l'omissione nelle direttive di qualsiasi definizione dei concetti di riferimento (razza, religione, convinzioni personali, ecc.) può essere interpretata come un rinvio alle differenti letture nazionali di tali concetti, dalle quali potrà discendere una più o meno ampia applicazione dei relativi divieti di discriminazione⁴⁶.

Un ultimo aspetto relativo all'individuazione del "ground of discrimination" vietato riguarda la possibilità che un trattamento sfavorevole si basi sull'appartenenza religiosa di un soggetto diverso dalla vittima della discriminazione⁴⁷, oppure su una *presunta* appartenenza religiosa, anche qualora essa non corrisponda all'effettiva religione praticata dal soggetto discriminato⁴⁸. Nel primo caso, ad esempio, un datore di lavoro potrebbe riservare un trattamento deteriore ad un suo dipendente, che sa essere sposato con una donna ebrea; nel secondo potrebbe rifiutare di assumere un soggetto poiché lo ritiene musulmano, a causa di un capo di abbigliamento indossato o della sua origine etnica o nazionale, pur non sapendo per certo se egli sia o meno appartenente a quella religione⁴⁹. La direttiva, parlando di "discriminazione basata su uno dei fattori di cui all'art. 1" (art. 2.1), non precisa nulla in tema; poiché neppure la Corte di Lussemburgo ha espresso un orientamento

⁴⁵ Cfr. *infra*, cap. III, par. 1 e 2 e cap. IV, spec. par. 2.

⁴⁶ Secondo P. CHIECO, *Le nuove direttive comunitarie sul divieto di discriminazione*, in *Riv. it. dir. lavoro*, 2002, p. 80, "la mancanza di confini netti e di nozioni prestabilite" significa un vincolo per il legislatore nazionale che, in sede di trasposizione delle direttive, dovrà astenersi a sua volta dal fornire "elencazioni analitiche, in quanto esse potrebbero produrre un restringimento dell'ambito di applicazione del divieto voluto dal legislatore comunitario". Nello stesso senso: B. HEPPLER, T. CHOUDHURY, *Tackling Religious Discrimination: Practical Implications for Policy-makers and Legislators*, cit., p. 26.

⁴⁷ L. VICKERS, *Religion and Belief discrimination in Employment*, cit., p. 12. L'estensione del divieto di discriminazione può variare se si intende come "ground of discrimination" la sola appartenenza religiosa della vittima del trattamento deteriore, o piuttosto anche la religione più ampiamente intesa, ad esempio quella di chi compie la discriminazione, o quella di soggetti collegati alla vittima (ad esempio un familiare), o ancora quella del gruppo nel quale la vittima a vario titolo si inserisce.

⁴⁸ Per entrambi questi aspetti: J. GERARDS, *Discrimination Grounds*, in D. SCHIEK, L. WADDINGTON, M. BELL (eds.), *Cases, Materials and Text on National, Supranational and International Non-Discrimination Law*, cit., p. 163 ss.

⁴⁹ In questo secondo esempio, inoltre, viene nuovamente in rilievo il legame tra razza e religione. Infatti, oltre ad una discriminazione basata sulla (presunta) appartenenza religiosa (ad esempio: la maggior parte degli egiziani sono musulmani; io non voglio assumere musulmani; perciò non assumo egiziani), si potrebbe configurare un caso di discriminazione fondata sulla razza o sulla nazionalità o, ancora, si potrebbe individuare un caso di cosiddetta "discriminazione multipla", nella quale più di un fattore concorre a creare il trattamento sfavorevole vietato.

consolidato in merito⁵⁰, occorre rinviare la trattazione di queste problematiche all'analisi delle normative statali, alle quali il legislatore europeo ha lasciato libertà di definire l'estensione del divieto di discriminazione ai casi in esame⁵¹.

2. Le condotte vietate nella direttiva 2000/78: la nozione di discriminazione e gli altri concetti di riferimento

Il divieto di discriminazione religiosa sancito dalla direttiva 2000/78 è specificato da quattro categorie di comportamenti: la discriminazione diretta, quella indiretta, le molestie e l'ordine di discriminare.

L'articolo 2 della direttiva si preoccupa di definire tali comportamenti, sulla base della legislazione antidiscriminatoria e della giurisprudenza consolidate nell'ordinamento comunitario⁵². Prima di passare all'analisi di tali definizioni, è da notare come il legislatore comunitario abbia messo in relazione l'obiettivo della parità di trattamento con il divieto di discriminazione, affermando che “per ‘principio della parità di trattamento’ si intende l'assenza di qualsiasi discriminazione diretta o indiretta basata su uno dei motivi di cui all'articolo 1” (art. 2, par. 1, dir. 2000/78). Una correlazione non priva di incertezze interpretative. Infatti, il dato testuale sembra indicare una perfetta coincidenza tra “parità” e “non discriminazione”, mentre la dottrina prevalente sostiene che la parità di trattamento implica assenza di discriminazioni ma non si risolve esclusivamente in essa⁵³. In questo senso parrebbe più corretta la

⁵⁰ Un'indicazione si può rintracciare nella sent. della Corte eur. dei diritti dell'Uomo, *Timishev*, cit., punti 54 e 56, che ammette come discriminazione vietata anche quella fondata su caratteristiche presunte (nel caso di specie: l'origine etnica).

⁵¹ In alcuni casi, il legislatore nazionale ha stabilito che si è in presenza di discriminazione anche quando la religione sulla quale si fonda il trattamento sfavorevole è presunta da colui che discrimina, pur non corrispondendo alla reale appartenenza confessionale della vittima (così in Francia e nel Regno Unito). Per ulteriori osservazioni su questo punto, si rimanda alla trattazione dell'attuazione delle direttive negli Stati membri (*infra*, cap. III, par. 2.2)

⁵² Le norme in esame, salvo in alcuni casi che verranno segnalati, sono formulate con termini del tutto analoghi anche nella direttiva 2000/43.

⁵³ Cfr., tra gli altri, G. DE SIMONE, *Dai principi alle regole*, cit., *passim*, soprattutto p. 43 ss.; M.V. BALLESTRERO, *Eguaglianza e nuove differenze nel diritto del lavoro. Note introduttive*, in *Lavoro e diritto*, 2004, n. 3-4, p. 501 ss., spec. p. 516 ss.; C. FAVILLI, *Uguaglianza e non discriminazione nella Carta dei diritti dell'Unione europea*, in U. DE SIERVO (a cura di), *La difficile costituzione europea*, Bologna, Il Mulino, 2001, p. 225 ss.; M. BELL, *Equality and European Union Constitution*, in *Industrial Law Journal*, 2004, n. 3, p. 242; M. RODRÍGUEZ-PIÑERO, M.F. FERNÁNDEZ LÓPEZ, *Igualdad y discriminación*, Madrid, Tecnos, 1986, p. 76 ss.

formulazione dell'art. 2.1 della direttiva 2000/43, ove si stabilisce che “il principio della parità di trattamento *comporta* che non sia praticata alcuna discriminazione diretta o indiretta a causa della razza o dell'origine etnica”. Qui non si determina un'equivalenza dei due termini, ma un nesso tra uno scopo (la parità) ed una condizione per la sua realizzazione (la non discriminazione)⁵⁴, condizione che sembra corretto intendere come necessaria ma non sufficiente. Se, però, si analizza il testo delle direttive non solo nella traduzione italiana, ma anche in altre versioni linguistiche, la differenza tra le due disposizioni scompare ed in entrambe il principio di parità viene ricondotto alla semplice assenza di discriminazioni⁵⁵. Sembra, dunque, che sia questo il senso da attribuire alla norma in esame (e così ha disposto, ad esempio, anche il legislatore italiano nei decreti di trasposizione delle direttive⁵⁶); peraltro, la precisazione “ai fini della presente direttiva”, posta in apertura dell'art. 2, potrebbe stare a significare che l'equivalenza tra i due concetti riguarda unicamente l'applicazione della direttiva e non l'interpretazione *tout court* dei principi di riferimento. Con questa formulazione, il legislatore comunitario avrebbe scelto di occuparsi dell'obiettivo della parità di trattamento solo attraverso i divieti di discriminazione, senza imporre agli Stati obblighi più estesi per la realizzazione di tale fine. In ogni caso, a livello statale, il concetto di parità potrà essere interpretato anche al di là dell'assenza di discriminazione, e potrà determinare la messa in atto di interventi in positivo per le pari opportunità e l'uguaglianza sostanziale⁵⁷. Ciò anche alla luce dell'articolo 8 della medesima direttiva 2000/78, in base al quale “gli Stati membri possono

⁵⁴ Tale nesso strumentale è confermato dall'articolo 1 di entrambe le direttive del 2000, in base al quale “la presente direttiva mira a stabilire un quadro per la lotta alle discriminazioni [...] al fine di rendere effettivo negli Stati membri il principio della parità di trattamento”.

⁵⁵ In entrambe le direttive, l'art. 2.1 è formulato come segue: nella versione inglese, “the principle of equal treatment *shall mean* that there shall be no direct or indirect discrimination”; in quella francese, “*on entend* par ‘principe de l'égalité de traitement’, l'absence de toute discrimination directe ou indirecte”; in quella spagnola, “*se entenderá* por principio de igualdad de trato la ausencia de toda discriminación directa o indirecta” (corsivi aggiunti).

⁵⁶ Art. 2. 1 di entrambi decreti legislativi n. 215 e n. 216 del 9 luglio 2003, che hanno attuato rispettivamente la direttiva 2000/43 e 2000/78 (sui quali cfr. più diffusamente *infra*, cap. III, par. 1.1). Sul punto *vid.* M.V. BALLESTRERO, *Eguaglianza e differenze*, cit., p. 518.

⁵⁷ Sottolinea questo aspetto M.V. BALLESTRERO, *Eguaglianza e differenze*, cit., p. 518, sostenendo che non è per disattenzione che il legislatore europeo ha fatto un tutt'uno di due concetti separati, come la parità e la non discriminazione, ma per lasciare gli Stati liberi di stabilire trattamenti differenziati in relazione ad alcuni dei fattori di discriminazione considerati dalle direttive. Cfr. anche 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. 720.

introdurre o mantenere, per quanto riguarda il principio della parità di trattamento, disposizioni più favorevoli di quelle previste nella presente direttiva”, ma non possono diminuire la protezione antidiscriminatoria già in vigore nella legislazione nazionale⁵⁸.

Peraltro, secondo parte della dottrina⁵⁹, la direttiva stessa rivelerebbe – nelle definizioni utilizzate e in alcune delle nuove condotte vietate – un’opzione in favore della parità di trattamento, anziché della semplice eliminazione delle discriminazioni. Lo si deduce dalla rilevanza data alla nozione di discriminazione non solo diretta, ma anche indiretta, quest’ultima facente riferimento alla parità di fatto; dal divieto di molestie, che presuppone la tutela della dignità dell’individuo, al di là della presenza di una formale discriminazione; dalla previsione delle azioni positive, strumenti di diritto diseguale volti a realizzare la parità.

2.1. Discriminazione religiosa diretta e indiretta

Per quanto riguarda la nozione di discriminazione, l’art. 2, par. 2 della direttiva 2000/78 stabilisce che quella diretta si verifica quando, sulla base di uno dei motivi vietati dall’art. 1, “una persona è trattata meno favorevolmente di quanto sia, sia stata o sarebbe trattata un’altra in una situazione analoga”. La discriminazione indiretta, invece, sussiste “quando una disposizione, un criterio o una prassi apparentemente neutri possono mettere in una posizione di particolare svantaggio le persone che professano una determinata religione [...] rispetto ad altre persone”, a meno che tale disposizione, criterio o prassi possano essere giustificati.

La differenza principale tra discriminazione diretta e indiretta è che nella prima si è in presenza di norme, criteri o prassi che si riferiscono, più o meno

⁵⁸ Si tratta, peraltro, di un principio generale nel rapporto tra fonti comunitarie e nazionali, il cosiddetto principio del “non regresso”. Senza entrare nel dettaglio della questione, che è molto dibattuta, specie nell’ambito del diritto sociale e del lavoro, basti dire che, secondo parte della dottrina, le previsioni come quella della direttiva in esame comporterebbero un vero e proprio obbligo giuridico di *non* attuare le norme della direttiva, qualora comportino una riduzione della tutela dei lavoratori rispetto a quella già presente nel diritto interno. In merito, per tutti, M. ROCCELLA, *Diritto comunitario, ordinamenti nazionali, diritto del lavoro*, in S. FABENI, M.G. TONIOLO, *La discriminazione fondata sull’orientamento sessuale*, Roma, Ediesse, 2005, pp. 43 ss.

⁵⁹ M.V. BALLESTRERO, *Eguaglianza e differenze*, cit., p. 517 ss.; G. DE SIMONE, *Dai principi alle regole*, cit., spec. p. 17 e 56 ss. D. IZZI, *Eguaglianza e differenze nei rapporti di lavoro: il diritto antidiscriminatorio tra genere e fattori di rischio emergenti*, Napoli, Jovene, 2005, p. 9 ss.

esplicitamente, al fattore religioso e, sulla base di esso, determinano un trattamento sfavorevole per alcune categorie di soggetti. Ciò significa che, per non violare il divieto di discriminazione diretta, le norme dovranno essere neutre e non prendere in considerazione i fattori di discriminazione previsti: come è stato detto in dottrina, dovranno “ignorare una differenza”⁶⁰. Nella discriminazione indiretta, invece, si verifica un trattamento “ingiustamente neutro”, che causa uno svantaggio ad un insieme di soggetti proprio in ragione della mancata considerazione di una certa caratteristica. In questo secondo caso, quindi, sarà necessario differenziare le regole, per evitare una discriminazione ed ottenere una uguaglianza nei risultati: come si è già osservato, si fa qui riferimento al concetto di uguaglianza sostanziale⁶¹.

Le definizioni della discriminazione diretta ed indiretta introdotte dalle direttive sono basate sulla legislazione antidiscriminatoria preesistente e sulla giurisprudenza della Corte di giustizia, ma presentano anche alcuni elementi innovativi.

Il primo riguarda il problema della comparazione. In base all’art. 2, una discriminazione diretta viene rilevata attraverso il raffronto con una situazione analoga a quella del soggetto che si ritiene svantaggiato. Pur non escludendo la necessità di operare un giudizio di tipo comparativo⁶², la direttiva adotta una formulazione che allarga la gamma dei possibili termini di paragone⁶³. Questi non devono essere individuati obbligatoriamente in una situazione reale e

⁶⁰ Così nel noto scritto di P. ICHINO, *Il contratto di lavoro*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, dir. da A. CICU, F. MESSINEO, L. MENGONI, Milano, Giuffrè, 2000, vol. XXVII, t. 2, p. 570.

⁶¹ Cfr. *supra*, nota 59, in particolare M.V. BALLESTRERO, *Eguaglianza e differenze nel diritto del lavoro*, cit., p. 511 ss.; v. anche M. ROCCELLA, *La Corte di Giustizia e il diritto del lavoro*, Torino, Giappichelli, 1997, p. 131.

⁶² Una scelta corretta, secondo M.V. BALLESTRERO, *Eguaglianza e differenze*, cit., pp. 516-517, che sostiene la natura intrinsecamente comparativa della nozione di discriminazione. Senza un riferimento alla comparazione, infatti, la discriminazione finirebbe per essere assimilata ad un generico svantaggio sociale, alla violazione di diritti o di posizioni individuali.

⁶³ Sul punto G. DE SIMONE, *Eguaglianza e nuove differenze nei lavori flessibili, fra diritto comunitario e diritto interno*, in *Lavoro e diritto*, 2004, pp. 535 ss.; D. IZZI, *Discriminazione senza comparazione? Appunti sulle direttive comunitarie “di seconda generazione”*, in *Giornale dir. del lavoro e rel. industriali*, n. 99-100, 2003, p. 425, anche per ulteriori riferimenti alla dottrina e alla giurisprudenza. Altri autori, evidenziando la novità introdotta con la previsione della comparazione ipotetica, sostengono che si sarebbe in presenza di un graduale superamento del legame tra discriminazione e giudizio comparativo: cfr. M. BARBERA, *Eguaglianza e differenza nella nuova stagione del diritto antidiscriminatorio comunitario*, cit., p. 410 ss.; P. CHIECO, *Le nuove direttive comunitarie sul divieto di discriminazione*, cit., p. 75 ss. Dimostrerebbero l’esistenza di una nozione non comparativa di discriminazione anche alcune altre norme presenti nella direttiva 2000/78, specie il divieto di molestie, sul quale si tornerà tra breve (par. 2.2).

contemporanea al verificarsi della presunta discriminazione, ma anche in una collegata al passato, oppure addirittura ipotetica (l'art. 2, par. 2, lettera 'a', si riferisce a come "sia stata o sarebbe trattata" una persona in una circostanza simile a quella del soggetto discriminato). Ciò aumenta, evidentemente, le opportunità di provare una situazione di discriminazione e lascia, come è stato notato, ampi spazi al lavoro (e alla fantasia) dell'interprete⁶⁴.

Anche per quanto riguarda la dimostrazione della discriminazione indiretta, le direttive del 2000 hanno innovato rispetto alla normativa antidiscriminatoria preesistente. In base a quest'ultima⁶⁵, la discriminazione indiretta era integrata da una norma neutra che causava uno svantaggio per una quota numericamente più consistente di soggetti rispetto ad altri, ad esempio di donne rispetto agli uomini; si parlava, cioè, di un pregiudizio proporzionalmente maggiore (quello che nella letteratura e nella giurisprudenza americane viene definito "disparate impact")⁶⁶, la cui misurazione si fondava su dati numerici. Nella direttiva 2000/78 non si richiede più alcun calcolo statistico per provare la discriminazione, ma si stabilisce che la previsione apparentemente neutra è discriminatoria quando mette in posizione di "particolare svantaggio" talune persone rispetto ad altre. Così facendo, si è tenuto conto della difficoltà ad utilizzare un criterio di tipo quantitativo per alcuni fattori di discriminazione presenti nella direttiva (ad esempio: come misurare la porzione di soggetti svantaggiati in base alla religione, se solitamente non esistono statistiche o dati sull'appartenenza?); analogamente a quanto osservato per la prova della discriminazione diretta, anche in questo caso i parametri per la dimostrazione del trattamento sfavorevole diventano meno rigidi, e quindi più vaghi ed opinabili⁶⁷. In particolare, non viene chiarito come possa essere provata la sussistenza di un "particolare svantaggio", né rispetto a quali soggetti (l'art. 2 parla genericamente di "persone che professano

⁶⁴ M. BARBERA, *Eguaglianza e differenza nella nuova stagione del diritto antidiscriminatorio comunitario*, cit., p. 411.

⁶⁵ Queste norme erano presenti soprattutto nelle direttive in materia di parità tra i sessi, ad esempio la direttiva sull'onere della prova, n. 97/80. Cfr., per tutti, M. ROCCELLA, *La Corte di Giustizia e il diritto del lavoro*, cit., spec. p. 127 ss., anche per riferimenti alla dottrina e alla giurisprudenza.

⁶⁶ M.V. BALLESTRERO, *Eguaglianze e differenze*, cit., p. 513; G. THÜSING, *Following the U.S. Example: European Employment Discrimination Law and the Impact of Council Directives 2000/43/EC and 2000/78/EC*, in *International Journal Comparative Labour Law and Industrial Relations*, 2003, p. 191 ss.; per le diverse interpretazioni nazionali del concetto di "disparate impact" cfr. 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. 397 ss.

⁶⁷ M.V. BALLESTRERO, *Eguaglianze e differenze*, cit., p. 513.

una determinata religione [...] rispetto ad altre persone”). In proposito, si può notare che il *considerant* numero 15 del preambolo della direttiva 2000/78 afferma che la valutazione dei fatti per stabilire se si è verificata una discriminazione “spetta alle autorità giudiziarie nazionali o ad altre autorità competenti”, e che tale valutazione sarà effettuata conformemente alle norme e alle prassi nazionali; queste ultime potranno prevedere qualsiasi mezzo di prova, inclusa l’evidenza statistica. Ancora una volta, dunque, si è operato un rinvio sia alla scelte del legislatore nazionale, sia alla discrezionalità dell’interprete.

Dall’esame dei criteri di prova della discriminazione risulta che quella diretta richiede un tipo di comparazione che può limitarsi al raffronto tra due individui, mentre quella indiretta coinvolge la dimensione collettiva⁶⁸: per individuare lo svantaggio causato dalla norma neutra, infatti, occorre far riferimento alle conseguenze che ricadono sugli appartenenti ad un gruppo⁶⁹. In entrambi i casi, per fattori di discriminazione come la religione, la comparazione è particolarmente difficoltosa soprattutto per l’individuazione di un termine di paragone adeguato⁷⁰.

Difatti, la possibilità di dimostrare la discriminazione religiosa cambierà a seconda che la comparazione si riferisca al trattamento di una confessione di minoranza, di maggioranza, oppure alla situazione di un non credente⁷¹. Il fatto che l’art. 2 preveda la possibilità di operare un raffronto anche ipotetico aumenta la varietà delle situazioni comparabili, ma non sempre ciò può risultare di grande ausilio. Bisogna, infatti, ricordare che le disposizioni in esame si riferiscono essenzialmente a trattamenti sfavorevoli subiti dai singoli lavoratori, mentre spesso la discriminazione fondata sulla religione non deriva da comportamenti o norme che riguardano la vittima come singolo, ma da un insieme di regole o prassi “strutturali”⁷², relative alle modalità con cui un ordinamento soddisfa gli interessi religiosi.

⁶⁸ Sottolineano questo aspetto G. DE SIMONE, *La nozione di discriminazione diretta e indiretta*, cit., p. 725 ss.; M.V. BALLESTRERO, *Eguaglianze e differenze*, cit., p. 515 ss.

⁶⁹ M. ROCCELLA, *La Corte di Giustizia e il diritto del lavoro*, cit., p. 131.

⁷⁰ P. BELLOCCHI, *Pluralismo religioso, discriminazioni ideologiche e diritto del lavoro*, cit., p. 211, rileva che mentre l’appartenenza ad un sesso propone una semplice alternativa, che rende più facile il raffronto, per la religione non è così. Sul punto cfr. anche L. VICKERS, *Religion and Belief Discrimination in Employment – the EU Law*, cit., p. 14 ss.

⁷¹ L. VICKERS, *Religion and Belief Discrimination in Employment – the EU Law*, cit., p. 14.

⁷² M. BELL, L. WADDINGTON, *Diversi eppure eguali*, cit., p. 376.

La dimensione individuale, prevalente nel significato e nel ruolo classico dei divieti di discriminazione⁷³, si stempera nella nozione di discriminazione indiretta, più attenta al dato collettivo. La discriminazione religiosa indiretta si può verificare, nel settore del lavoro, quando disposizioni o prassi, applicandosi a tutti in ugual modo, causano - in ragione della loro "cecità"⁷⁴ alle differenze religiose - un "particolare svantaggio" per alcuni soggetti⁷⁵. Ciò si verifica in particolare relativamente alle pratiche religiose⁷⁶: sovente può capitare che le regole in vigore in un'azienda o in un settore produttivo stabiliscano tipi di comportamento standard, uguali per tutti, e mettano in una posizione di sfavore alcuni soggetti, non prendendo in considerazione le loro esigenze religiose, relative, ad esempio, al rispetto di giorni festivi diversi da quelli previsti per legge, o alla possibilità di indossare indumenti religiosi, o al rispetto di precetti alimentari religiosi nelle mense aziendali. Per rimuovere questo tipo di discriminazione indiretta, un intervento negativo potrebbe non essere sufficiente, rendendosi necessario intervenire attivamente per soddisfare i diversi interessi religiosi⁷⁷. Operazione non semplice a causa del moltiplicarsi delle richieste che i diversi gruppi che compongono le società pluriconfessionali esprimono a questo proposito.

Sebbene la nozione di discriminazione indiretta favorisca, indubbiamente, una maggiore attenzione verso le diversità religiose, la direttiva non stabilisce alcun obbligo in questo senso⁷⁸.

⁷³ Quello di garantire l'uguaglianza di tutti i cittadini, senza distinzioni basate sulle loro caratteristiche personali. Cfr. M. RODRÍGUEZ-PIÑERO, M.F. FERNÁNDEZ LÓPEZ, *Igualdad y discriminación*, cit., p. 94 ss.

⁷⁴ Parafrasando la nota espressione "color blind" della letteratura statunitense sulle azioni positive e le politiche multiculturali. In merito A. KULL, *The Color-Blind Constitution*, Cambridge-London, Harvard University Press, 1992; nella dottrina italiana, con specifico riferimento al diritto antidiscriminatorio, il tema è richiamato, tra gli altri, da M.V. BALLESTRERO, *Eguaglianza e nuove differenze nel diritto del lavoro*, cit., p. 506 ss.; A. VISCOMI, *Diritto del lavoro e "fattore" religioso*, cit., p. 377. Parla di "cecità alle differenze" anche uno dei testi fondamentali del pensiero multiculturale: C. TAYLOR, *La politica del riconoscimento*, in C. TAYLOR, J. HABERMAS, *Multiculturalismo. Lotte per il riconoscimento*, Milano, Feltrinelli, 2003⁵, p. 26 ss.

⁷⁵ Sul problema della disciplina dei diversi interessi religiosi nell'ambito del lavoro: A. VISCOMI, *Diritto del lavoro e «fattore» religioso*, cit., p. 375 ss.; P. BELLOCCHI, *Pluralismo religioso, discriminazioni ideologiche e diritto del lavoro*, cit., p. 157 ss.

⁷⁶ V. *supra*, par. 1.2.

⁷⁷ L. VICKERS, *Religion and Belief Discrimination in Employment – the EU Law*, cit., p. 13 e 19 ss.

⁷⁸ A differenza di quanto accade negli Stati Uniti d'America, dove nel *Civil Rights Act* la mancata predisposizione di aggiustamenti delle differenze religiose viene equiparata ad una discriminazione. Inoltre occorre rilevare che la direttiva 2000/78 prevede espressamente soluzioni ragionevoli (*reasonable accommodations*) in favore dei disabili (art. 5); da ciò si può dedurre che, ove il legislatore comunitario avesse voluto obbligare gli Stati a metterle in atto anche relativamente alla religione, lo

La definizione contenuta nell'art. 2 della dir. 2000/78, inoltre, non prevede che qualsiasi norma o prassi neutra che causi uno svantaggio sia automaticamente da identificare come discriminatoria: sarà, infatti, perfettamente legittima quando sia "oggettivamente giustificat[a] da una finalità legittima e i mezzi impiegati per il suo conseguimento siano appropriati e necessari" (n. 2, lettera *b*, sub *i*). È importante ricordare che solo la discriminazione indiretta (*rectius*: una norma passibile di produrre una discriminazione indiretta) ammette giustificazioni, mentre il divieto di discriminazione diretta è assoluto. Ciò si spiega con la diversa natura dei due tipi di trattamenti svantaggiosi: mentre in un caso di discriminazione diretta, non si potrà giustificare una norma che contiene una previsione discriminatoria⁷⁹, si potrà, al contrario, individuare nella norma neutra indirettamente discriminatoria uno scopo legittimo ed estraneo dalla causa di discriminazione considerata, e quindi "salvarla" in forza di tale finalità e della adeguatezza dei mezzi utilizzati.

La Corte di giustizia si è spesso misurata con il problema della giustificazione della discriminazione indiretta⁸⁰ (anche se non con riferimento al fattore religioso); la decisione in questi casi deve operare un bilanciamento tra l'obiettivo della parità e la finalità delle norme neutre, che rispondono solitamente ad esigenze aziendali e di mercato. In alcuni casi è facile stabilire la prevalenza di queste ultime sull'attenzione alle diversità religiose: è il caso delle norme sulla sicurezza dell'ambiente di lavoro, che non ammettono deroghe in favore, ad esempio, di un lavoratore che voglia indossare un indumento di

avrebbe previsto con una norma analoga. In merito cfr., per tutti, L. WADDINGTON, A. HENDRIKS, *The Expanding Concept of Employment Discrimination in Europe: From Direct and Indirect Discrimination to Reasonable Accommodation Discrimination*, in *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations (IJCLLIR)*, 2002, p. 403 ss.; L. WADDINGTON, *Reasonable accommodation*, in D. SCHIEK, L. WADDINGTON, M. BELL *et al.* (eds), *Cases, materials and Text on National, Supranational and International Non-Discrimination Law*, cit., p. 629 ss.

⁷⁹ Questo ragionamento si collega al tema della prova della discriminazione, sulla quale cfr. *infra*, par. 4. Sullo specifico aspetto della giustificazione della discriminazione cfr., fin d'ora, M. BARBERA, *Discriminazioni ed eguaglianza nel rapporto di lavoro*, Milano, Giuffrè, 1991, p. 243.

⁸⁰ Sul punto, anche per riferimenti alla giurisprudenza, F. SAVINO, *Differenze di trattamento e giustificazioni legittime nella giurisprudenza della Corte di giustizia*, in *Lavoro e diritto*, 2004, p. 576 ss.; M. ROCCELLA, *La Corte di Giustizia e il diritto del lavoro*, cit., p. 170 ss.; 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. 81 ss.; P. CHIECO, *Le nuove direttive comunitarie sul divieto di discriminazione*, cit., p. 88; G. DE SIMONE, *Eguaglianza e nuove differenze nei lavori flessibili, fra diritto comunitario e diritto interno*, cit., p. 536.

carattere religioso anziché un casco protettivo. In altri casi la valutazione è meno netta e sarà lasciata in gran parte alla discrezionalità del giudice⁸¹.

2.2. *Le altre condotte vietate*

Passando all'esame delle altre condotte vietate dalla direttiva 2000/78, all'articolo 2, par. 3, troviamo un riferimento alle molestie, che vengono equiparate ad una discriminazione quando si tratti di "comportamento indesiderato adottato per uno dei motivi di cui all'articolo 1 avente lo scopo o l'effetto di violare la dignità di una persona e di creare un clima intimidatorio, ostile, degradante, umiliante od offensivo". Il divieto di compiere molestie, non più limitato al tradizionale ambito della parità tra i sessi, si colloca nella prospettiva – già rilevata riguardo alle direttive del 2000 – della promozione dell'uguaglianza e della non discriminazione come strumenti di difesa dei diritti e della dignità umana⁸². È stato notato, a questo proposito, che le previsioni sulle molestie "non si collegano in senso proprio alla parità di trattamento, ma riguardano diritti di natura diversa come, ad esempio, il diritto all'intimità o *privacy*, così come il diritto alla dignità personale"⁸³. Mancano, infatti, nella fattispecie in esame, alcuni elementi propri della nozione di discriminazione, *in primis* – come si è accennato – l'aspetto comparativo⁸⁴: per provare l'esistenza di una molestia è sufficiente individuare una violazione della dignità di un soggetto

⁸¹ Come notato in dottrina (cfr., tra gli altri, F. SAVINO, *Differenze di trattamento e giustificazioni legittime nella giurisprudenza della Corte di giustizia*, cit., p. 581; M. ROCCELLA, *La Corte di Giustizia e il diritto del lavoro*, cit., p. 174 ss.), la Corte di giustizia ha spesso rinviato al giudice nazionale la valutazione della portata delle cause di giustificazione della discriminazione indiretta, soprattutto quando erano in discussione scelte di politica sociale degli Stati membri.

⁸² La dignità umana è, peraltro, il primo diritto enunciato nella Carta di Nizza, come a dimostrare che su di esso si fonda tutto il sistema europeo della tutela dei diritti umani (art. 1 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione). È stato notato che "the dignity of the human person occupies the pole position because it is not only a fundamental right in itself but constitutes the real basis of each of the substantive fundamental rights laid down in the Charter". Così J. KENNER, *EU employment law. From Rome to Amsterdam and beyond*, cit., p. 521.

⁸³ J. CRUZ VILLALÓN, *Lo sviluppo della tutela antidiscriminatoria nel diritto comunitario*, *Giornale di diritto del lavoro e relazioni industriali*, 99-100, 2003, p. 355.

⁸⁴ Alcuni sostengono che, pur non essendo necessaria per identificare un caso di molestia, la comparazione con altre situazioni potrebbe costituire un mezzo per provare l'esistenza di un trattamento degradante ai sensi dell'art. 2.3 della direttiva. Cfr. 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. TONIOLLO (a cura di), *La discriminazione fondata sull'orientamento sessuale*, Roma, Ediesse, 2005, p. 249.

e la determinazione di un ambiente a lui ostile, circostanze dimostrabili anche senza un raffronto con altri soggetti⁸⁵. Così, ad esempio, costituiscono molestie le offese rivolte ad un lavoratore a causa della sua appartenenza religiosa, indipendentemente dal determinarsi di una situazione deteriore rispetto ad altri. Si tratta di una previsione vantaggiosa per le vittime di comportamenti sfavorevoli, se si considera che qualificarli come discriminatori può risultare particolarmente difficile a causa della problematicità di effettuare una comparazione, specie – come si è osservato – per fattori come la religione⁸⁶. Inoltre, grazie all'equiparazione delle molestie alla discriminazione, operata dalla direttiva, anche alle prime si applicheranno le regole procedurali e le sanzioni stabilite per la discriminazione, in particolare il regime probatorio agevolato previsto per il giudizio antidiscriminatorio⁸⁷. In queste disposizioni, dunque, si può leggere l'intenzione del legislatore comunitario di estendere gli strumenti di tutela previsti dalle direttive anche alle vittime di comportamenti che, pur non classificabili come discriminazione *stricto sensu*, siano lesivi del diritto dei lavoratori alla parità e ad esprimere la propria personalità.

Ancora, risulta favorevole alle vittime di questi trattamenti l'irrilevanza della volontarietà del comportamento "molesto", che risulterebbe particolarmente difficile da dimostrare in giudizio. In base alla direttiva, infatti, risultano vietati non solo i comportamenti intenzionalmente diretti a creare un ambiente di lavoro ostile e degradante, ma anche quelli che semplicemente sortiscono tale effetto. Ad esempio, le idee anti-islamiche espresse da un datore di lavoro possono costituire una molestia nel caso in cui diano origine ad un clima ostile per i dipendenti musulmani, anche mancando l'intenzione di offendere. L'accento posto sul risultato di un'azione "molesta", anziché sulla

⁸⁵ Cfr. M. BARBERA, *Eguaglianza e differenza nella nuova stagione del diritto antidiscriminatorio comunitario*, cit., p. 412. Inoltre, perché si possa parlare di un clima intimidatorio ed offensivo ai fini dell'applicazione della norma in esame, non è richiesto che i trattamenti degradanti siano ripetuti o particolarmente gravi. Come è stato notato, anche un singolo episodio può creare un ambiente di lavoro lesivo della dignità personale ed integrare un caso di molestia; la direttiva non richiederebbe una insistenza "quantitativa" di comportamenti "molesti", ma una "intensità offensiva" (così L. CURCIO, *Molestie e discriminazioni: la tutela giurisdizionale civile*, in AA. VV., *Molestie e discriminazioni: tutela civile e sanzioni penali*, cit., p. 89). Occorre inoltre osservare che il legislatore comunitario lascia spazio all'interpretazione nazionale del concetto di molestia, che "può essere definito conformemente alle leggi e prassi nazionali degli Stati membri" (art. 2, par. 3).

⁸⁶ L. MELICA, *La problematica delle discriminazioni razziali e la istituzione dell'U.N.A.R.*, in AA. VV., *Molestie e discriminazioni: tutela civile e sanzioni penali*, cit., p. 29 ss.

⁸⁷ Così G. DE SIMONE, *Eguaglianza e nuove differenze nei lavori flessibili, fra diritto comunitario e diritto interno*, cit., p. 535; D. IZZI, *Eguaglianza e differenze nei rapporti di lavoro*, cit., p. 408 ss.; sul regime probatorio cfr. *infra*, par. 4.

sua motivazione, finisce col dare rilievo alla percezione che le vittime hanno del clima degradante ed umiliante. Le direttive, tuttavia, non specificano come debba essere individuata una violazione della dignità personale (concetto, peraltro, piuttosto vago), né il *quantum* di offensività che un “comportamento indesiderato” debba avere per essere assimilato ad una molestia⁸⁸. Se fosse unicamente la vittima a dover qualificare un atto come ostile, molti comportamenti e manifestazioni di pensiero percepiti come contrari alla propria dignità personale finirebbero per essere sanzionabili dal divieto di molestie⁸⁹, con la particolarità che, relativamente alla religione, ciò potrebbe determinare una considerevole restrizione di altri diritti fondamentali, primo fra tutti la libertà di espressione. Appare, perciò, opportuno individuare un equilibrio tra aspetti soggettivi ed oggettivi di questa fattispecie, valutando con attenzione i diversi interessi in gioco. Compito che il legislatore comunitario lascia agli Stati membri, stabilendo che, nel contesto tratteggiato dalla direttiva, “il concetto di molestia può essere definito conformemente alle leggi e prassi nazionali” (art. 2, par. 3).

Infine, è vietato ai sensi della direttiva anche l’ordine di discriminare persone in base a uno dei motivi di cui all’art. 1 della stessa (art. 2, par. 4). Può darsi il caso, ad esempio, di un datore di lavoro che, servendosi di un’agenzia di collocamento per reclutare dipendenti per la sua impresa, richieda di selezionare personale appartenente solo ad una certa razza o religione; oppure di un proprietario di un locale che inciti i camerieri ad offrire un servizio peggiore ai clienti di colore o ai fedeli di una confessione di minoranza. La direttiva stabilisce che tali “ordini” del datore di lavoro siano equiparati ad una vera e propria discriminazione. Come notato in dottrina, ci si può domandare se siano sanzionabili ordini di discriminare che – sia perché non eseguiti, sia perché non hanno avuto i risultati voluti – non abbiano dato origine ad un effettivo

⁸⁸ Chi stabilisce quanto un comportamento sia offensivo? Quanto è rilevante la percezione della vittima? Un episodio “molesto” isolato può “creare un clima intimidatorio, umiliante od offensivo” oppure è necessario che si tratti di comportamenti ripetuti nel tempo? Su questi aspetti cfr. ampiamente L. VICKERS, *Is all harassment equal? The case of Religious harassment*, in *Cambridge Law Journal*, 2006, n. 3, p. 579 ss.

⁸⁹ L. VICKERS, *Is all harassment equal?*, cit., *passim*. Un discorso a parte andrebbe fatto qualora le molestie fondate sulla religione integrino condotte vilipendiose penalmente rilevanti. In questo senso cfr. L. VICKERS, *Religion and Belief Discrimination in Employment*, cit., p. 16; I. LEIGH, *Hatred, Sexual Orientation, Free Speech and Religious Liberty*, in *Ecclesiastical Law Journal*, 2008, p. 337 ss. Sulla sanzione dei reati a sfondo razzista e di incitamento all’odio razziale e religioso negli ordinamenti interni di Italia, Francia, Regno Unito, cfr. *infra*, cap. III, par. 1.1, 1.2 e 1.3.

svantaggio⁹⁰. La direttiva non specifica nulla al riguardo; spetta, perciò, al legislatore e al giudice nazionale valutare la questione. Ad ogni modo, occorrerà considerare che, in alcuni casi, simili comportamenti del datore di lavoro possono causare una situazione deteriore (ovvero una discriminazione) anche per chi riceve il comando e, magari non volendo, dovrà porlo in essere, oppure per chi, rifiutando di agire in base agli ordini del suo superiore, corra il rischio di essere sottoposto a ritorsioni o altri trattamenti di sfavore.

2.3. Le azioni positive

In entrambe le direttive del 2000 (articolo 5 dir. 2000/43 e articolo 7 dir. 2000/78) si prevede espressamente la possibilità per gli Stati membri di predisporre azioni positive⁹¹, un concetto già noto al diritto comunitario che, sebbene con alcune titubanze, le aveva previste in favore del sesso femminile nella legislazione sulla discriminazione di genere⁹².

La direttiva 2000/78 non contiene una definizione chiara di tali azioni e si limita ad una generica indicazione in base alla quale gli Stati potranno mantenere o adottare “misure specifiche dirette a evitare o compensare svantaggi” correlati, nel nostro caso, alla religione. La formula “misure specifiche” riconduce sommariamente alla messa in atto di strumenti di “diritto diseguale”; meno vago a tal proposito è il testo dell’art. 141 TCE, che si riferisce, in tema di uguaglianza uomo/donna, ad interventi promozionali in favore del sesso sottorappresentato o svantaggiato (“misure che prevedano *vantaggi specifici* diretti a facilitare l’esercizio di un’attività professionale da parte del sesso sottorappresentato, ovvero a evitare o compensare svantaggi nelle carriere professionali”). Alla luce della dottrina e delle prassi nazionali ed

⁹⁰ C. FAVILLI, *La non discriminazione nell’Unione europea*, cit., pp. 165-166; ENAR, *Combating Religious and Ethnic Discrimination in Employment*, cit., p. 10.

⁹¹ Art. 7, par. 1, dir. 2000/78: “Allo scopo di assicurare completa parità nella vita professionale, il principio della parità di trattamento non osta a che uno Stato membro mantenga o adotti misure specifiche dirette a evitare o compensare svantaggi correlati a uno qualunque dei motivi di cui all’articolo 1”. Il par. 2 del medesimo articolo è dedicato alle misure positive in favore dei disabili. In generale su queste norme: G. DE SIMONE, *Eguaglianza e nuove differenze nei lavori flessibili, fra diritto comunitario e diritto interno*, cit., p. 545 ss.; P. CHIECO, *Le nuove direttive comunitarie sul divieto di discriminazione*, cit., p. 114 ss.; M. DE VOS, *Beyond Formal Equality. Positive Action under Directives 2000/43/EC and 2000/78/EC*, Luxembourg, European Communities, 2007, spec. p. 28 ss.

⁹² Cfr. *supra*, cap. I, par. 4 (spec. le note 133 e ss.).

internazionali⁹³, ad ogni modo, sembra di poter attribuire anche alle azioni positive *ex* articolo 7 della direttiva il significato di misure preferenziali ricavabile dall'art. 141 TCE⁹⁴. Come chiaramente indicato, tra l'altro, da una risoluzione del 2006 del Parlamento europeo in materia di strategie contro la discriminazione⁹⁵, le azioni positive nel diritto europeo sono interventi rivolti a categorie sociali svantaggiate (donne, portatori di handicap, immigrati, minoranze linguistiche, ecc.), che stabiliscono – entro certi limiti – una disciplina differenziata o di favore, per riportare tali gruppi in posizione di parità con il resto della cittadinanza, o per facilitarne l'integrazione in alcuni ambiti sociali (ad esempio, per assicurare l'accesso alle scuole di alcune minoranze etniche o nazionali⁹⁶). Esse rappresentano una deroga al principio di

⁹³ Un'ampia panoramica in tema è offerta dal recente volume di M. CAIELLI, *Le azioni positive nel costituzionalismo contemporaneo*, Napoli, Jovene, 2008

⁹⁴ Cfr. M. NOVELLA, *Nuove tecniche di diritto diseguale e principio di eguaglianza*, in *Lavoro e Diritto*, 2004, p. 561 ss. L'A. estende alle "misure specifiche" *ex* art. 7 dir. 2000/78 il senso attribuito dall'art. 141 TCE e dalla direttiva 2002/73/CE sulla parità di genere, affermando che anche le azioni positive previste dalla direttiva 2000/78 possono essere intese come "misure che prevedano vantaggi specifici". Secondo M. DE VOS, *Beyond Formal Equality*, cit., pp. 29 ss., il ricorso nelle direttive alla formulazione "misure specifiche", piuttosto che a quella utilizzata dall'art. 141 TCE ("misure che prevedono specifici vantaggi"), non sarebbe un modo per limitare il significato delle azioni positive, ma per assicurarne l'applicazione ad ambiti più vasti e variegati, per i quali i termini della norma sulla promozione del lavoro femminile potevano non essere adeguati.

⁹⁵ "Risoluzione del Parlamento europeo su una strategia quadro per la non discriminazione e le pari opportunità per tutti", del 14 giugno 2006, n. 2005/2191(INI). Alcuni passaggi di questa risoluzione risultano particolarmente chiarificatori per comprendere il significato delle azioni positive. Al n. 8 si individuano i presupposti per la loro predisposizione: "per rimediare a disparità flagranti di natura 'endemica', 'strutturale' o 'culturale' e ripristinare quindi un equilibrio gravemente compromesso, può rivelarsi necessario in alcuni casi derogare provvisoriamente al concetto di uguaglianza incentrato sull'individuo a beneficio di una 'giustizia distributiva', incentrata invece sul gruppo, adottando in questo contesto azioni dette 'positive'"; al n. 9 il Parlamento "sottolinea che i concetti di 'azioni positive', di 'uguaglianza affermativa' e di 'giustizia distributiva' si riferiscono ad una stessa realtà, che ha il suo punto di partenza nel riconoscimento del fatto che, in alcuni casi, una lotta efficace contro la discriminazione presuppone un intervento attivo da parte delle autorità per ripristinare un equilibrio gravemente compromesso". Quanto alla loro messa in atto, le modalità sono le più varie: "il concetto di azione positiva non deve essere ridotto all'idea della quota; [...] tali azioni possono infatti concretizzarsi nei modi più diversi, quali la garanzia di colloqui d'assunzione, l'accesso prioritario a determinate formazioni che danno accesso a professioni nelle quali alcune categorie sono sottorappresentate, la diffusione di offerte di impiego in linea prioritaria verso determinate comunità o, ancora, il prendere in considerazione l'esperienza professionale anziché i soli diplomi" (n. 9); inoltre "il principio della parità di trattamento non impedisce ad uno Stato membro di mantenere o adottare iniziative specifiche volte a prevenire o compensare svantaggi connessi ad uno dei motivi di discriminazione di cui all'articolo 13 del trattato CE e [...] tali iniziative specifiche devono coprire tutti i settori nei quali si possano constatare gravi disuguaglianze, che si tratti dell'istruzione, dell'assistenza sanitaria, dell'alloggio, dell'accesso a beni e servizi o di altri settori" (n. 10).

⁹⁶ Azioni positive in favore dei gruppi etnici sono state predisposte soprattutto negli Stati Uniti, dove si è sviluppato un ampio dibattito in proposito. In merito cfr., tra gli altri, M. AINIS, *Cinque regole per le azioni positive*, in *Quaderni Cost.*, 1999, p. 359 ss.; A. D'ALOIA, *Eguaglianza sostanziale e diritto*

uguaglianza⁹⁷ che, come tale, dovrà essere temporanea⁹⁸ ed essere rigorosamente motivata da una situazione di svantaggio tale da non poter essere eliminata con i normali strumenti della parità di trattamento. Lo svantaggio o sottorappresentazione sul quale si fondano le azioni positive fa riferimento, di norma, ad un pregiudizio subito nel passato, al quale si intende rimediare; la formulazione dell'articolo 7 della direttiva è più ampia, poiché consente di predisporre misure specifiche dirette sia a *compensare*, sia ad *evitare* svantaggi, ovvero a rimuovere situazioni attualmente sfavorevoli per gli appartenenti ad un determinato gruppo, o addirittura a prevenirle⁹⁹.

Al di là di alcune caratteristiche comuni ai diversi ordinamenti giuridici, le azioni positive sono state, poi, variamente interpretate ed attuate. Semplificando, si può affermare che esse oscillano tra due estremi: il perseguimento dell'uguaglianza dei punti di partenza, da un lato, e quello della parità dei punti d'arrivo, dall'altro¹⁰⁰. Le azioni positive possono essere intese, in altre parole, come interventi per assicurare pari opportunità (specie nell'accesso al lavoro), oppure come misure preferenziali in senso forte, che tendono non tanto all'uguaglianza delle *chances*, ma al raggiungimento di un risultato preciso per il gruppo svantaggiato (esempio classico: le quote per l'occupazione

diseguale. Contributo allo studio delle azioni positive nella prospettiva costituzionale, Padova, Cedam, 2002, p. 127 ss.; M.V. BALLESTRERO, *Eguaglianza e nuove differenze nel diritto del lavoro*, cit. p. 505 ss.; M. CAIELLI, *Le azioni positive nel costituzionalismo contemporaneo*, cit., p. 55 ss.; a questi scritti si rinvia anche per ulteriori riferimenti bibliografici.

⁹⁷ M. CAIELLI, *Le azioni positive nel costituzionalismo contemporaneo*, cit., p. 9 ss.

⁹⁸ La temporaneità delle azioni positive, valide solo fino a che non risulti rimossa la situazione di svantaggio, non è esplicitamente affermata né dall'art. 141 TCE né dalla giurisprudenza della Corte di giustizia in materia di "affirmative action" per l'impiego femminile; tuttavia essa è insita nel concetto di sottorappresentazione, che costituisce il presupposto per la predisposizione delle azioni positive: è naturale che, una volta ripristinata una pari presenza delle categorie dei lavoratori, mancherà la motivazione per continuare a mantenere le misure preferenziali. In tema P. CHIECO, *Le nuove direttive comunitarie sul divieto di discriminazione*, cit., p. 114; S. SCARPONI, E. STENICO, *Le azioni positive: le disposizioni comunitarie, le luci e le ombre della legislazione italiana*, in M. BARBERA (a cura di), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio: il quadro comunitario e nazionale*, cit., p. 427 ss.

⁹⁹ M. DE VOS, *Beyond Formal Equality. Positive Action under Directives 2000/43/EC and 2000/78/EC*, cit., p. 28 ss.; K. HENRARD, *Equal Rights versus Special Rights? Minority Protection and the Prohibition of Discrimination*, Luxembourg, European Communities, 2007, p. 29; S. SCARPONI, E. STENICO, *Le azioni positive: le disposizioni comunitarie, le luci e le ombre della legislazione italiana*, cit., p. 423 ss.

¹⁰⁰ In mezzo a questi due estremi, individua varie possibilità di azioni positive M. DE VOS, *Beyond Formal Equality. Positive Action under Directives 2000/43/EC and 2000/78/EC*, p. 11 ss.; sulla classificazione delle azioni positive cfr. anche M. CAIELLI, *Le azioni positive nel costituzionalismo contemporaneo*, cit., p. 3 ss.; O. DE SCHUTTER, *Positive Action*, cit., p. 757 ss.

femminile)¹⁰¹. Quest'ultima lettura è, peraltro, assai contestata, poiché presuppone un'incisiva deroga al principio di uguaglianza formale e la messa in atto di politiche promozionali in favore delle categorie svantaggiate, che possono tradursi in privilegi sproporzionati per alcuni gruppi (e solo per quelli destinatari delle azioni positive)¹⁰².

Le diverse sfaccettature del concetto in esame e la mancanza di una interpretazione condivisa da tutti gli Stati membri spiegano la scelta di non inserire una definizione dettagliata nelle direttive, ma di indicare una nozione sfumata, adattabile sia alle caratteristiche dei diversi ordinamenti europei, sia a tutti i fattori di discriminazione considerati dalla direttiva 2000/78¹⁰³. Il legislatore comunitario ha lasciato, perciò, ampi spazi agli Stati membri nella scelta delle misure promozionali. Non solo: la discrezionalità degli Stati è massima anche sulla possibilità stessa di porre in essere le azioni positive¹⁰⁴. In

¹⁰¹ Su questo tema, oltre agli autori citati *supra*, cap. I, nota 133, cfr. M. ROCCELLA, *La Corte di Giustizia e il diritto del lavoro*, cit., p. 153 ss.; A. D'ALOIA, *Eguaglianza sostanziale e diritto diseguale*, cit., p. 108 ss.; D. IZZI, *Eguaglianza e differenze nei rapporti di lavoro*, cit., p. 223 ss.

¹⁰² M. CARTABIA, *Le azioni positive come strumento del pluralismo?*, in R. BIN, C. PINELLI, *I soggetti del pluralismo nella giurisprudenza costituzionale*, Torino, Giappichelli, 1996, p. 67 ss.; M. CAIELLI, *Le azioni positive nel costituzionalismo contemporaneo*, cit., p. 5 ss.; la dottrina individua, in proposito, determinate caratteristiche che le azioni positive debbono possedere per non mutarsi in illeciti privilegi: in particolare debbono essere proporzionate, irretroattive, temporanee, motivate, proprio perché si tratta di eccezioni ad un principio fondamentale come quello di uguaglianza (in tal senso, chiaramente, M. AINIS, *Cinque regole per le azioni positive*, cit., p. 368 ss.; più in dettaglio, A. D'ALOIA, *Eguaglianza sostanziale e diritto diseguale*, cit., p. 287 ss., anche per ulteriori riferimenti bibliografici).

¹⁰³ M. DE VOS, *Beyond Formal Equality*, cit., p. 29 ss.

¹⁰⁴ Cfr., tra gli altri, O. DE SCHUTTER, *Positive Action*, cit., p. 821 ss. Secondo l'A., sebbene le direttive non sanciscano un obbligo di predisporre le azioni positive, queste risultano quantomeno consigliate e promosse da alcuni atti internazionali dei quali gli Stati dell'Unione sono firmatari (atti che – è da ricordare – costituiscono un elemento per la ricostruzione delle tradizioni costituzionali comuni in materia di diritti umani) e, in alcune occasioni, persino richieste nell'ambito dell'impegno a combattere la discriminazione sottoscritto dalle parti. Ad esempio, l'art. 2.2 della Convenzione ONU sull'Eliminazione della Discriminazione Razziale prevede che "States Parties shall, when the circumstances so warrant, take, in the social, economic, cultural and other fields, *special and concrete measures* to ensure the adequate development and protection of certain racial groups or individuals belonging to them, for the purpose of guaranteeing them the full and equal enjoyment of human rights and fundamental freedoms [...]"; analogamente dispone l'art. 4 della Convenzione quadro del 1995 del Consiglio d'Europa sulla protezione delle minoranze, relativa, tuttavia, ad una categoria particolare di gruppi svantaggiati e destinatari delle misure preferenziali, appunto le minoranze nazionali. È interessante notare che quest'ultima convenzione non è stata ratificata dalla Francia: ciò evidenzia il peculiare approccio di questo Paese alle problematiche delle diversità etniche, culturali e religiose (cfr. *infra*, cap. IV, par. 3) e mette in luce la non unanimità degli Stati dell'Unione nelle decisioni in materia (a tal proposito, come già notato, è comprensibile la formulazione vaga e "prudente" dell'art. 22 della Carta di Nizza sulla tutela delle diversità: cfr. *supra*, cap. I, par. 3.2). Si può, dunque, affermare che se esiste una tradizione costituzionale comune relativa alla possibilità di impiegare misure positive per combattere le discriminazioni, non esiste, tuttavia, alcun obbligo in tal senso e neppure le Convenzioni internazionali possono imporre agli

base all'articolo 7 della direttiva, infatti, la realizzazione di tali azioni resta eventuale e non obbligatoria; il senso di tale norma sembra, piuttosto, quello di autorizzare gli Stati a mettere in atto misure derogatorie del divieto di discriminazione, quando siano funzionali alla rimozione di svantaggi per determinate categorie sociali¹⁰⁵. Si può ben comprendere la scelta di non imporre agli Stati la messa in atto di interventi che – è bene evidenziarlo ancora una volta – non sempre sono pacificamente ammessi e che, specie per alcune situazioni di svantaggio, come quelle derivanti dall'origine etnica o dall'appartenenza religiosa, presuppongono politiche orientate verso la promozione delle minoranze ed il multiculturalismo¹⁰⁶. In ogni caso, la norma sulle azioni positive – ora pienamente legittimate ed estese a tutti gli ambiti di discriminazione contemplati dalle direttive del 2000 – costituisce un segno dell'affermazione di un “nuovo diritto antidiscriminatorio”, più decisamente orientato verso la tutela dell'uguaglianza sostanziale (diversamente da quanto possa apparire dalla formulazione dell'art. 2, par. 1, di cui si è già detto)¹⁰⁷. Si potrebbe, comunque, scorgere in queste disposizioni una linea di tendenza che, sebbene non obbligatoria per gli Stati, non potrà non influenzarne le politiche volte a garantire una effettiva uguaglianza.

Quanto al fattore religioso, la predisposizione di trattamenti differenziati può essere diversamente interpretata. Parte della dottrina li ritiene legittimi solo a determinate condizioni, e cioè quando finalizzati a rimuovere effettivi svantaggi e ad eliminare gli ostacoli – parafrasando l'art. 3, secondo comma, della Costituzione italiana – che pregiudicano la partecipazione alla vita sociale o al mercato del lavoro¹⁰⁸. La medesima opinione dottrinale sostiene, di

Stati la predisposizione di azioni positive, limitandosi soltanto ad impegnarli ad una maggiore attenzione per le necessità dei gruppi svantaggiati.

¹⁰⁵ M. DE VOS, *Beyond Formal Equality*, cit., p. 28.

¹⁰⁶ Sui diversi approcci al multiculturalismo ed alle azioni positive, specialmente con riferimento agli Stati esaminati nei capitoli successivi, si vedano, oltre agli autori citati alle note precedenti, N. COLAIANNI, *Eguaglianza e diversità culturali e religiose*, Il Mulino, Bologna, 2006; A. FACCHI, *I diritti nell'Europa multiculturale*, Roma-Bari, Laterza, 2004, p. 11 ss.; M. WALZER, *Sulla tolleranza*, Laterza, 2000, p. 53 ss.; M. DOYTCHEVA, *Le multiculturalisme*, Paris, La Découverte, 2005, spec. p. 48 ss.; K. HENRARD, *Equal Rights versus Special Rights? Minority Protection and the Prohibition of Discrimination*, cit.. La scelta di predisporre misure positive dipende anche dalla lettura nazionale del principio di uguaglianza e dall'uso più o meno ampio che viene fatto della declinazione in senso sostanziale di questo principio: cfr. M. AINIS, *Cinque regole per le azioni positive*, cit., p. 367.

¹⁰⁷ V. *supra*, par. 2.

¹⁰⁸ Così P. BELLOCCHI, *Pluralismo religioso, discriminazioni ideologiche e diritto del lavoro*, cit., p. 212 ss. Peraltro, stando a quanto affermato dalla dottrina italiana, è la logica stessa delle azioni positive che mira a rimediare ad una situazione di svantaggio, senza mai tradursi, invece, in misure che

conseguenza, che le azioni positive così descritte sono difficilmente applicabili al fatto religioso considerato singolarmente: la religione, infatti, sarebbe incapace di generare di per sé situazioni svantaggiose nell'ambito dell'impiego, provocate, piuttosto, dall'appartenenza etnica e nazionale, eventualmente collegata a quella religiosa¹⁰⁹. Ad esempio, si potrà facilmente individuare un ostacolo nell'accesso al lavoro, tale da richiedere un'azione positiva, per gli immigrati di religione islamica, la cui appartenenza confessionale, sommandosi a particolari caratteristiche nazionali od etniche, determina uno svantaggio; probabilmente non soffriranno lo stesso pregiudizio i cittadini italiani musulmani: la loro religione da sola non sarà sufficiente a causare un'esclusione dal mercato del lavoro.

È vero, però, che l'articolo 7 della direttiva 2000/78 amplia la possibilità di mettere in atto le azioni positive in tutti gli ambiti considerati dalla medesima, e non solo nella regolamentazione dell'accesso al lavoro, luogo classico di tali interventi. Ad esempio, con riferimento alle condizioni di lavoro si potranno agevolmente individuare situazioni di sfavore collegate alla religione – e solo ad essa –, per evitare le quali uno Stato potrà scegliere di intervenire con misure specifiche: si pensi al pregiudizio che potrebbe derivare per avventisti ed ebrei da una prassi aziendale che attribuisse una retribuzione maggiore ai dipendenti disposti a lavorare il sabato. Con un'azione positiva, in questo caso, si potrebbe decidere un trattamento specifico che consenta ai dipendenti di osservare il

attribuiscono privilegi ingiustificati ad alcune categorie di cittadini. Di conseguenza, generalmente si ammette che la realizzazione di azioni positive debba rispondere a determinati criteri e che incontri limitazioni. Cfr., *ex multis*, M. CARTABIA, *Le azioni positive come strumento del pluralismo?*, cit., *passim*; M. AINIS, *Cinque regole per le azioni positive*, cit., p. 363 ss.; A. D'ALOIA, *Eguaglianza sostanziale e diritto diseguale*, cit., p. 287 ss.; per quanto riguarda le misure promozionali relative alla dimensione religiosa, è stato sottolineato la necessità di predisporle nel rispetto del principio di laicità: così G. DI COSIMO, *Coscienza e Costituzione*, Milano, Giuffrè, 2000, p. 170 ss.

¹⁰⁹ P. BELLOCCHI, *Pluralismo religioso, discriminazioni ideologiche e diritto del lavoro*, cit., p. 212 ss. Ad esempio, secondo l'A., i musulmani non sarebbero di per sé un "gruppo sociale svantaggiato", ma si troverebbero in situazione sfavorevole solo quei musulmani appartenenti alle comunità di immigrati. Se in linea di principio si può concordare con questa affermazione, tuttavia essa appare ancorata alla lettura delle azioni positive come misure di promozione dell'impiego femminile. Il parallelismo con la religione è, allora, certamente difficile, come difficile è individuare un gruppo religioso sottorappresentato nel campo del lavoro, tale da giustificare una normativa di favore; si aggiunga, poi, che in quest'ottica, non avendo a disposizione statistiche ufficiali sull'appartenenza religiosa, né dichiarazioni rese dai lavoratori, diventa ancora più complesso rintracciare i soggetti che hanno accesso più difficilmente all'impiego. In proposito M. CARTABIA, *Le azioni positive*, cit., p. 75, ha notato come la giurisprudenza statunitense, che si è misurata da tempo sui problemi delle "affirmative actions", ha fatto spesso uso di statistiche per provare la situazione di svantaggio e motivare un'azione positiva.

sabato festivo e di accedere ugualmente a maggiori retribuzioni, calcolate sulla base del lavoro svolto in altri giorni della settimana.

È evidente che, se le “misure specifiche” di cui all’art. 7 della direttiva vengono intese come interventi promozionali in favore dei gruppi religiosamente connotati, si determinerà un impegno a tutelare in modo ampio le minoranze religiose nell’ambiente di lavoro¹¹⁰. Simili interventi, se interpretati in senso forte, potrebbero avere effetti dirompenti sulla tutela delle diversità religiose, problema centrale nei dibattiti sul multiculturalismo¹¹¹. Appare, dunque, pienamente logica la scelta del legislatore comunitario di non obbligare, ma di rinviare agli Stati membri ogni decisione sull’opportunità delle azioni positive e sulla tipologia di interventi e di politiche da mettere in atto per la promozione dell’uguaglianza e delle diversità¹¹².

La piena libertà data agli Stati nella gestione delle misure in questione si collega anche alla volontà del legislatore europeo di non interferire con le politiche nazionali relative alle minoranze religiose: quando si predispone un’azione positiva, per rimuovere gli svantaggi di porzioni di cittadini in base alla religione, è chiaro che si finisce per intervenire sullo status delle confessioni religiose. In questo campo, è bene ricordarlo, l’Unione europea non solo non possiede la competenza ad agire, ma ha altresì ribadito che la sua legislazione non dovrà influire sullo status nazionale delle chiese e delle organizzazioni religiose e filosofiche¹¹³; conseguenza che si sarebbe potuta determinare nel caso si fosse sancito un vero e proprio obbligo per gli Stati di predisporre azioni positive in materia religiosa.

¹¹⁰ Sottolineano la logica della “giustizia di gruppo” che starebbe alla base delle azioni positive, tra gli altri, K. HENRARD, *Equal Rights versus Special Rights?*, cit., p. 29 ss; M. BELL, L. WADDINGTON, *Diversi eppure eguali: riflessioni sul diverso trattamento delle discriminazioni nella normativa europea in materia di eguaglianza*, cit., p. 380 ss., ove si sottolinea anche la cautela che la Corte di giustizia ha mostrato finora nell’interpretare tali concetti.

¹¹¹ Cfr. gli autori citati alla nota 106 e, sulla presenza degli aspetti religiosi in tale dibattito, A.G. CHIZZONITI, *Multiculturalismo, libertà religiosa e norme penali*, in G. DE FRANCESCO, C. PIEMONTESE, E. VENAFRO (a cura di), *Religione e religioni: prospettive di tutela, tutela della libertà*, Torino, Giappichelli, 2007, p. 29 ss.; C. CARDIA, *Principi di diritto ecclesiastico. Tradizione europea, legislazione italiana*, Torino, Giappichelli, 2005, p. 184 ss.; R. BOTTA, *Manuale di diritto ecclesiastico*, Torino, Giappichelli, 1998², p. 24 ss.; G. SARTORI, *Pluralismo, multiculturalismo e estranei: saggio sulla società multi-etnica*, Milano, Rizzoli, 2002 (n.e.); A. E. GALEOTTI, *Multiculturalismo: filosofia politica e conflitto identitario*, Napoli, Liguori, 1999, spec. p. 19 ss.

¹¹² M. BELL, L. WADDINGTON, *Diversi eppure eguali*, cit., p. 380. Un obbligo per gli Stati di prevedere le azioni positive non è stato previsto – nella legislazione e nella giurisprudenza della Corte di giustizia – neppure per i casi di svantaggio legato al sesso. Cfr. K. HENRARD, *Equal Rights versus Special Rights?*, cit., p. 31.

¹¹³ In proposito *supra*, cap. I, par. 3.1.

3. Le eccezioni al divieto di discriminazione religiosa

3.1. L'art. 4 della direttiva 2000/78: requisiti per l'attività lavorativa ed eccezioni per le organizzazioni di tendenza

Accanto ai divieti di discriminazione religiosa, il legislatore comunitario ha stabilito alcune eccezioni al divieto di discriminazione: queste dovranno riguardare casi specifici e “strettamente limitati” (preambolo, *considerant* n. 23), al fine di rispettare il principio fondamentale di non discriminazione e di non eludere i divieti fissati dalle direttive.

L'articolo 4 della direttiva 2000/78, rubricato “Requisiti per lo svolgimento dell'attività lavorativa” prevede due tipi di deroghe al divieto di discriminazione¹¹⁴: il primo paragrafo consente un trattamento differenziato fondato sulla religione – e sugli altri fattori di cui all'art. 1 –, quando questi costituiscano qualità determinanti per lo svolgimento di una determinata mansione¹¹⁵; il secondo stabilisce eccezioni al principio di parità di trattamento quando il trattamento differenziato – fondato, in questo caso, solo sulla religione o sulle convinzioni personali – sia messo in atto dalle chiese o da “altre organizzazioni pubbliche o private la cui etica è fondata sulla religione o sulle convinzioni personali”¹¹⁶, in altre parole, dalle cosiddette “organizzazioni di

¹¹⁴ In generale sull'articolo 4 si vedano: 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. 905 ss.; 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, pp. 25 ss.; N. FIORITA, *Le direttive comunitarie in tema di lotta alla discriminazione, la loro tempestiva attuazione e l'eterogenesi dei fini*, cit., p. 366 ss.; M. AIMO, *Le discriminazioni basate sulla religione e le convinzioni personali*, cit., p. 61 ss.; G. DE SIMONE, *Dai principi alle regole*, cit., p. 100 ss.; M.F. FERNÁNDEZ LÓPEZ, F.J. CALVO GALLEGO, *La directiva 78/2000/CE y la prohibición de discriminación por razones ideológicas*, cit., p. 139 ss.

¹¹⁵ Art. 4, par. 1: “Fatto salvo l'articolo 2, paragrafi 1 e 2, gli Stati membri possono stabilire che una differenza di trattamento basata su una caratteristica correlata a una qualunque dei motivi di cui all'articolo 1 non costituisca discriminazione laddove, per la natura di un'attività lavorativa o per il contesto in cui essa viene espletata, tale caratteristica costituisca un requisito essenziale e determinante per lo svolgimento dell'attività lavorativa, purché la finalità sia legittima e il requisito proporzionato”.

¹¹⁶ Art. 4, par. 2: “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 in virtù delle quali, nel caso di attività professionali di chiese o di altre organizzazioni pubbliche o private la cui etica è fondata sulla religione o sulle convinzioni personali, una differenza di trattamento basata sulla religione o sulle convinzioni personali non costituisca discriminazione laddove, per la natura di tali attività, o per il contesto in cui vengono espletate, la religione o le convinzioni personali rappresentino un requisito essenziale, legittimo e giustificato per lo svolgimento dell'attività lavorativa, tenuto conto dell'etica dell'organizzazione. Tale differenza di trattamento si applica

tendenza”¹¹⁷. Come si è già osservato, la logica dei divieti di discriminazione è quella di ignorare le differenze, ovvero di agire, nei vari momenti di un rapporto di lavoro, prescindendo dai fattori di diversità elencati nell’articolo 1 della direttiva; l’articolo 4, al contrario, riconosce al datore di lavoro il diritto di operare una scelta proprio in base a tali caratteristiche.

Il paragrafo 1 si riferisce ai casi in cui uno dei fattori di cui all’art. 1 della direttiva (nel nostro caso la religione) costituisca, stante la natura di un’attività lavorativa o il contesto in cui viene espletata, un requisito necessario per il suo svolgimento (nella formulazione inglese: un “*genuine occupational requirement*”). La religione potrà essere considerata come presupposto per il corretto adempimento di una mansione, così da giustificare, ad esempio, l’assunzione di soli musulmani in una macelleria che praticherà la macellazione rituale secondo la religione islamica¹¹⁸. La direttiva si preoccupa, ad ogni modo, di subordinare una simile disparità di trattamento al verificarsi di alcune condizioni: il connotato religioso deve essere “essenziale e determinante” per lo svolgimento dell’attività lavorativa e proporzionato rispetto al fine perseguito; quest’ultimo, inoltre, deve essere legittimo. La proporzionalità del requisito è un criterio particolarmente importante, attraverso il quale si è inteso stabilire un equilibrio tra la deroga al principio di uguaglianza ed il fine da raggiungere; in altre parole, si dovrà dimostrare che il sacrificio dei diritti dei lavoratori (specie il diritto alla

tenuto conto delle disposizioni e dei principi costituzionali degli Stati membri, nonché dei principi generali del diritto comunitario, e non può giustificare una discriminazione basata su altri motivi. A condizione che le sue disposizioni siano d’altra parte rispettate, la presente direttiva non pregiudica pertanto il diritto delle chiese o delle altre organizzazioni pubbliche o private la cui etica è fondata sulla religione o sulle convinzioni personali, e che agiscono in conformità delle disposizioni costituzionali e legislative nazionali, di esigere dalle persone che sono alle loro dipendenze un atteggiamento di buona fede e di lealtà nei confronti dell’etica dell’organizzazione”.

¹¹⁷ La tutela della “tendenza” (“*Tendenzbetrieb*”) si sviluppa nell’ordinamento tedesco (in merito cfr. E. FREY, *Der Tendenzbetrieb Im Recht der Betriebsverfassung und des Arbeitsverhältnisses*, Heidelberg, 1959; per una ricostruzione delle dottrine in tema: 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.; F. SANTONI, *Le organizzazioni di tendenza e i rapporti di lavoro*, Milano, Giuffrè, 1983, p. 4 ss.). Nella dottrina italiana, vid. le monografie di F. SANTONI, *op. ult. cit.*; M.G. MATTAROLO, *Il rapporto di lavoro subordinato nelle organizzazioni di tendenza*, Padova, Cedam, 1983; A. DE SANTIS RICCIARDONE, *L’ideologia nei rapporti privati*, Napoli, Jovene, 1980); sul concetto di “organizzazione di tendenza” cfr. anche M. PEDRAZZOLI, *Aziende di tendenza*, in *Dig. disc. priv.*, sez. comm., vol. II, Torino, 1987, p. 107 ss.; R. BOTTA, *Rapporti di lavoro in diritto ecclesiastico*, in *Dig. disc. priv.*, sez. civ., XVI, Torino, 1997, p. 261 ss.; V. PACILLO, *Contributo allo studio del diritto di libertà religiosa nel rapporto di lavoro subordinato*, cit., p. 227 ss.

¹¹⁸ In tema A. ROCCELLA, *Macellazione e alimentazione*, in S. FERRARI (a cura di), *Musulmani in Italia. La condizione giuridica delle comunità islamiche*, Bologna, Il Mulino, 2000, p. 203.

parità e a non essere discriminati) non sia “sproporzionato”, eccessivo, rispetto all’esigenza del corretto svolgimento di una determinata mansione¹¹⁹. Questo fa sì che le deroghe all’uguaglianza non siano utilizzate oltre misura, ma solo quando ciò sia veramente essenziale al perseguimento di un determinato fine; le necessità dell’azienda debbono essere, quindi, bilanciate con la tutela della libertà del lavoratore e non limitarla eccessivamente. La proporzionalità richiede, in definitiva, che il requisito professionale non si trasformi in un controllo della vita dei dipendenti su aspetti che non riguardano l’attività lavorativa e che non si imponga – come ha efficacemente notato Francesco Onida – come “un generale appiattimento della vita del lavoratore sulla concezione e sui canoni lavorativi dell’impresa”¹²⁰.

Il paragrafo 2 dell’articolo 4 contiene una deroga che riguarda esclusivamente il fattore religioso. In esso si stabilisce che gli Stati membri possono mantenere in vigore norme in base alle quali “nel caso di attività professionali di chiese o di altre organizzazioni pubbliche o private la cui etica è fondata sulla religione o sulle convinzioni personali, una differenza di trattamento basata sulla religione o sulle convinzioni personali non costituisca discriminazione laddove, per la natura di tali attività, o per il contesto in cui vengono espletate, la religione o le convinzioni personali rappresentino un requisito essenziale, legittimo e giustificato per lo svolgimento dell’attività lavorativa, tenuto conto dell’etica dell’organizzazione”. Si tratta, anche in questo caso di “*genuine occupational requirements*”, disciplinati, tuttavia, in modo diverso rispetto a quelli sopra analizzati, in forza della loro applicazione alle “attività professionali di chiese o di altre organizzazioni la cui etica è fondata sulla religione o sulle convinzioni personali”. A questo proposito, occorre delineare meglio il quadro di riferimento della deroga *ex art.* 4.2 della direttiva.

Se è indubbio che il termine “chiesa” si riferisce qui non soltanto alle chiese tradizionalmente intese (quelle cristiane), ma anche alle comunità religiose *lato sensu*¹²¹, più incerta è la definizione delle altre organizzazioni cui si

¹¹⁹ 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. 905 ss.; P. CHIECO, *Le nuove direttive comunitarie sul divieto di discriminazione*, cit., p. 81 ss.

¹²⁰ F. ONIDA, *Il problema delle organizzazioni di tendenza nella direttiva 2000/78/EC*, cit., p. 907.

¹²¹ M.F. FERNÁNDEZ LÓPEZ, F.J. CALVO GALLEGU, *La direttiva 78/2000/CE y la prohibición de discriminación por razones ideológicas*, cit., p. 145 ss.

rivolge la norma in esame¹²². La direttiva indica un insieme piuttosto vago di enti la cui “etica” è ispirata dalla religione o dalle convinzioni personali. Ritroviamo qui il binomio “religione/convinzioni”, riguardo al quale si ripropongono i problemi già esposti in merito all’art. 1 della direttiva. In dottrina è stato notato che, a seconda dell’interpretazione dei termini dell’articolo 1, allo stesso modo verrà inteso il concetto di “convinzione personale” in applicazione delle deroghe *ex* articolo 4¹²³. In realtà, se si guarda alla dottrina classica sulle organizzazioni di tendenza, queste sono caratterizzate non solo da una religione o da una convinzione filosofica assimilabile ad una religione, ma anche da ideologie politiche, sindacali o di altro tipo¹²⁴. In modo ampio potrebbe essere interpretato anche il termine “etica”, la cui indeterminatezza apre le porte ad una dilatazione dell’insieme delle organizzazioni destinatarie della norma in esame¹²⁵. D’altra parte, l’uso del termine “etica” nella direttiva è stato proposto dagli esperti inglesi, con riferimento all’utilizzo che ne viene fatto in tale ordinamento per indicare genericamente la “tendenza” e per individuare tutte le organizzazioni che, nel mettere in atto un’attività professionale, si ispirano ad un’ideologia o ad un orientamento, di qualunque genere¹²⁶. In realtà, l’applicazione più o meno ampia della deroga in esame, nonché l’individuazione delle categorie di organizzazioni che ne beneficeranno, non potrà che dipendere, come previsto dallo stesso art. 4.2, dalle tradizioni e dalle norme in vigore nei singoli Stati

¹²² M. AIMO, *Le discriminazioni basate sulla religione*, cit., p. 67, che ricorda anche come la proposta di direttiva presentata dalla Commissione (COM 1999/565 def.) circoscriveva l’applicazione di deroghe al divieto di discriminazione alle sole “organizzazioni pubbliche e private che perseguono direttamente ed essenzialmente uno scopo di guida ideologica nel campo della religione e delle convinzioni personali relativamente all’istruzione, all’informazione e all’espressione delle opinioni, nonché per le attività lavorative particolari svolte nel loro seno che vi siano direttamente ed essenzialmente collegate”.

¹²³ M.F. FERNÁNDEZ LÓPEZ, F.J. CALVO GALLEGÓ, *La directiva 78/2000/CE y la prohibición de discriminación por razones ideológicas*, cit., pp. 148-149. Sulla questione della definizione di “religione” e convinzioni personali cfr. *supra*, par. 2.1.

¹²⁴ M. PEDRAZZOLI, *Aziende di tendenza*, cit., p. 108 ss.; F. SANTONI, *Le organizzazioni di tendenza e i rapporti di lavoro*, cit., p. 47 ss.

¹²⁵ A. VISCOMI, *Lavoro e «tendenza» nelle fonti internazionali e comunitarie*, cit., pp. 31-32.

¹²⁶ Il significato britannico di “*ethos*” – che pare equivalente a quello ampio di ideologia o di “tendenza” – emerge dai dibattiti parlamentari in merito alle direttive: HOUSE OF LORDS, *Lords Hansard*, vol. n. 614, part 115, debate 30 June 2000, c. 1187 ss. (consultabili online all’indirizzo: www.publications.parliament.uk/pa/pahansard.htm); per un inquadramento generale del tema nel Regno Unito cfr. VICKERS L., *Freedom of Religion and the Workplace: The Draft Employment Equality (Religion or Belief) Regulations 2003*, in *Industrial Law Journal*, 2003, n. 1, p. 28 ss.; sul ruolo dei negozianti britannici nella redazione dell’art. 4.2 della direttiva si v. A. MCCOLGAN, *Discrimination law: text, cases and materials*, Oxford, Hart, 2005, p. 664 ss.

membri¹²⁷. A questo proposito, e a conferma di quanto appena osservato, si deve ricordare che la direttiva opera un ampio rinvio alle legislazioni nazionali ad essa preesistenti: stabilisce, infatti, che gli Stati potranno mantenere le disposizioni in materia già in vigore o prevedere nuove norme in favore delle organizzazioni di tendenza, purché riprendano le prassi nazionali in atto alla data di emanazione della direttiva. Il legislatore comunitario, nel lasciare agli Stati la possibilità di disciplinare la materia in base alle tradizioni nazionali, ha quindi delimitato nel tempo la possibilità di stabilire eccezioni al principio di parità di trattamento, in linea con quanto dichiarato nel preambolo, cioè che le eventuali deroghe all'uguaglianza dovranno riguardare casi strettamente limitati¹²⁸.

Occorre adesso specificare che cosa si intenda per “attività professionali” delle chiese e delle altre organizzazioni di cui all'art. 4.2. In prima battuta, si può notare che la deroga in esame non si applica all'attività *tout court* delle organizzazioni di tendenza, ma solo a quella “professionale”¹²⁹. L'art. 4.2 non stabilisce, cioè, una normativa *ad hoc* per tutto ciò che concerne le chiese e le altre organizzazioni ed i rapporti che esse intrattengono con qualsivoglia soggetto, ma riguarda esclusivamente le prestazioni di tipo lavorativo¹³⁰. In proposito, la dottrina ha segnalato due ulteriori aspetti. Il primo riguarda la mancanza di un riferimento al fine di lucro collegato alle attività delle organizzazioni di tendenza¹³¹; omissione che permette di superare ogni dubbio interpretativo – pur evidenziato in passato – circa la possibilità di estendere la protezione della “tendenza” agli enti che avessero scopi di lucro, oltre ad essere

¹²⁷ L'articolo in questione precisa, infatti, che “tale differenza di trattamento si applica tenuto conto delle disposizioni e dei principi costituzionali degli Stati membri”.

¹²⁸ N. FIORITA, *Le direttive comunitarie in tema di lotta alla discriminazione*, cit., p. 368; secondo F. ONIDA, *Il problema delle organizzazioni di tendenza nella direttiva 2000/78/EC*, cit., p. 908, tale limite sarebbe il segnale di una sostanziale contrarietà del legislatore europeo all'inserimento delle eccezioni di cui all'art. 4.2, probabilmente imposte dalle chiese, piuttosto che volute dal legislatore.

¹²⁹ A. VISCOMI, *Lavoro e “tendenza” nelle fonti internazionali e comunitarie*, cit., p. 36 ss.

¹³⁰ A. VISCOMI, *ibidem*; M.F. FERNÁNDEZ LÓPEZ, F.J. CALVO GALLEGÓ, *La direttiva 78/2000/CE y la prohibición de discriminación por razones ideológicas*, pp. 147-148. Secondo questi ultimi AA., dall'applicazione dell'art. 4.2 restano esclusi, in particolare, i rapporti non equiparabili a prestazioni professionali, come ad esempio quelli disciplinati dal diritto interno delle confessioni religiose.

¹³¹ M.F. FERNÁNDEZ LÓPEZ, F.J. CALVO GALLEGÓ, *La direttiva 78/2000/CE y la prohibición de discriminación por razones ideológicas*, cit., p. 149; A. VISCOMI, *Lavoro e “tendenza” nelle fonti internazionali e comunitarie*, cit., pp. 30-31.

“eticamente” orientati¹³². La seconda osservazione sottolinea che la formula “attività professionale” non si riferisce soltanto ai rapporti di lavoro subordinato, ma anche alle varie tipologie di lavoro autonomo che può essere svolto in connessione con l’organizzazione di tendenza. Ciò al contrario di quanto espressamente previsto dal secondo comma dell’art. 4.2 che, parlando dell’atteggiamento di buona fede e di lealtà nei confronti dell’organizzazione, specifica che esso può essere richiesto alle persone “che sono alle dipendenze” dell’organizzazione¹³³. Questa differente formulazione confermerebbe la volontà di riferirsi, nel primo comma, all’attività professionale generalmente intesa, laddove, se si fosse voluto disciplinare solo il lavoro subordinato, si sarebbe utilizzata una disposizione analoga a quella appena citata.

Nel così individuato ambito dell’attività professionale delle chiese ed organizzazioni “di tendenza”, il legislatore comunitario consente un trattamento differenziato fondato sulla religione, che si affianca a quello previsto dal paragrafo 1 dell’art. 4. Non si tratta, come notato in dottrina¹³⁴, di una mera ripetizione o specificazione della norma sui requisiti professionali, ma di una disposizione di maggior favore per le organizzazioni confessionali ed ideologiche. Infatti, alcune delle condizioni che il paragrafo 1 pone per l’applicazione di deroghe alla parità di trattamento, non vengono riproposte – almeno non con termini così stringenti – nell’art. 4.2.

La norma in esame ammette un’eccezione al divieto di discriminazione quando si è in presenza di requisiti occupazionali fondati unicamente sulla religione o le convinzioni personali, che siano essenziali, legittimi e giustificati, tenuto conto dell’“etica” dell’organizzazione; non si richiede, invece, che siano determinanti per lo svolgimento del lavoro, né proporzionati. Quest’ultima omissione determina il venir meno di quel criterio che stabilisce un basilare equilibrio tra la libertà del lavoratore e le esigenze dell’impresa; ciò appare un problema particolarmente delicato per quanto riguarda la libertà religiosa ed il rapporto di lavoro nelle organizzazioni di tendenza. Il timore, espresso dalla dottrina, è che queste ultime mettano in atto deroghe e trattamenti differenziati in modo più ampio da ciò che risulta essenziale per lo svolgimento dell’attività

¹³² A. VISCOMI, *op. ult. cit., loc. cit.*; rileva il problema anche G. LO CASTRO, *Individuo e «insieme» nelle organizzazioni di tendenza confessionale*, cit., pp. 63-64; M. PEDRAZZOLI, *Aziende di tendenza*, cit., p. 108; con riferimenti all’ordinamento italiano G. DE SIMONE, *Dai principi alle regole*, cit., pp. 143 ss.

¹³³ A. VISCOMI, *Lavoro e “tendenza” nelle fonti internazionali e comunitarie*, cit., p. 37.

¹³⁴ M. AIMO, *Le discriminazioni basate sulla religione*, cit., p. 66; A. VISCOMI, *Lavoro e «tendenza» nelle fonti internazionali e comunitarie*, p. 38 ss.

lavorativa, anche comprimendo la libertà individuale del lavoratore¹³⁵. A questo proposito è stato notato che il problema delle organizzazioni di tendenza presenta un aspetto che riguarda, molto più che la non discriminazione, la libertà¹³⁶. Si configura, infatti, un possibile conflitto di diritti: da una parte il diritto dell'organizzazione ad ottenere che chi lavora per suo conto operi in conformità con la sua etica, dall'altra la libertà del singolo a manifestare il proprio pensiero o a condurre la propria vita in conformità alle proprie individuali convinzioni.

Resta ferma, invece, la necessità di dimostrare che la religione o le convinzioni personali costituiscano un requisito "essenziale" per la natura della mansione o per il contesto nel quale essa verrà svolta. Esigere un "*occupational requirement*" sarà, quindi, consentito se si è in presenza di un lavoro collegato con la realizzazione dei fini religiosi o ideologici dell'organizzazione, che sia rilevante per il coerente svolgimento della sua attività, oppure quando una mansione si svolga in un determinato contesto, il quale debba mettere in evidenza la "tendenza"¹³⁷. Esemplicando, in un istituto scolastico cattolico non si potrà richiedere ad un addetto alle pulizie di condividere la religione cattolica (la natura della sua attività non lo richiede), mentre lo si farà con un aspirante al posto di insegnante o di direttore dell'istituto. Anche il contesto in cui si svolge l'attività lavorativa può essere determinante ai fini della deroga: il comportamento di un lavoratore di fede diversa, sebbene l'attività non abbia rilevanza per l'ideologia dell'organizzazione, può creare "scandalo" nel contesto in cui l'attività è esercitata, e perciò giustificare un trattamento differenziato¹³⁸. Nell'esempio precedente, si potrebbe ammettere il licenziamento di un addetto alle pulizie che manifesti apertamente la sua avversità alla religione cattolica, qualora il contesto nel quale si svolge il suo lavoro (gli spazi dell'istituto scolastico, aperti al pubblico) debba essere conforme alla "tendenza" dell'organizzazione.

¹³⁵ F. ONIDA, *Il problema delle organizzazioni di tendenza nella direttiva 2000/78/EC*, cit.; N. FIORITA, *Le direttive comunitarie in tema di lotta alla discriminazione*, cit., p. 367; cfr. in proposito anche A. VISCOMI, *Lavoro e «tendenza» nelle fonti internazionali e comunitarie*, cit., p. 38.

¹³⁶ F. ONIDA, *Il problema delle organizzazioni di tendenza nella direttiva 2000/78/EC*, cit., pp. 914 ss.

¹³⁷ Così l'impostazione della dottrina e della prassi precedenti alle direttive. In merito, oltre agli autori citati alla nota 119, cfr. M. PEDRAZZOLI, *Tutela della tendenza e tendenzschutz*, in *Giornale dir. lav. e relazioni industriali*, 1987, n. 4, p. 759 ss.

¹³⁸ F. ONIDA, *Il problema delle organizzazioni di tendenza nella direttiva 2000/78/EC*, cit., p. 911.

La direttiva specifica, inoltre, che le deroghe al principio di parità *ex art.* 4.2 devono rispondere ad un requisito di legittimità e tener conto dei principi costituzionali degli Stati membri e dei principi fondamentali del diritto comunitario: si tratta di criteri generali relativi al rispetto della legge nelle condizioni contrattuali e alla conformità delle deroghe in questione ai principi fondamentali. Tra questi è sicuramente incluso il principio di non discriminazione, dal che si deduce che l'interpretazione delle eccezioni stabilite dalla direttiva non potrà mai violare i contenuti essenziali del principio di uguaglianza. Le deroghe ammesse nell'art. 4.2., non possono, inoltre, giustificare una discriminazione fondata su motivi diversi dalla religione¹³⁹. A questo proposito, è da notare che alcuni dei fattori di discriminazione vietati dalla direttiva 2000/78 possono interferire con precetti o ideologie religiose. Il caso sul quale si è più discusso riguarda il potenziale contrasto con il divieto di discriminazione fondato sull'orientamento sessuale. Alcune religioni, infatti, non permettono (o non vedono di buon occhio) l'omosessualità e di conseguenza potrebbero decidere di assumere, nelle proprie organizzazioni "eticamente" fondate, solo candidati eterosessuali¹⁴⁰. Ciò potrebbe configurare una discriminazione fondata sull'orientamento sessuale¹⁴¹, vietata dalla direttiva e non coperta dalla deroga *ex art.* 4.2. Occorre, tuttavia, notare che parte della dottrina individua nell'art. 4.1 della direttiva una norma applicabile anche alle organizzazioni di tendenza, per quanto concerne i fattori diversi dalla religione e dalle convinzioni personali, mentre l'art. 4.2 riguarda solo questi ultimi¹⁴². Se è vera questa interpretazione – se, cioè, alle organizzazioni di tendenza si possono applicare entrambi i paragrafi dell'articolo 4, e non l'art. 4.2 in via esclusiva¹⁴³ – tali organizzazioni sarebbero pienamente legittimate a mettere in atto un

¹³⁹ Cfr. N. FIORITA, *Le direttive comunitarie in tema di lotta alla discriminazione*, cit., p. 368.

¹⁴⁰ In merito L. VICKERS, *Freedom of religion and the Workplace: the draft Employment Equality (Religion or belief) Regulations 2003*, cit., p. 31.

¹⁴¹ Un caso del genere ha suscitato le critiche di alcune organizzazioni religiose, preoccupate di vedersi costrette ad assumere lavoratori che non condividano i loro principi e precetti. Nel Regno Unito, ad esempio, esse hanno fatto pressione sul governo per non accettare la compresenza dei due divieti di discriminazione in questione (religione e orientamento sessuale) nella direttiva, senza peraltro ottenere i risultati sperati (CHRISTIAN INSTITUTE, *European threat to religious freedom. A response to the European Union's proposed Employment directive*, cit.).

¹⁴² A. VISCOMI, *Lavoro e "tendenza" nelle fonti internazionali e comunitarie*, cit., pp. 38-39.

¹⁴³ Questa interpretazione sarebbe confermata dal fatto che l'impostazione seguita da queste norme non è stata quella di stabilire una disciplina *ad hoc* per le organizzazioni di tendenza, ma quella di prevedere, in loro favore, alcune deroghe all'applicazione del diritto comune: cfr. A. VISCOMI, *Lavoro e "tendenza" nelle fonti internazionali e comunitarie*, cit., p. 26 ss.

trattamento differenziato *anche* fondato sull'orientamento sessuale o su altri fattori, quando costituisca un “*genuine occupational requirement*” nei termini dell'art. 4.1.

Infine va notato che, in base al secondo comma dell'articolo 4.2, la direttiva non pregiudica il diritto delle chiese ed organizzazioni di tendenza “di esigere dalle persone che sono alle loro dipendenze un atteggiamento di buona fede e di lealtà nei confronti dell'etica dell'organizzazione”. Se criteri come la buona fede e la lealtà all'organizzazione sono “concetti elastici idonei a coniugare la natura della prestazione dovuta dal debitore con l'interesse stesso del creditore”¹⁴⁴, ovvero dell'impresa di tendenza, mi pare che in questo caso si sia stabilita la possibilità di un più ampio “controllo” sul comportamento del lavoratore, che dovrà essere conforme all'etica dell'organizzazione non soltanto quando sia richiesto un requisito occupazionale. La disciplina del dovere di lealtà presenterà molte varianti, a seconda delle tradizioni costituzionali degli Stati membri e dell'interpretazione che ne verrà data dal giudice nazionale. Anche in questo caso, infatti, si pone il problema di raggiungere un equilibrio tra la libertà individuale del lavoratore ed il bisogno da parte dell'organizzazione di affidarsi a personale che agisca in modo coerente con una data ideologia. Potranno esservi casi, ad esempio, in cui, nonostante la compatibilità ideologica al momento dell'assunzione, il lavoratore cambi religione o avviso sull'etica dell'organizzazione; oppure situazioni in cui anche il mero comportamento del lavoratore – e non soltanto la sua dichiarata condivisione di un determinato credo – sarà rilevante per garantire l'adempimento degli obblighi contrattuali e la credibilità dell'ideologia professata dall'organizzazione. L'incompatibilità sopravvenuta tra l'etica personale e l'etica dell'organizzazione può dar luogo all'interruzione del rapporto lavorativo. Tuttavia, spesso non si chiarisce – e neppure la direttiva dice alcunché in proposito – fino a che limite la conformità all'etica dell'organizzazione possa essere opposta ad un comportamento “deviante” del lavoratore; in altre parole, non si specifica quanto debba essere grave l'inosservanza dell'“etica” per giustificare un licenziamento ideologico. L'assenza del criterio di proporzionalità nell'art. 4.2, di cui si è detto, potrebbe

¹⁴⁴ Così A. VISCOMI, *Lavoro e “tendenza” nelle fonti internazionali e comunitarie*, cit., p. 36.

significare un ampliamento del controllo sulla libertà del lavoratore, solitamente fatta prevalere su quella delle organizzazioni¹⁴⁵.

3.2. Le eccezioni riguardo alla politica migratoria e la discriminazione in base alla nazionalità

L'articolo 3, che delimita il campo d'applicazione della direttiva, inserisce un'altra eccezione nel quadro in cui si attua il principio di parità: il comma 2 prevede che la direttiva 2000/78 “non riguarda le differenze di trattamento basate sulla nazionalità e non pregiudica le disposizioni e le condizioni relative all'ammissione e al soggiorno di cittadini di paesi terzi e di apolidi nel territorio degli Stati membri né qualsiasi trattamento derivante dalla condizione giuridica dei cittadini dei paesi terzi o degli apolidi interessati”. Identica previsione è stata inserita anche nella direttiva 2000/43. Questa esclusione è il riflesso delle incertezze manifestate dagli Stati membri di fronte ad un tema così delicato come quello dell'immigrazione¹⁴⁶. Si vogliono, cioè, lasciare impregiudicate le disposizioni di politica migratoria: tuttavia, mentre è comprensibile che siano fatte salve le norme sull'ingresso ed il soggiorno di terzi nel territorio dell'Unione, risulta poco condivisibile escludere dall'applicazione della direttiva il trattamento stesso dei cittadini degli Stati terzi. L'articolo 3.2, escludendo dal campo di applicazione della direttiva il trattamento basato sulla nazionalità, potrebbe indebolire anche gli altri divieti di discriminazione, soprattutto quello fondato sulla razza, sancito dalla direttiva 2000/43, e sulla religione, poiché tali cause di discriminazione si sovrappongono molto spesso¹⁴⁷. La disposizione in esame, peraltro, contrasta con quanto stabilito all'art. 3, paragrafo 1, in base al quale le direttive si applicano “a tutte le persone” e con il preambolo di entrambe le direttive (“considerando” n. 12 della dir. 2000/78 e n. 13 della dir.

¹⁴⁵ Così almeno per quanto riguarda l'Italia. In merito si rinvia al cap. III, par. 4.2; fin d'ora cfr. N. FIORITA, *Le direttive comunitarie in tema di lotta alla discriminazione*, cit., p. 373; F. ONIDA, *Il problema delle organizzazioni di tendenza nella direttiva 2000/78/EC...*, cit., p. 915 ss.; v. anche M. PEDRAZZOLI, *Aziende di tendenza*, cit., p. 109, che richiama la rilevanza che può avere l'art. 2 della Costituzione italiana, ove si afferma la tutela dell'individuo nelle formazioni sociali. Per una riflessione sul punto, ed alcuni esempi, cfr. anche L. VICKERS, *Freedom of religion and the Workplace: the draft Employment Equality (Religion or belief) Regulations 2003*, cit., p. 23 ss.

¹⁴⁶ M. BELL, *Anti-discrimination Law and the European Union*, cit., p. 55 ss.

¹⁴⁷ Cfr. M. BARBERA, *Eguaglianza e differenza nella nuova stagione del diritto antidiscriminatorio comunitario*, cit., p. 405. Sulle sovrapposizioni tra discriminazione razziale, religiosa ed etnica cfr. *supra*, par. 1.2.

2000/43), ove si afferma che i divieti di discriminazione dovrebbero applicarsi – in via di principio – anche nei confronti dei cittadini degli Stati terzi. I cittadini degli Stati terzi restano, ancora una volta, privi di taluni diritti attribuiti ai cittadini europei; non solo dei diritti di cittadinanza, ma anche di quelli derivanti dal principio di parità¹⁴⁸. Peraltro, per quanto riguarda la religione, occorre notare che sono proprio gli immigrati a subire con maggiore frequenza forme di discriminazione in tal senso¹⁴⁹, anche perché l’immigrazione appare la causa principale della differenziazione religiosa dell’Europa negli ultimi decenni¹⁵⁰.

4. Meccanismi di tutela dalla discriminazione. Le novità introdotte dalle direttive del 2000

Le direttive del 2000 non si limitano a vietare la discriminazione, a formulare definizioni e a stabilire parametri in materia, che siano validi per tutti gli Stati dell’UE, ma indicano anche alcune modalità per realizzare effettivamente la tutela antidiscriminatoria. Si possono distinguere, a questo proposito, due insiemi di norme: quelle relative alle misure di prevenzione della discriminazione (artt. 13 e 14 della dir. 2000/78 e artt. 11, 12 e 13 della dir. 2000/43) e quelle relative ai rimedi, con specifici mezzi di ricorso e di protezione delle vittime. In proposito, si è notato che le norme che sanciscono l’illegittimità di atti o patti discriminatori, sarebbero di ben poca utilità a chi subisce la discriminazione, se non fossero accompagnate da meccanismi riparatori e/o preventivi¹⁵¹. La garanzia di essere liberi da discriminazioni

¹⁴⁸ Cfr. M. BELL, *Meeting the Challenge? A comparison between the EU Racial Equality Directive and the Starting Line*, cit., p. 30 ss.; S. FREDMAN, *Equality: a new generation?*, cit., p. 160; T. HERVEY, *Putting Europe’s House in order: Racism, Race Discrimination and Xenophobia after the Treaty of Amsterdam*, in D. O’KEEFFE, P. TWOMEY (eds.), *Legal issues of the Amsterdam Treaty*, Oxford-Portland, Hart, 1999, p. 329 ss.

¹⁴⁹ V. il rapporto dell’ENAR, *Combating Religious and Ethnic Discrimination in Employment*, cit., pag. 4: “Third country nationals, migrants, asylum seekers, undocumented migrants, Geneva Convention refugees, and members of ethnic as well as religious minorities are vulnerable to racial, ethnic and religious discrimination. Membership in the groups specified can of course overlap. People vulnerable to discrimination are perceived as different for reasons of skin colour, language competencies, faith or identity related attire and symbols (headscarves, skullcaps, turbans, long beards, etc.) and cultural as well as religious practices (halal or kosher food, praying practices, feasts, etc.)”.

¹⁵⁰ P. BELLOCCHI, *Pluralismo religioso, discriminazioni ideologiche e diritto del lavoro*, cit., p. 212.

¹⁵¹ Così M. BARBERA, *Discriminazioni ed eguaglianza nel rapporto di lavoro*, p. 234.

dipenderà, infatti, dai mezzi predisposti per assicurare la cessazione del trattamento indesiderato o per ottenere un risarcimento¹⁵².

4.1. Mezzi di prevenzione

Al fine di evitare comportamenti discriminatori, la direttiva 2000/78 richiama e sottolinea in modo particolare il ruolo delle parti sociali e delle organizzazioni non governative, che hanno il compito di promuovere la realizzazione del principio di parità (articoli 13 e 14). Il legislatore comunitario stabilisce che gli Stati promuovano il dialogo con le parti sociali¹⁵³, le quali dovranno monitorare gli ambienti di lavoro, condurre ricerche e diffondere buone pratiche per promuovere la parità di trattamento; avranno, inoltre, il compito di agevolare l'introduzione di regole antidiscriminatorie nei contratti collettivi stipulati negli ambiti di applicazione della direttiva. Il dialogo sui problemi della discriminazione dovrà coinvolgere, in base all'art. 14, anche le organizzazioni non governative che "hanno un interesse legittimo a contribuire alla lotta contro le discriminazioni fondate su uno dei motivi di cui all'articolo 1": le stesse organizzazioni che l'art. 9.2 autorizza ad agire in giudizio per conto delle vittime di discriminazione¹⁵⁴.

La direttiva 2000/43 sulla discriminazione razziale ha previsto anche, all'articolo 13, l'istituzione di uno o più organismi nazionali per la promozione della parità di trattamento¹⁵⁵, organismi che si sono rivelati un importante punto

¹⁵² O. DE SCHUTTER, *Methods of Proof in the Context of Combating Discrimination*, in *Proving Discrimination. The Dynamic Implementation of EU Anti-Discrimination Law: the Role of Specialised Bodies*, ed. by J. CORMACK, Migration Policy Group, Bruxelles, 2003, p. 23.

¹⁵³ Art. 13 dir. 2000/78: "1. Gli Stati membri, in conformità delle rispettive tradizioni e prassi nazionali, prendono le misure adeguate per incoraggiare il dialogo tra le parti sociali al fine di promuovere il principio della parità di trattamento, tra l'altro attraverso il monitoraggio delle prassi nei luoghi di lavoro, contratti collettivi, codici di comportamento e ricerche o scambi di esperienze e di buone pratiche.

2. Gli Stati membri, nel rispetto delle rispettive tradizioni e prassi nazionali, incoraggiano le parti sociali, lasciando impregiudicata la loro autonomia, a concludere al livello appropriato, accordi che fissino regole antidiscriminatorie negli ambiti di cui all'articolo 3 che rientrano nella sfera della contrattazione collettiva. Tali accordi devono rispettare i requisiti minimi stabiliti dalla presente direttiva e dalle relative misure nazionali di attuazione".

¹⁵⁴ Secondo M.F. FERNÁNDEZ LÓPEZ, F.J. CALVO GALLEGO, *La directiva 78/2000/CE y la prohibición de discriminación por razones ideológicas*, cit., p. 160, tra queste organizzazioni possono essere ricomprese anche quelle ideologiche e fondate su una religione.

¹⁵⁵ Sul punto cfr. C. FAVILLI, *L'istituzione di un organismo per la promozione delle pari opportunità prevista dalla normativa comunitaria*, in *Dir. Unione Eur.*, 2002, 1, p. 177 ss.

di riferimento per le vittime delle discriminazioni fondate sull'etnia o sulla razza, effettuando raccolte dei dati, diffusione di informazioni (prevista, tra l'altro, anche dall'art. 10 della direttiva e dal corrispondente art. 12 dir. 2000/78), e assistenza alle vittime¹⁵⁶. Una previsione analoga, relativa agli organismi per la parità, non è presente nella direttiva 2000/78. Dal punto di vista della difesa dei diritti delle vittime, si è in presenza di una "discriminazione nella discriminazione", ovvero di un diverso trattamento delle vittime di discriminazioni razziali rispetto a chi subisce trattamenti sfavorevoli fondati sui motivi di cui all'art. 1 della dir. 2000/78. In particolare, nei casi di discriminazione religiosa, spesso collegati con quelli di discriminazione razziale, gli Stati europei non sarebbero tenuti a garantire la medesima assistenza prevista dall'art. 13 della dir. 2000/43; questa diversità è stata colmata, in alcuni casi, dalle norme nazionali di attuazione delle direttive, che hanno esteso ai "centri per la discriminazione razziale" la competenza di promuovere la parità di trattamento relativa a tutti i "grounds of discrimination" previsti dalle direttive del 2000¹⁵⁷.

4.2. Mezzi di ricorso. In particolare: la questione dell'onere della prova.

Agli artt. 9-11, la direttiva 2000/78 si occupa, invece, dei meccanismi di ricorso e di difesa delle vittime della discriminazione¹⁵⁸.

L'articolo 9 impone agli Stati di garantire la possibilità di accesso agli organi giurisdizionali per ottenere tutela contro una forma di discriminazione¹⁵⁹.

¹⁵⁶ Per quanto riguarda l'assistenza alla vittime da parte di associazioni ed organizzazioni, dispongono l'art. 7.2 della dir. 2000/43 e l'art. 9.2 della dir. 2000/78. Quest'ultima, a differenza della direttiva sulla discriminazione razziale, non prevede che vi sia un organismo nazionale per la promozione della parità; questo può assolvere, in base all'art. 13 dir. 2000/43 le funzioni previste dalla direttiva in merito di protezione delle vittime e di azione in giudizio. La direttiva 2000/78, invece, si limita a rinviare al legislatore nazionale la determinazione delle associazioni legittimate ad agire ex art. 9.2.

¹⁵⁷ Ad esempio così dispone l'"Equality Act 2006" britannico, sul quale cfr. *infra*, cap. III, par. 1.3.

¹⁵⁸ In tema: L. CURCIO, *Le azioni in giudizio e l'onere della prova*, in M. BARBERA (a cura di), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, cit., p. 545 ss.; S. SENESE, *Qualche considerazione a proposito dell'onere della prova*, in S. FABENI, M.G. TONIOLLO, *La discriminazione fondata sull'orientamento sessuale*, cit., p. 339 ss.; C. FAVILLI, *La non discriminazione nell'Unione europea*, cit., p. 166 ss.; N. FIORITA, *Il diritto antidiscriminatorio in cerca di identità: la religione e le convinzioni personali nella normativa vigente*, in AA.VV., *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, Torino, Utet, di prossima pubblicazione.

¹⁵⁹ La Commissione europea nella proposta per la direttiva 2000/78 aveva parlato della necessità di disporre i mezzi per un ricorso, affinché i diritti delle vittime siano effettivamente tutelati tramite un'azione in giudizio. COM (1999) 565 def.

Le procedure possono essere giurisdizionali, di tipo amministrativo o di conciliazione, e le vittime possono essere assistite da organizzazioni ed associazioni che hanno un interesse legittimo a che sia rispettato il principio di non discriminazione¹⁶⁰.

Nel lasciare agli Stati la scelta dei mezzi di ricorso adeguati, la direttiva introduce alcuni elementi di novità dal punto di vista processuale. Il primo concerne, appunto, la possibilità per associazioni ed organizzazioni di agire per conto della vittima. Da parte della dottrina si è notata l'importanza di questa previsione, che può agevolare il lavoratore nell'azione contro la discriminazione: l'intervento di un terzo, specie di un organismo che abbia esperienza in materia di lotta alla discriminazione, potrebbe mettere al riparo il soggetto discriminato da eventuali ritorsioni ed aiutare i soggetti deboli nelle fasi processuali. Si è, d'altra parte, rilevato che l'intervento delle organizzazioni deve avvenire, ex art. 9 della direttiva, con il consenso della parte lesa: una scelta, quella del legislatore europeo, che potrebbe finire per inibire la possibilità di effettivo sostegno alle vittime della discriminazione, dato che, in sostanza, spetta sempre a queste ultime la decisione di intraprendere o meno un'azione legale, mentre le organizzazioni di settore possono agire solo con il loro esplicito consenso.

A tutela del soggetto discriminato, occorre, inoltre, notare che la direttiva vieta la cosiddetta "*victimisation*", cioè ogni tipo di ulteriore trattamento sfavorevole nei confronti del lavoratore che abbia intentato causa o presentato un reclamo contro il datore di lavoro che l'ha discriminato (art. 11)¹⁶¹.

L'altra novità di rilievo introdotta dalle direttive in merito al giudizio antidiscriminatorio riguarda la questione dell'onere della prova: l'articolo 10 stabilisce che questo ricada sulla parte convenuta, offrendo così maggiori possibilità di azione alle vittime della discriminazione, che non sono più tenute a dimostrare di essere state danneggiate¹⁶². Si tratta di un alleggerimento del carico della prova in capo alla parte attrice, e non di una vera e propria "inversione" dell'onere probatorio¹⁶³. Occorre notare, in proposito, che in

¹⁶⁰ In generale sul punto: P. CHIECO, *Le nuove direttive comunitarie sul divieto di discriminazione*, in *Riv. It. dir. lav.*, 2002, I, pp. 107 ss.;

¹⁶¹ C. FAVILLI, *La non discriminazione nell'Unione europea*, cit., p. 166 ss.

¹⁶² L. CURCIO, *Le azioni in giudizio e l'onere della prova*, cit., p. 550 ss.

¹⁶³ S. SENESE, *Qualche considerazione a proposito dell'onere della prova*, cit., p. 346 ss.; N. FIORITA, *Il diritto antidiscriminatorio in cerca di identità*, cit.

ambito comunitario si discute da molto tempo sui problemi della prova della discriminazione, a partire soprattutto dalle direttive sulla parità di genere; solitamente nella legislazione antidiscriminatoria – anche in quella che precede le direttive del 2000 – il regime probatorio è diverso da quello ordinario e deroga al principio generale secondo il quale *onus probandi incumbit ei qui dicit, non ei qui negat*¹⁶⁴.

Nella direttiva 2000/78 l'articolo 10 ribadisce questo indirizzo della legislazione in materia¹⁶⁵. In base ad esso, la disciplina nazionale del giudizio antidiscriminatorio dovrà prevedere che, quando il ricorrente abbia presentato fatti – anche secondari – dai quali si presume l'esistenza di una discriminazione, spetti alla parte convenuta dimostrare di non averla messa in atto. In altre parole, il convenuto deve provare un fatto negativo che smentisca la presunzione della discriminazione sostenuta dal ricorrente. A quest'ultimo resta il compito di agire in giudizio e di presentare fatti che obblighino l'altra parte a dimostrare l'insussistenza della discriminazione.

Come evidente, la finalità di questa norma è quella di agevolare il soggetto discriminato nella introduzione di un ricorso. Infatti, specie nel rapporto di lavoro, tutte le informazioni circa i patti o gli atti che possono risultare discriminatori sono possedute dal datore di lavoro, cosicché le posizioni del ricorrente e del resistente in giudizio sono sbilanciate a favore di quest'ultimo¹⁶⁶. Stabilendo che il convenuto deve provare l'inesistenza di una discriminazione, si è alleggerito l'*onus probandi* in capo alla parte attrice, riequilibrando le due posizioni a maggior tutela di chi ha subito la discriminazione.

La disciplina del giudizio antidiscriminatorio è particolarmente importante per le conseguenze che può avere sul modo di provare la discriminazione, operazione - come si è ripetutamente sottolineato - spesso difficoltosa. È questo il motivo per cui il legislatore e l'interprete si soffermano con attenzione sulle definizioni della discriminazione: da esse dipende, infatti, la determinazione delle modalità con cui deve essere provata l'esistenza di un trattamento

¹⁶⁴ Cfr., per tutti, M.T. LANQUETIN, *La preuve de la discrimination: l'apport du droit communautaire*, in *Droit Social*, 1995, n. 5, p. 435 ss.

¹⁶⁵ L. MELICA, *La problematica delle discriminazioni razziali e la istituzione dell'U.N.A.R.*, cit., 38 ss.; la direttiva rafforza, così, le innovazioni introdotte in materia anche a livello nazionale (es. in Italia con la l. n. 125 del 1991): in merito M. BARBERA, *Discriminazioni ed eguaglianza nel rapporto di lavoro*, cit., p. 234 ss.; A. VALLEBONA, *Inversione dell'onere della prova nel diritto del lavoro*, in *Riv. Trimestrale dir. Proc. Civile*, 1992, p. 811 ss.; L. DE ANGELIS, *Profili della tutela processuale contro le discriminazioni tra lavoratori e lavoratrici*, in *Riv. It. diritto del lavoro*, 1992, I, p. 457 ss.

¹⁶⁶ M. BARBERA, *Discriminazioni ed eguaglianza nel rapporto di lavoro*, cit., p. 234 ss.

sfavorevole. È stato osservato, in proposito, che i divieti di discriminazione e le norme sul ricorso e sul regime probatorio sono strettamente collegati, anche in forza del fatto che la tutela effettiva dalla discriminazione dipende dai mezzi di ricorso, dai rimedi e dalle sanzioni che possono essere imposti per risarcire le vittime¹⁶⁷.

Se l'inversione dell'onere della prova, di cui all'art. 10 della direttiva, favorisce l'attore rispetto al convenuto, la dimostrazione di una discriminazione resta pur sempre un'operazione complessa. Lo è soprattutto per *grounds of discrimination* come la religione, un fattore che solitamente – pur connotando un soggetto – resta confinato nel foro interno della persona; di conseguenza, non sempre si potrà dimostrare agevolmente che esso costituisca il fondamento di un presunto atto di discriminazione¹⁶⁸. Ciò accadrà in particolar modo per i casi di discriminazione diretta, ma occulta¹⁶⁹. Ad esempio se il direttore di un albergo sceglie i propri dipendenti preferendo quelli appartenenti ad una determinata religione – magari la stessa alla quale egli appartiene – ma senza spiegare a nessuno il criterio in base al quale egli ha operato, sarà difficile dimostrare in giudizio che il direttore conoscesse l'appartenenza religiosa dei candidati e che li avesse selezionati di conseguenza.

Inoltre, non esistendo in genere raccolte di dati ufficiali sull'appartenenza religiosa, è inibita la possibilità di fare riferimento a mezzi di prova come l'evidenza statistica, che attesterebbe lo svantaggio subito, a causa della religione, da una categoria di soggetti rispetto ad altri.

In questo senso, particolarmente difficile da dimostrare è la discriminazione determinata da una norma neutra: la definizione di discriminazione indiretta – come si è detto – richiede che vi sia un particolare svantaggio, derivante da una regola neutra, per gli appartenenti ad una religione; per individuare una misura indirettamente discriminatoria, la direttiva 2000/78 non indica più la presenza di una *quantità proporzionalmente maggiore* di soggetti svantaggiati. Ciò da un lato amplia la possibilità di individuare norme

¹⁶⁷ O. DE SCHUTTER, *Methods of Proof in the Context of Combating Discrimination*, in *Proving Discrimination. The Dynamic Implementation of EU Anti-Discrimination Law: the Role of Specialised Bodies*, ed. by J. CORMACK, Migration Policy Group, Bruxelles, 2003, p. 23.

¹⁶⁸ In questo senso è interessante notare che alcune legislazioni nazionali (tra le altre, quella britannica e quella francese, sulle quali cfr. *infra*, cap. III, par. 2.2) precisano che sussiste discriminazione anche quando essa è fondata sulla presunta appartenenza religiosa di un soggetto, anche qualora non si dimostrasse veritiera.

¹⁶⁹ Sono questi, peraltro, i casi più frequenti di discriminazione diretta. È ragionevole immaginare, infatti, che chi compie un atto di discriminazione, tenda a non dimostrarlo pubblicamente.

neutre e contemporaneamente discriminatorie; dall'altro lato, però, rende più vaga la modalità di prova della discriminazione, che si basa non su un dato incontrovertibile (numerico) ma su una libera valutazione (qualitativa) dell'interprete¹⁷⁰. Caduto l'obbligo della dimostrazione di uno svantaggio quantitativo, le statistiche e i dati numerici possono ancora costituire mezzi di prova nel giudizio antidiscriminatorio, secondo quanto dichiarato nel preambolo della direttiva stessa¹⁷¹.

Per quanto concerne la religione, tuttavia, l'uso di statistiche non agevola la prova di uno svantaggio. Difatti, occorre ricordare che la direttiva 2000/78 si applica all'ambito del lavoro, nel quale il diritto comunitario e le legislazioni nazionali vietano espressamente le indagini sull'appartenenza religiosa o razziale (i cosiddetti "dati sensibili") e ne limitano la raccolta¹⁷². Un soggetto che, agendo in giudizio contro la discriminazione, voglia addurre dati statistici per mostrare come una norma neutra ponga in posizione di svantaggio gli appartenenti ad una determinata religione, dovrebbe poter accedere proprio a queste tipologie di dati¹⁷³.

Ancora riguardo al regime probatorio, occorre notare che nelle definizioni di discriminazione contenute nelle direttive del 2000 non si fa cenno alla volontarietà della condotta discriminatoria; l'irrilevanza dell'intento discriminatorio è, peraltro, un punto già consolidato nella normativa e giurisprudenza precedenti¹⁷⁴. Ciò significa che i trattamenti discriminatori sono ritenuti un fenomeno talmente negativo per le odierne società, da stabilirne la sanzionabilità indipendentemente dal fatto che siano stati messi in atto di proposito¹⁷⁵.

¹⁷⁰ M.V. BALLESTRERO, *Eguaglianza e differenze nel diritto del lavoro*, cit., p. 513 e *supra*, par. 2.1.

¹⁷¹ Al numero 15 del preambolo si afferma che: "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".

¹⁷² Cfr. *infra*, cap. III, note 207 e ss.

¹⁷³ O. DE SCHUTTER, *Methods of Proof in the Context of Combating Discrimination*, cit., p. 27 ss.

¹⁷⁴ G. DE SIMONE, *La nozione di discriminazione diretta e indiretta*, cit., p. 713 ss.

¹⁷⁵ Sulla prova dell'intento discriminatorio cfr. D. MAFFEIS, *La discriminazione religiosa nel contratto*, in *Diritto ecclesiastico*, 2006, n. 1-2, p. 98 e 105 ss.; l'A. nota che, a fianco della regola generale dell'irrilevanza dell'intenzione di discriminare, il dolo possa essere, invece, ammesso come mezzo di prova. Per una ricostruzione del dibattito dottrinale e della giurisprudenza italiana sul tema si veda anche M. BARBERA, *Discriminazioni ed eguaglianza nel rapporto di lavoro*, cit., p. 218 ss.