

Lotta alla discriminazione nella giurisprudenza della Corte: due paradossali casi di discriminazione in conseguenza della disciplina antidiscriminatoria¹

Sergio Galleano

Avvocato giuslavorista in Milano e Roma

Sommario: 1. Cenni sulla discriminazione. – 2. Il diritto antidiscriminatorio in Europa. – 3. Le discriminazioni alla rovescia. 4. – La sentenza Egenberger. - 5. La sentenza Cresco investigation. - Conclusioni.

1. Cenni sulla discriminazione.

La discriminazione consiste nel trattare diversamente due posizioni che si trovano sul medesimo piano².

È bene chiarire che tale comportamento ha da sempre caratterizzato la storia dell'uomo sin dalle origini senza avere un significato negativo.

Un trattamento differenziato tra le persone era infatti normale nella società sin dal suo svilupparsi iniziale a partire dalla differenziazione tra i sessi³, come per quanto riguarda la nazionalità⁴ o l'appartenenza all'una o all'altra religione⁵. La storia dell'uomo è caratterizzata dalla diversità di trattamento tra liberi e schiavi⁶, tra nobili e plebei⁷, tra ricchi e poveri, tra razze, generalmente, ma non solo, caratterizzate dal colore della pelle.

Il "diverso" è sempre stato "normalmente" discriminato dalla maggioranza in quel momento dominante⁸.

¹ L'articolo riassume l'intervento dell'autore effettuato nel corso del convegno tenutosi al convento di San carbone a Lucca il 21 e 22 settembre 2024, organizzato da LLC "Pratiche religiose e lavoro tra multiculturalismo, libertà e neutralità

² Sulla discriminazione la letteratura è sconfinata. Qui ci limita a rinviare a M. Barbera, S. Borelli, *Principio di eguaglianza e divieti di discriminazione*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 451/2022; E. Consiglio, *Che cosa è la discriminazione? Un'introduzione teorica al diritto antidiscriminatorio*, Giappichelli, 2020 ed ivi ampi rinvii.

³ E. Cantarella, *Gli inganni di Pandora. L'origine delle discriminazioni di genere nella Grecia antica*, Feltrinelli, 2022; M. Murgia, *Ave Mary. E la chiesa inventò la donna*, Einaudi, 2018.

⁴ G.F. Fredrickson, *Breve storia del razzismo. Teorie e pratiche della discriminazione razziale dal Medioevo ad oggi*, Donzelli editore, 2016; A. Alietti, D. Padovan, *Le grammatiche del razzismo, Un'introduzione teorica e in percorso di ricerca*, Ed. Cà Foscari, 2023.

⁵ G. Marletta, *La guerra del tempio. Escatologia e storia del conflitto mediorientale*, ed. Irfan, 2019; M. Introvigne, *Il libro nero della persecuzione religiosa in Cina*, SugarCo, 2019; A. Leoni, *La Croce e la Mezzaluna. La guerra tra le nazioni cristiane e l'Islam. Una storia militare dalle conquiste arabe del VII secolo al terzo millennio*, Ares, 2009; A. Vanoli, *Idolatria. I falsi dei del nemico*, Salerno editrice, 2018.

⁶ S. Truth, *Schiava e libera. Storia di Sojourner Truth, pioniera dei diritti civili*, Stilo editrice, 2023; F. Goddi, *Schiavitù: significato e storia dello schiavismo nel mondo*, su studenti.it.

⁷ P. Cammarosano, *Nobili e re, l'Italia politica dell'alto medioevo*, Laterza, 2014; P. Baisseto, *Galia. Nobili e plebei sulle navi della guerra santa*, Palumbi ed., 2015.

⁸ J.J. Rousseau, *Origine della disuguaglianza*, Feltrinelli, 2013;

La violenza era ordinariamente impiegata per creare e mantenere disuguaglianza⁹: basti pensare all'oppressione esercitata dai grandi imperi, al colonialismo, alla schiavitù.

Se vogliamo, la prima critica alla differenza di trattamento è iniziata con la religione cattolica che si fondava sulla parità tra tutti gli uomini, creati uguali da Dio e dunque da trattare in modo eguale, a condizione, ovviamente, che si convertissero a questa religione, ferme restando le differenziazioni sulla base del sesso, della ricchezza, della classe di appartenenza, ecc¹⁰.

Nell'alto medioevo, un primo limite alle discriminazioni può individuarsi dall'affermazione del principio dell'habeas corpus¹¹ in Inghilterra, che consisteva in un atto, rilasciato dalla giurisdizione competente, con cui si ingiungeva a chi deteneva un prigioniero di dichiarare in qual giorno e per quale causa sia stato arrestato (onde il nome, in latino «abbi il [tuo] corpo», cioè, ti sia ridata la libertà fisica). Il principio trovò la sua formalizzazione nella *Petition of Rights* del 1627, mentre nel 1679 fu promulgato l'*Habeas Corpus Act*, che sanciva il principio dell'inviolabilità personale e ne regolava i diritti: l'imputato, di qualunque razza o provenienza sociale doveva essere reso edotto della causa del suo arresto e portato davanti al magistrato per difendersi e far valere il suo diritto alla libertà.

Tanto valeva, comunque, per il diritto penale. È solo con l'illuminismo che vengono poste le basi per il superamento delle disuguaglianze in termini più ampi, iniziato con la Rivoluzione francese nel 1789, anche sull'onda della dichiarazione di indipendenza degli Stati americani e della successiva Costituzione federale del 1787 in America e formalizzato dalla dichiarazione dei diritti dell'Uomo e dei cittadini in Francia¹² (1798).

Per la prima volta si affermavano i principi che tutti gli uomini sono uguali, riconoscendo i diritti individuali inalienabili, che non necessitavano di alcuna prova in quanto autoevidenti¹³.

Ma eravamo ancora lontani dall'affermazione di un diritto antidiscriminatorio¹⁴. Successivamente alla Rivoluzione francese, infatti, permanevano ancora delle differenze come quelle fondate sul sesso, sulla ricchezza, sullo stato civile e anche sulla religione¹⁵.

La rivoluzione industriale che seguì nel secolo successivo fece esplodere il problema del lavoro e delle sue contraddizioni¹⁶, dando vita alle rivoluzioni sociali che, anche

⁹ D. Bassi, *L'altra tradizione. Violenza e potere in Andrea Caffi e Hannah Arendt*, Edizioni ETS, 2024; H. Popitz, *Fenomenologia del potere*, Il Mulino, 2015; A. Öcalan, *Oltre lo stato, il potere e la violenza*, Edizioni punto rosso, 2016.

¹⁰ L. Fezia, *Vittime di Eva. Le radici cristiane della discriminazione femminile*, One books, 2023; D. Menozzi, *Chiesa e diritti umani. Legge naturale e modernità politica dalla Rivoluzione francese ai nostri giorni*, Il Mulino, 2012; P. Mazzarani, *Il razzismo nella storia della chiesa. Duemila anni di ambiguità, complicità e connivenze*, ed. Formamentis, 2020;

¹¹ M. Daniele, *Habeas corpus. Manipolazioni di una garanzia*, Giappichelli, 2017

¹² A. Pisanò, *Il diritto dei popoli nella Rivoluzione francese*, Giuffrè, 2002.

¹³ T. Hergoz, *Breve storia del diritto in Europa*, Il Mulino, 2024, pagg. 218 e segg.

¹⁴ E. Rotelli, *Democrazie negate. Dalla Costituzione repubblicana della Rivoluzione francese alle istituzioni non costituenti*, Carocci, 2024.

¹⁵ T. Hergoz, *Breve storia del diritto in Europa*, cit. pag. 233.

¹⁶ N. Salomone, *Le cause sociali della rivoluzione industriale*, Isedi, 1978; S. Battilotti, *Le rivoluzioni industriali*, Carocci, 2022; E.J. Hobsbawm, G. Rudé, *Rivoluzione industriale e rivolta nelle campagne*, Res gestae, 2013.

attraverso l'affermazione del socialismo, portò alla formazione del welfare e alle democrazie occidentali dell'attualità¹⁷.

La tragedia delle due grandi guerre del secolo scorso, resero maturi i tempi per la creazione del diritto antidiscriminatorio, dapprima in sede sovranazionale, «*in virtù della portata universalistica che i principi di controllo sia dei poteri pubblici che di quelli privati rivestono nel sistema internazionale di tutela dei diritti umani, plasticamente espressa nell'art. 1 della Dichiarazione universale dei diritti umani del 1948*¹⁸, approvata dall'ONU.

Il nuovo sistema del mondo occidentale si completa poi con la pacificazione e l'unione di gran parte dei paesi europei, attraverso il percorso delineato da Altiero Spinelli¹⁹, Robert Schuman²⁰ e di molti altri, che porterà dall'iniziale Comunità europea del carbone e dell'acciaio (CECA)²¹ all'Unione europea del trattato di Lisbona²².

2. Il diritto antidiscriminatorio in Europa e in Italia

Come si è visto, la formalizzazione del diritto antidiscriminatorio avviene, per la prima volta nella storia, in sede ONU.

La giurisprudenza ha poi chiarito che la discriminazione può essere riconosciuta anche in assenza di un intento soggettivo di discriminare. Ciò che rileva è l'effetto oggettivo del comportamento, che può risultare discriminatorio anche se non animato da uno scopo soggettivo non finalizzato a tal fine.

In Europa, anche oltre l'Unione europea²³, ricordiamo l'art. 14 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, siglata a Roma il 4 novembre 1950 dove è scritto che il godimento dei diritti e delle libertà riconosciuti nella convenzione «*deve essere assicurato senza nessuna discriminazione, in particolare quelle fondate sul sesso, la razza, il colore, la lingua, la religione, le opinioni politiche o quelle di altro genere, l'origine nazionale o sociale, l'appartenenza a una minoranza nazionale, la ricchezza, la nascita od ogni altra condizione*». Dalla lettura di questa disposizione sono subito evidenti le sue due peculiarità: da un lato, la lista dei fattori protetti dall'art. 14 Cedu è aperta e, quindi, riguardare anche altri fattori o modalità che possono successivamente venire in considerazione; dall'altro, l'originario art. 14 Cedu

¹⁷ P. Nenni, *Il socialismo nella democrazia*, Vallecchi, 1966; J.A. Schumpeter, *Capitalismo, socialismo e democrazia*, Meltemi, 2023; K. Polanyi, *La grande trasformazione. Le origini economiche e politiche della nostra epoca*, Einaudi, 2010;

¹⁸ M. Barbera, S. Borelli, *Principio di eguaglianza e divieti di discriminazione*, cit. pag. 102.

¹⁹ V. U. Morelli (a cura di), Atti del Convegno di Torino 6-7 dicembre 2007. *Altiero Spinelli: il pensiero e l'azione per la federazione europea*: D. Preda, *Altiero Spinelli e i movimenti per l'unità d'Europa*, Cedam, 2010; C. Rognoni Vercelli, P.G. Fontana, D. Preda (a cura di), *Altiero Spinelli, il federalismo europeo e la resistenza*, Il Mulino, 2013.

²⁰ E. Zin (a cura di), *Robert Schuman. Un padre dell'Europa unita. La politica come cammino di santità*, AVE ed., 201; D. Di Carlo, *L'Europa: Un cammino difficile. Schuman. Adenauer. De Gasperi*, Solfanelli ed. 2022.

²¹ R. Ranieri, L. Tosi, *La Comunità Europea del carbone e dell'acciaio (1952-2002). Gli esiti del trattato in Europa e in Italia*, Cedam, 2004.

²² P. Bilancia, N. D'Amico (a cura di), *La nuova Europa dopo il trattato di Lisbona*, Giuffrè, 2009; G. Bronzini, *Il modello sociale europeo nel trattato di Lisbona*, Astridonline, 11.10.2008,

²³ Erano 47 gli stati originariamente aderenti alla CEDU, ma la Russia ha cessato di farne parte a seguito della risoluzione del Comitato dei Ministri del 16 marzo 2022 in conseguenza dell'aggressione all'Ucraina.

aveva carattere "ancillare", riguardava cioè i soli diritti protetti dalla Convenzione e per i soli stati aderenti²⁴.

Per quanto riguarda l'Unione europea, il Trattato di Roma, fondativo dell'allora Comunità economica europea, nella sua versione originaria non trattava della discriminazione in generale come categoria. Solo alcune norme richiamavano specifici divieti di discriminazione: l'art. 6 CE (rinumerato in 12 con il Trattato di Amsterdam, ora art. 18 TFUE) lo prevedeva con riferimento alla nazionalità²⁵ e l'art. 119 (poi 141 TCE, ora 157 TFUE) disponeva, sulla base di principi ormai acquisiti a livello internazionale, il diritto alla parità in tema di retribuzione tra uomo e donna nello stesso lavoro²⁶.

L'impostazione accentuatamente liberale della prima legislazione europea prevedeva uno specifico divieto di discriminazione solo tra produttori e consumatori (art. 34 TCE). Insomma, la discriminazione era considerata soprattutto con riferimento agli obiettivi di integrazione economica tra gli stati aderenti.

Solo negli anni '70 si afferma l'aspetto sociale della discriminazione con l'approvazione delle Direttive 75/117 (in materia di parità di retribuzione) e 76/207 (parità di trattamento tra uomini e donne nelle condizioni di lavoro), che pongono le basi per lo sviluppo del diritto antidiscriminatorio.

Nel 1977, con il Trattato di Amsterdam, viene posta la base giuridica per la parità tra uomo e donna in materia di occupazione e di impiego (art. 141, par. 3, TCE) e, più in generale, con l'art. 13 (ora art. 19 TFUE), si demanda al Consiglio il quale, deliberando all'unanimità [...] è incaricato di adottare i provvedimenti opportuni per combattere le discriminazioni fondate sul sesso, la razza o l'origine etnica, la religione o le convinzioni personali, gli handicap/disabilità, l'età e le tendenze sessuali/orientamento sessuale.

Seguiranno, con l'approvazione della Carta dei diritti fondamentali, le varie direttive: 2000/43 quadro generale sulla razza e origine etnica, 2000/78: in materia di occupazione e di condizioni di lavoro, 2003/119 sui soggiornanti di lungo periodo, 2004/113: per quanto riguarda l'accesso a beni e servizi e la loro fornitura, 2006/54: in materia di occupazione e impiego.

La giurisprudenza della Corte di giustizia ha completato il quadro con le sue sentenze, chiarendo i concetti di discriminazione diretta, ovvero quando, a causa del fattore x, una persona è trattata meno favorevolmente di quanto sia, sia stata o sarebbe trattata un'altra in una situazione analoga" (ex dir. 2000/43, dir. 2000/78, dir. 2004/113, dir.

²⁴ V., in proposito, il protocollo n. 12 alla CEDU, adottato il 4.11.2000, che supera la natura ancillare dell'art. 14, prevedendo la norma si applica a tutti i diritti garantiti dalla legge e non solo a quelli indicati nella Convenzione. v. M. Barbera, S. Borrelli, *Principio di eguaglianza e divieti di discriminazione*, LDE 2023, pag. 102 e segg.

²⁵ C. FAVILLI, *La non discriminazione nell'Unione europea*, il Mulino, Bologna, 2008

²⁶ Il quale prevedeva che: «Ciascuno Stato membro assicura durante la prima tappa, e in seguito mantiene, l'applicazione del principio della parità delle retribuzioni fra i lavoratori di sesso maschile e quelli di sesso femminile per uno stesso lavoro (...) La parità di retribuzione, senza discriminazione fondata sul sesso, implica: a. che la retribuzione accordata per uno stesso lavoro pagato a cottimo sia fissata in base a una stessa unità di misura, e b. che la retribuzione corrisposta per un lavoro pagato a tempo sia uguale per un posto di lavoro uguale»

2006/54: v. sentenza 24 aprile 2012, C-571/10 *Kamberaj*) e discriminazione indiretta²⁷ che ricorre quando una disposizione, un criterio o una prassi apparentemente neutri (e, dunque, formalmente applicabili a tutti) possono mettere persone che presentano il fattore x (o di rischio), in una posizione di particolare svantaggio rispetto ad altre persone, a meno che tale disposizione, criterio o prassi siano oggettivamente giustificati da una finalità legittima e i mezzi impiegati per il suo conseguimento siano appropriati e necessari (Sentenza 14 febbraio 2019, Causa C-154/18 *Horgan Keegan*).

La lotta alla discriminazione si è quindi via via estesa a tutte le situazioni di disuguaglianza, sesso, età, razza, religione, ecc., giungendo anche ad evidenziare la discriminazione potenziale, ad esempio il caso in cui un datore di lavoro dichiara pubblicamente che non assumerà lavoratori dipendenti aventi una determinata origine etnica o razziale configura una discriminazione diretta nell'assunzione ai sensi della direttiva 2000/43 in quanto siffatte dichiarazioni sono idonee a dissuadere fortemente determinati candidati dal presentare le proprie candidature e, quindi, a ostacolare il loro accesso al mercato del lavoro" (sentenza 10 luglio 2008 C-54/07 *Feryn*).

L'Italia, che già nel 1948 aveva recepito il concetto di discriminazione, vietandone ogni forma nell'art. 3 della Costituzione del 1948, ha negli anni successivi affinato il principio, con le sentenze della Corte costituzionale, recependo tutte le direttive dell'Unione in merito e applicando, nella giurisprudenza di legittimità, tutte le indicazioni della Corte di giustizia nelle sue sentenze.

3. le discriminazioni alla rovescia

L'applicazione del diritto antidiscriminatorio non è però scevro da inaspettate conseguenze.

Quella più classica è la cd. discriminazione alla rovescia²⁸ che ha portato a situazioni paradossali. Qui ci limitiamo a due casi.

Ad esempio, il riconoscimento dei diritti alla libera circolazione dei servizi sul mercato comune può produrre situazioni di svantaggio per coloro che operano, invece, nell'ambito di un singolo Stato membro. Le disposizioni nazionali che quei diritti comprimono non sono infatti applicabili agli operatori comunitari, mentre conservano la loro portata restrittiva nei confronti delle situazioni interne²⁹.

²⁷ Sulla quale v. G. Frosecchi, *La Corte di Giustizia interviene sulla discriminazione indiretta per età con cui un gioco di prestigio sul dato statistico (Corte di Giustizia UE, Sent. 14 febbraio 2019, Causa C-154/18, seconda sezione)*, in *Lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, fasc. 2/2020;

²⁸ Su cui v. G. Pistorio, *Le discriminazioni a rovescio derivanti dall'applicazione del diritto comunitario*, in questa rivista, 4.2.2022; F. Spilateri, *Le discriminazioni alla rovescia nella recente giurisprudenza comunitaria: rimedi insufficienti o esorbitanti?*, su arts.units.it, 1.1.2007; F. Spilateri, *Le discriminazioni alla rovescia nel diritto dell'Unione europea e nell'ordinamento interno*, su old.asgi.it, 22.9.2011.

²⁹ V., per un caso il Consiglio di Stato, 23 luglio 2008 n. 3621, con commento di E. Milanese, *Il principio di non discriminazione alla rovescia nella giurisprudenza comunitaria*, In *comparazione e diritto civile*. It.

Oppure i produttori di pasta italiani, ai quali non era consentita la produzione con taluni ingredienti aggiuntivi, consentita invece agli importatori³⁰.

Ma vi sono casi, invece, nei quali la discriminazione viene sollevata proprio in conseguenza dell'applicazione di una norma antidiscriminatoria, dando vita a questioni delle quali la Corte di Giustizia è stata investita dai giudici nazionali.

4. La sentenza Engenberger del 17 aprile 2018 (C-414/16)

E veniamo quindi alle due sentenze che riguardano, appunto, i casi in cui è stata portata all'attenzione della Corte una lamentela di discriminazione a seguito proprio dell'applicazione della disciplina antidiscriminatoria.

Con una domanda pregiudiziale formulata dal Bundesarbeitsgericht (Corte federale del lavoro della Germania) è stato portato all'attenzione della Corte il caso di una lavoratrice che aveva partecipato ad un bando per l'assunzione a tempo determinato relativo alla stesura di una relazione parallela avente ad oggetto la convenzione internazionale delle Nazioni Unite sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione razziale.

Per l'approntamento di tale relazione si era proposta l'Evangelische Kirche in Deutschland (Chiesa evangelica di Germania) la quale, nel suo regolamento prevede che: *«Il servizio della Chiesa è determinato dalla missione di testimoniare il Vangelo con le parole e con i fatti. Tutte le donne e gli uomini che lavorano nell'ambito della Chiesa e delle attività caritative svolte dalla Diaconia contribuiscono in vari modi a consentire il compimento di tale missione. Tale missione costituisce la base dei diritti e obblighi dei datori di lavoro, nonché delle collaboratrici e dei collaboratori»*.

I compiti da svolgere comprendevano l'accompagnamento del processo di stesura delle relazioni redatte dagli Stati su detta convenzione relativamente al periodo compreso tra il 2012 e il 2014; l'elaborazione della relazione parallela alla relazione dello Stato tedesco nonché di pareri e contributi specialistici; la rappresentanza, nell'ambito del progetto, della Diaconia tedesca nei confronti del mondo politico, del pubblico e delle organizzazioni di difesa dei diritti umani, nonché la collaborazione nell'ambito dei comitati; l'informazione e il coordinamento del processo di formazione dell'opinione nel settore dell'Associazione, nonché l'organizzazione, l'amministrazione e la stesura di relazioni tecniche nel settore di lavoro.

Detta offerta di lavoro, svolta dalla Chiesa evangelica, indicava, tra i requisiti per l'assunzione, che: *«È richiesta l'appartenenza a una Chiesa evangelica oppure a una Chiesa rientrante nell'Associazione delle Chiese cristiane in Germania, nonché l'identificazione con la missione assistenziale-caritatevole della Diaconia. Nel curriculum va indicata la rispettiva confessione religiosa»*.

La signora Engenberger, che non apparteneva ad alcuna confessione religiosa, si candidava per lo svolgimento di tale compito. Pur rientrando tra i candidati che avevano

³⁰ V. Corte costituzionale, sentenza 443/2017 sulla quale C. Tripodina, *Libera circolazione delle merci nel mercato comunitario e tutela delle tradizioni alimentari dei paesi membri: un caso di discriminazione a rovescio*, in *Giurisprudenza italiana*, 1998, num. 150, pag. 2093; v. anche sentenza Corte di giustizia Le Clerc, del 10 gennaio 1985, causa C-229/83, che riguarda i venditori di libri in Francia che non potevano vendere i prodotti con scoti invece concessi agli importatori di altri paesi membri.

superato una prima selezione, non veniva invitata al colloquio finale, a seguito del quale veniva assunto un altro candidato che aveva dichiarato di essere *«un cristiano evangelico appartenente alla Chiesa regionale di Berlino»*.

La lavoratrice si rivolgeva quindi al Tribunale del lavoro locale, 23 luglio 2008 n. 3621. L'Evangelisches Werk, dipartimento operativo della chiesa, si difendeva sostenendo che nel caso di specie, una differenza di trattamento basata sulla religione era giustificata ai sensi della normativa interna tedesca che garantiva l'autodeterminazione delle chiese nella loro operatività. Inoltre, osservava che il diritto di imporre l'appartenenza a una Chiesa cristiana ai propri operatori sarebbe conforme al diritto dell'Unione a motivo, in particolare, delle disposizioni dell'articolo 17 TFUE che impone alle autorità degli Stati membri di avere un dialogo costruttivo con le chiese e le organizzazioni religiose. Infine, l'appartenenza religiosa costituirebbe, data la natura dell'attività considerata nell'offerta di lavoro di cui trattasi nel procedimento principale, un requisito giustificato per lo svolgimento dell'attività lavorativa, tenuto conto delle regole della coscienza ecclesiale dell'Evangelisches Werk.

Il Tribunale di prima istanza riconosceva la sussistenza di una discriminazione a danno della ricorrente, limitando però il risarcimento del danno in misura inferiore alle retribuzioni perse a causa della mancata assunzione.

La lavoratrice ricorreva in appello e la Corte federale del lavoro si rivolgeva alla Corte di giustizia, osservando che, in primo luogo, la decisione della causa dipendeva dalla norma nazionale (art. 9 della legge generale sulla parità di trattamento) che sanciva la piena autodeterminazione delle chiese – principio ribadito anche dalla giurisprudenza di legittimità tedesca – nella scelta dei dipendenti *«quando una determinata religione o convinzione personale costituisce, tenuto conto delle regole della coscienza ecclesiale della rispettiva comunità religiosa o associazione sotto il profilo del suo diritto all'autodeterminazione o a seconda della natura della sua attività, un requisito giustificato per lo svolgimento dell'attività lavorativa»*.

Occorreva dunque verificare se tale norma confliggesse con l'art. 4, par. 2 della Direttiva 2000/78 il quale prevede che: *«1. Ai fini della presente direttiva, 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.*

2. Ai fini del paragrafo 1:

a) sussiste discriminazione diretta quando, sulla base di uno qualsiasi dei motivi di cui all'articolo 1, una persona è trattata meno favorevolmente di quanto sia, sia stata o sarebbe trattata un'altra in una situazione analoga;

(...)

5. La presente direttiva lascia impregiudicate le misure previste dalla legislazione nazionale che, in una società democratica, sono necessarie alla sicurezza pubblica, alla tutela dell'ordine pubblico, alla prevenzione dei reati e alla tutela della salute e dei diritti e delle libertà altrui».

Il giudice rimettente formulava quindi i seguenti quesiti:

«1) Se l'articolo 4, paragrafo 2, della direttiva [2000/78] debba essere interpretato nel senso che un datore di lavoro, come [la parte convenuta] nel caso di specie – o rispettivamente la Chiesa per lui – abbia la facoltà di definire autonomamente in maniera vincolante se, per la natura dell'attività o per il contesto in cui viene espletata, una determinata religione di un candidato rappresenti un requisito essenziale, legittimo e giustificato per lo svolgimento dell'attività lavorativa, tenuto conto dell'etica dell'organizzazione.

2) In caso di risposta negativa alla prima questione:

Se, in una controversia come quella di cui al presente caso, debba essere disapplicata una disposizione della normativa nazionale – come, nel caso di specie, l'articolo 9, paragrafo 1, prima ipotesi, [dell'AGG] – secondo la quale una differenza di trattamento basata sulla religione per l'assunzione presso comunità religiose e le istituzioni loro affiliate sia lecita anche nel caso in cui una determinata religione rappresenti un requisito giustificato per lo svolgimento dell'attività lavorativa nel rispetto dell'identità di detta comunità religiosa in relazione al suo diritto di autodeterminazione.

3) In caso di risposta negativa alla prima questione, inoltre:

Quali caratteristiche debbano essere stabilite, per la natura dell'attività o per il contesto in cui viene espletata, come requisito essenziale, legittimo e giustificato per lo svolgimento dell'attività lavorativa, tenuto conto dell'etica dell'organizzazione, conformemente all'articolo 4, paragrafo 2, della direttiva [2000/78]».

La Corte rileva innanzi tutto che nel caso di specie ci si trova certamente di fronte ad un diverso trattamento basato sulla religione, posto che la ricorrente non appartiene a quella del datore di lavoro che ha, per tale motivo, rifiutato la sua assunzione.

La verifica dell'essenzialità della caratteristica in discussione non può essere lasciata alla valutazione unilaterale del datore di lavoro, ma deve essere vagliata da un'autorità giurisdizionale indipendente. In particolare, la Corte sottolinea che «l'articolo 17 TFUE non è tale da inficiare detta conclusione».

«Infatti, anzitutto, il tenore letterale di tale disposizione corrisponde sostanzialmente a quello della dichiarazione n. 11. Orbene, il fatto che quest'ultima sia esplicitamente citata al considerando 24 della direttiva 2000/78 mette in risalto che il legislatore dell'Unione ha necessariamente tenuto conto di detta dichiarazione al momento di adottare la suddetta direttiva, in particolare il suo articolo 4, paragrafo 2, dal momento che tale disposizione rinvia proprio alle legislazioni e alle prassi nazionali vigenti alla data d'adozione della direttiva medesima».

Chiarito dunque che non sussiste un potere autonomo delle Chiese di stabilire l'appartenenza dei lavoratori alla confessione religiosa dei propri dipendenti, la Corte ritiene di affrontare la terza questione proposta dal giudice rimettente, ovvero se l'appartenenza alla medesima confessione religiosa costituisca una condizione essenziale tale da giustificare il rifiuto di assunzione.

Qui la Corte ribadisce la sua giurisprudenza, precisando anche che la valutazione va effettuata sulla base di elementi oggettivi, nel senso che il requisito in discussione deve presentarsi come «essenziale, legittimo e giustificato».

L'essenzialità deve coincidere con la necessità del requisito e la legittimità deve garantire che le convinzioni personali cui si ispira l'organizzazione religiosa non venga utilizzato per un fine estraneo all'etica professata dall'organizzazione.

La giustificata, infine, impone che sia l'organizzazione o la chiesa interessata dimostri che la non appartenenza alla chiesa dell'assumendo comporti un concreto rischio al perseguimento del principio etico che ne contraddistingue l'attività.

Venendo quindi alla seconda questione, il giudice rimettente chiede se, in caso di rilevata incompatibilità con la norma nazionale, quest'ultima deve essere disapplicata.

La questione, oggetto, come è noto³¹, di ampia discussione viene qui ritenuta ammissibile in ragione del fatto che il divieto di discriminazione è sancito non solo dalla direttiva, ma anche dagli artt. 21 e 47 della dei diritti fondamentali e quindi direttamente applicabile anche nei rapporti tra privati.

Come si vede, quindi, da una normativa antidiscriminatoria nazionale per gli appartenenti ad una religione, si crea una discriminazione per l'universalità dei soggetti nell'accesso al lavoro.

Ovviamente la verifica di tutte le condizioni indicate spetterà al giudice nazionale, cui demandata la valutazione di tutti gli elementi della causa principale.

5. La sentenza Cresco investigation

La seconda sentenza riguarda il caso del signor Achatzi, dipendente della Cresco investigation, che lamentava di avere subito una discriminazione.

L'art. 7, comma 2, dell'Arbeitsruhegesetz (legge in materia di periodi di riposo, BGBl. 144/1983) stabiliva i giorni festivi nazionali individuati per il 1° gennaio (Capodanno), il 6 gennaio (Epifania), il lunedì di Pasqua, il 1° maggio (festa dello Stato), l'Ascensione, il lunedì di Pentecoste, il Corpus Domini, il 15 agosto (Assunzione), il 26 ottobre (festa nazionale), il 1° novembre (Ognissanti), l'8 dicembre (Immacolata Concezione), il 25 dicembre (Natale) e il 26 dicembre (Santo Stefano).

Il comma 3 dell'art. 7, citato, prevedeva però che «*per gli appartenenti alle Chiese evangeliche di confessione augustana e di confessione elvetica, della Chiesa vetero-cattolica e della Chiesa evangelica metodista anche il Venerdì santo è un giorno festivo*», che risultava retribuito nonostante la giustificata assenza dal lavoro o comportava una retribuzione aggiuntiva ove fosse prestata la giornata di lavoro, come per tutte le altre festività.

La norma, dunque, chiaramente era una disposizione di favore finalizzata a venire incontro agli aderenti (peraltro maggioritari in Austria) ad alcune specifiche religioni per le quali il Venerdì Santo costituiva una giornata di importanza rilevante per il loro culto.

Il signor Achatzi era anch'egli un dipendente della Cresco investigation che non apparteneva a nessuna delle religioni indicate al comma 3 dell'articolo 7 della legge in questione e, dunque, si trovava in una situazione nella quale poteva godere unicamente degli ordinari giorni di riposo previsti dal comma 2.

³¹ Per una panoramica, v. B. Nascimbene, I. Anrò, *Primato del diritto dell'Unione europea e disapplicazione. Un confronto fra Corte costituzionale, Corte di Cassazione e Corte di giustizia in materia di sicurezza sociale*, Giustizia insieme, 31.3.2023

Aveva così promosso un giudizio per far accertare la discriminazione subita e ottenere il risarcimento del relativo danno, ovvero il pagamento della giornata lavorativa Prestata nello stesso giorno. Il giudice aveva rigettato la sua domanda.

Il giudice di appello aveva invece riconosciuto la domanda del lavoratore e la Cresco era ricorsa all'Oberster Gerichtshof (Corte suprema, Austria) il quale ha sollevato avanti alla Corte di giustizia la questione, osservando come in effetti i lavoratori che non appartengono ad una delle chiese indicate nell'art.7, comma 3, usufruiscono di un giorno festivo in meno nell'arco dell'anno e quindi sono oggetto di una discriminazione in ragione della loro appartenenza ad una diversa religione.

Il giudice austriaco rileva, in particolare, che occorre tenere anche conto del fatto che gli appartenenti alle religioni indicate al comma 3 costituiscono la maggior parte della forza lavoro austriaca e che la contrattazione collettiva, in diversi settori, ha previsto *«disposizioni paragonabili all'articolo 7 dell'ARG, segnatamente per quanto riguarda il giorno dell'Espiazione della religione ebraica o quello della festa della Riforma delle chiese protestanti, ma, in mancanza di tali contratti, i lavoratori si dovrebbero affidare in larga misura alla buona volontà del loro datore di lavoro»*.

Svolge altresì ulteriori considerazioni che sono poi riassunte nei quesiti proposti alla Corte:

«1) *Se il diritto dell'Unione, in particolare l'articolo 21 della [Carta], in combinato disposto con gli articoli 1 e 2, paragrafo 2, lettera a), della direttiva [2000/78], debba essere interpretato nel senso che, in una controversia tra lavoratore e datore di lavoro in relazione a un rapporto di lavoro privato, esso osta a una normativa nazionale secondo la quale soltanto per gli appartenenti alle Chiese evangeliche di confessione augustana e di confessione elvetica, della Chiesa vetero-cattolica e della Chiesa evangelica metodista anche il Venerdì santo è un giorno festivo con un periodo di riposo ininterrotto di almeno 24 ore e, in caso di impiego del lavoratore nonostante il riposo festivo, oltre al diritto alla retribuzione per il tempo di lavoro non prestato a causa del giorno festivo, viene riconosciuto anche un diritto alla retribuzione per il lavoro prestato, mentre ciò non avviene per altri lavoratori, non appartenenti a tali chiese.*

2) *Se il diritto dell'Unione, in particolare l'articolo 21 della [Carta], in combinato disposto con l'articolo 2, paragrafo 5, della direttiva [2000/78], debba essere interpretato nel senso che detta direttiva non osta alla normativa nazionale descritta nella prima questione, la quale riconosce diritti soltanto a un gruppo relativamente ristretto, se rapportato alla popolazione totale e all'appartenenza della maggioranza alla Chiesa romano-cattolica, di appartenenti a determinate (altre) chiese, poiché si tratta di una misura che, in una società democratica, è necessaria per la tutela dei diritti e delle libertà altrui, in particolare del diritto alla libertà religiosa.*

3) *Se il diritto dell'Unione, in particolare l'articolo 21 della [Carta], in combinato disposto con l'articolo 7, paragrafo 1, della direttiva [2000/78], debba essere interpretato nel senso che la normativa nazionale esposta nella prima questione costituisce una misura positiva e specifica in favore degli appartenenti alle chiese indicate nella prima questione, allo scopo di assicurare la loro completa parità nella vita professionale, per prevenire o compensare, per tali appartenenti, svantaggi in ragione*

della religione, se in tal modo viene loro riconosciuto il medesimo diritto di esercitare la religione durante l'orario di lavoro in una festività solenne per tale religione, quale quello che in base a una diversa normativa nazionale sussiste in capo alla maggioranza dei lavoratori per il fatto che i giorni festivi della religione, nella quale la maggioranza dei lavoratori si riconosce, sono giorni di riposo in generale.

Qualora venga ravvisata una discriminazione ai sensi dell'articolo 2, paragrafo 2, lettera a), della direttiva [2000/78]:

4) Se il diritto dell'Unione, in particolare l'articolo 21 della [Carta], in combinato disposto con gli articoli 1, 2, paragrafo 2, lettera a), e 7, paragrafo 1, della direttiva [2000/78], debba essere interpretato nel senso che il datore di lavoro privato, finché da parte del legislatore non sia stato istituito un assetto giuridico privo di discriminazioni, è tenuto a riconoscere a tutti i lavoratori, indipendentemente dalla loro appartenenza religiosa, i diritti descritti nella prima questione in relazione al giorno del Venerdì santo, oppure se la normativa nazionale descritta nella prima questione debba essere del tutto disapplicata, con la conseguenza che i diritti e le pretese relativi al Venerdì santo descritti nella prima questione non vengano riconosciuti ad alcun lavoratore».

La Corte di pronuncia innanzi tutto sull'eccezione di incompetenza formulata dal governo polacco, osservando come l'art. 17 Tfeue, invocato dal governo polacco, rinvia sì alla dichiarazione n. 11 allegata all'atto finale del Trattato di Amsterdam del 2 ottobre 2007 sullo status delle chiese e delle organizzazioni non confessionali, recepito dall'art. 17 del TFUE, che prevede «*la neutralità dell'Unione nei confronti dell'organizzazione, da parte degli Stati membri, dei loro rapporti con le chiese e le associazioni o comunità religiose*», ma la questione in oggetto riguarda non i rapporti con le chiese ma unicamente al situazione in cui una norma nazionale mira «unicamente a concedere ai lavoratori, membri di talune chiese, un giorno festivo supplementare che coincide con una festa religiosa importante per tali chiese». Ne consegue la competenza della Corte, trattandosi della valutazione della portata di una norma dell'Unione.

Nel trattare le prima tre questioni, la Corte rileva come la direttiva 2000/78 sia finalizzata a tutelare discriminazioni in conseguenza delle religioni alle quali appartiene uno o più lavoratori.

Nella fattispecie, in primo luogo si rileva come la concessione di un giorno festivo per il Venerdì Santo sia espressamente previsto in applicazione della direttiva 2000/78.

In particolare, osserva la Corte, la differenziazione in oggetto riguarda categorie di lavoratori che si trovano in situazioni comparabili, valutati complessivamente gli elementi che le contraddistinguono, con riferimento all'oggetto e allo scopo della distinzione da esaminare, precisando che non è necessario che queste siano identiche, ma che siano comparabili non in maniera astratta, ma con riferimento al contesto in cui sono applicate.

Sulla base di tali presupposti, la Corte rileva che la concessione del giorno di riposo (e il conseguente trattamento economico), non è legato all'effettivo adempimento dell'obbligo religioso previsto ma unicamente alla dichiarazione del lavoratore di appartenere a quella religione, restando lo stesso libero di disporre del giorno di riposo per altre attività, così come potrebbero fare i suoi colleghi di lavoro che non aderiscono

alla confessione interessata. Ciò rende comparabile la loro situazione a quelle dei lavoratori che godono della concessione prevista dalla legge e ne deriva il concretizzarsi di una discriminazione.

Tale discriminazione, peraltro, non risulta giustificata nemmeno per le ragioni previste dall'art. 2, par. 5 della direttiva, ovvero la tutela dell'ordine pubblico, la prevenzione di reati o la tutela della salute o di diritti altrui, ragioni che, comportando una deroga al principio di non discriminazione, impongono una interpretazione restrittiva.

Inoltre, il riconoscimento in questione è legato alle tradizioni *«delle chiese indicate nella normativa nazionale che essa comprende sia il forum internum, ossia il fatto di avere convinzioni, sia il forum externum, ossia la manifestazione pubblica della fede religiosa (v., in tal senso, sentenze del 14 marzo 2017, G4S Secure Solutions, C157/15, EU:C:2017:203, punto 28, nonché del 14 marzo 2017, Bougnaoui e ADDH, C188/15, EU:C:2017:204, punto 30)»* e, quindi, l'obiettivo della legge nazionale coincide con quello della Direttiva 200/78, art. 2, par. 5.

In terzo luogo, infine, occorre considerare *«se tali misure siano necessarie alla tutela della libertà di religione dei lavoratori in questione»*.

In particolare, la Corte rileva che, a differenza delle chiese indicate nell'ARG, per gli appartenenti alle altre religioni non è prevista la possibilità di usufruire di un giorno festivo non considerato tra quelli ordinari di cui al comma 2 dell'art. 7 *«è presa in considerazione nel diritto austriaco, non attraverso la concessione di un giorno festivo supplementare, ma principalmente mediante un dovere di sollecitudine dei datori di lavoro nei confronti dei loro dipendenti, che consente a questi ultimi di ottenere, se del caso, il diritto ad assentarsi dal loro lavoro per la durata necessaria allo svolgimento di taluni riti religiosi»*.

Sotto tale ultimo profilo, il governo austriaco aveva dichiarato in udienza che la possibilità di ampliare il trattamento in discussione agli appartenenti a regioni diverse da quelle dell'ARG è preso in considerazione dal diritto austriaco non come un dovere, ma come una semplice sollecitazione ai datori di lavoro di venire incontro agli appartenenti ad altre confessioni. Di conseguenza, difetta il presupposto che le misure nazionali si rivelino necessarie alla tutela della libertà religiosa.

La Corte si fa allora carico di esaminatore se tali misure, ai sensi dell'art. 7 della direttiva, possano essere tali da giustificare il fine di evitare o compensare svantaggi che, in concreto, mirano ad assicurare completa parità nella vita professionale di tutti i lavoratori.

Nella specie, mentre i dipendenti aderenti alle religioni di cui all'ARG il diritto, per costoro, è garantito dalla legge, per gli altri, aderenti a diverse religioni, la possibilità di poter usufruire di un giorno di riposo per adempiere alle incombenze previste dalla loro confessione in giorni diversi, è rimesso alla mera volontà del datore di lavoro.

Ne consegue che le misure in oggetto eccedono a quanto necessario per compensare un ipotetico svantaggio tra lavoratori aderenti all'ARG e quelli che professano diverse religioni.

Quanto alla quarta questione, la Corte, così come aveva fatto nella sentenza Engerberger, osserva che l'Austria, pur non essendo vincolata dalla direttiva 2000/78

nell' applicare ai privati il principio della parità di trattamento, è comunque vincolata al rispetto dell'art. 21 della Carta, che vieta qualunque discriminazione, cosicché il giudice nazionale è tenuto a disapplicare qualunque provvedimento violi la parità di trattamento. Di conseguenza, nella specie, qualora i lavoratori non appartenenti all'ARG chiedano espressamente di godere del medesimo trattamento, i datori di lavoro sono tenuti a conformarsi alla loro richiesta, che deve essere tutelata dal giudice nazionale sinché, precisa, e non a caso, non intervenga un intervento correttivo del legislatore nazionale che ponga fine alla violazione del divieto di discriminazione, sulla base di tutti criteri di eguaglianza e proporzionalità necessari.

7. Conclusioni

Come si vede, la Corte, investita dal problema che una disciplina antidiscriminatoria crei a sua volta una discriminazione nei confronti di altri soggetti, affronta le questioni in modo attento e con l'obiettivo di contemperare la disciplina antidiscriminatoria in esame, con la situazione di criticità che si è venuta a creare.

Le soluzioni indicate nelle due sentenze appaiono del tutto attente e ragionevoli, nell'ottica di armonizzazione del sistema e un attento esame degli interessi in gioco.

Nella sentenza Endelberger la questione viene risolta con l'invito all'attenzione al principio di proporzionalità e, dunque, con la verifica dell'effettività del rischio che la prestazione richiesta possa essere pregiudicata, in concreto, dalla non appartenenza alla confessione dell'assumendo.

Nel caso della Cresco investigation rileva invece che la contraddizione è conseguenza di un'imprecisa formulazione da parte del legislatore, invitandolo ad intervenire, anche nel senso di prevedere che l'interessato discriminato dalla norma antidiscriminatoria, si attivi presso il datore di lavoro facendo valere un suo diritto ad usufruire del giorno di riposo imposto dalla sua confessione religiosa diversa da quelle contemplate dalla legge generale.

Insomma, soluzioni ragionevoli come quelle individuate nel caso di discriminazione nei confronti della conservazione del posto per i disabili.

Roma, 26 novembre 2024