

IL VELO CHE SVELA (LE RAGIONI DEL MERCATO).

In margine a CGUE 13 ottobre 2022, C-344/20¹

Luigi Cavallaro

Vorrei concentrare queste mie brevi considerazioni sulla terza delle pregiudiziali interpretative che la Corte di giustizia dell'Unione Europea ha esaminato in questa importante decisione del 13 ottobre scorso (C-344/20).

Come si ricorderà, con la terza questione, il giudice del lavoro belga aveva chiesto alla Corte di chiarire se l'articolo 2, paragrafo 2, lettera *a*), della direttiva 2000/78 dovesse essere interpretato nel senso che la previsione del regolamento interno di un'impresa, che vieta ai dipendenti di manifestare verbalmente, con l'abbigliamento o in qualsiasi altro modo, le loro convinzioni religiose, costituisca una "discriminazione diretta" nei confronti dei dipendenti che intendono esercitare la loro libertà di religione e di coscienza indossando visibilmente un segno o un indumento religiosamente connotato.

Nel rispondere, la Corte di giustizia richiama anzitutto i propri precedenti del 2017 e del 2021 (più precisamente la sentenza del 14 marzo 2017, *G4S Secure Solutions*, C-157/15, nonché quella del 15 luglio 2021, *WABE e MH Müller Handel*, C-804/18 e C-341/19) per escludere che, alla luce del diritto dell'Unione, una previsione di tal genere possa dar adito a "discriminazione diretta" allorché riguardi "qualsiasi manifestazione di tali convinzioni, senza distinzione alcuna", e si traduca nell'obbligo imposto alla totalità dei dipendenti di indossare un abbigliamento che non ostenti in alcun modo segni di identificazione della propria appartenenza religiosa: una regola di tal genere, ad avviso della Corte, non istituisce infatti alcuna differenza di trattamento fondata su criteri legati alla religione, sempre che sia applicata in maniera generale e indiscriminata a tutti i dipendenti.

La Corte, però, e anche qui in linea con i propri precedenti del 2017 e del 2021, ribadisce che una norma interna come quella in discorso "può istituire una differenza di trattamento *indirettamente* fondata sulla religione" (corsivo aggiunto): e ciò, in particolare "qualora venga dimostrato [...] che l'obbligo apparentemente neutro che essa contiene comporta, di fatto, un particolare svantaggio per le persone che aderiscono ad una determinata religione o ideologia". E nel riaffermare che spetta al giudice nazionale accertare tale eventualità, rimarca nondimeno che tale disparità di trattamento "non costituirebbe tuttavia una discriminazione indiretta [...] qualora fosse oggettivamente giustificata da una finalità legittima e i mezzi impiegati per il suo conseguimento fossero appropriati e necessari".

Si tratta, come è stato subito rilevato dai primi commentatori², degli usuali parametri di valutazione impiegati per giudicare della sussistenza di una discriminazione indiretta: esistenza di una "finalità legittima", appunto, e "proporzionalità" dei mezzi adottati. Ed è qui, a mio avviso, che il discorso della Corte diventa piuttosto problematico.

Circa la "finalità legittima", la Corte infatti ribadisce che "la volontà di un datore di lavoro di mostrare, nei rapporti con i clienti sia pubblici che privati, una politica di neutralità politica, filosofica o religiosa può essere considerata legittima": essa infatti rientra in linea di principio "nella libertà d'impresa, riconosciuta dall'articolo 16 della Carta [dei diritti fondamentali]" e specialmente merita di essere considerata quando si diriga nei confronti dei dipendenti che, per il tipo di mansioni svolte, sono destinati ad entrare in relazione con la clientela dell'impresa.

Per quanto concerne il requisito della "proporzionalità", la Corte rimarca che la "finalità legittima" può giustificare oggettivamente la scelta "solo a fronte di un'esigenza reale di tale datore

¹ Testo rivisto dell'intervento tenuto al *webinar* "Il velo islamico: neutralità di impresa e non discriminazione", organizzato dall'AGI-Sezione Lazio il 14 dicembre 2022.

² Cfr. per tutti Roberta Cosio e Roberto Cosio, *Il velo islamico nella recente sentenza della Corte di giustizia. Alla ricerca del c.d. diritto mite*, in *Ius UE e Internazionale*, 28 ottobre 2022.

di lavoro, che spetta a quest'ultimo dimostrare”: e il riferimento è qui alla sentenza *WABE* del 2021, che al riguardo aveva affermato che “si può, in primo luogo, tener conto, in particolare, dei diritti e delle legittime aspettative dei clienti o degli utenti” e, più in generale, “del fatto che, in assenza di una tale politica di neutralità politica, filosofica e religiosa, sarebbe violata la [...] libertà di impresa, riconosciuta all’articolo 16 della Carta, dal momento che, tenuto conto della natura delle sue attività o del contesto in cui esse si inscrivono, [l’imprenditore] subirebbe conseguenze sfavorevoli”.

Ora, è evidente che le “conseguenze sfavorevoli” che un imprenditore può subire in conseguenza dell’adozione o meno di una politica di “neutralità religiosa”, per usare l’espressione della Corte, si possono misurare principalmente (se non proprio esclusivamente) in relazione all’andamento delle vendite dei beni e servizi che offre sul mercato: vendite che, a loro volta, sono determinate dalle “preferenze” dei consumatori. E sebbene nella notissima sentenza del 10 luglio 2008, *Feryn* (C-54/07), la Corte di giustizia abbia affermato che non potrebbero essere considerate ‘legittime’ eventuali preferenze dei consumatori aventi a loro volta contenuto discriminatorio (come si ricorderà, quella vicenda nasceva dal fatto che i vertici di un’impresa specializzata nella vendita e installazione di porte basculanti avevano pubblicamente dichiarato che non avrebbero assunto lavoratori stranieri perché i clienti non li avrebbero fatti entrare in casa), non è meno vero che, in quella circostanza, la Corte di giustizia aveva ravvisato i presupposti di una discriminazione *diretta*, non già *indiretta*; e per comprendere quanto sia rilevante la differenza, basterà ricordare che nel richiamato precedente del 14 marzo 2017 (*G4S Secure Solutions*, C-157/15), in cui veniva in rilievo il licenziamento intimato ad una dipendente che si era rifiutata di togliere il velo, la Corte, dopo aver affermato che la presenza di una norma interna che vietasse di portare qualsiasi segno di natura religiosa al personale destinato ad entrare in relazione con i clienti dell’impresa avrebbe fatto degradare la discriminazione da diretta in indiretta, ha dato incarico al giudice del rinvio soltanto di verificare “se, tenendo conto dei vincoli inerenti all’impresa, e senza che quest’ultima dovesse sostenere un onere aggiuntivo, sarebbe stato possibile per [l’impresa], di fronte a siffatto rifiuto, proporle un posto di lavoro che non comportasse un contatto visivo con tali clienti, invece di procedere al suo licenziamento”: così sottintendendo che, se ciò non fosse stato possibile o avesse comportato un “onere aggiuntivo”, il licenziamento sarebbe stato invece perfettamente legittimo.

Se questo è il pensiero della Corte di giustizia, mi pare che abbiano qualche buona ragione quei commentatori che hanno lamentato come, in questi ultimi anni, la giurisprudenza dell’Unione si sia data progressivamente a ridisegnare i confini dei divieti di discriminazione, rendendoli assai più inoffensivi rispetto alle ragioni del mercato³: affermare che l’adozione di una politica di neutralità religiosa rientra nella libertà d’impresa e ritenere che le conseguenze sfavorevoli in cui l’impresa potrebbe altrimenti incorrere debbano essere valutate al fine di escludere anche la discriminazione indiretta significa, in ultima analisi, legittimare la discriminazione indiretta in funzione delle preferenze del mercato: le quali, come ci spiegano gli economisti⁴, raramente sono manifestate *ex ante* e più spesso si rivelano *ex post*, mediante la scelta di un fornitore o di un altro.

Detto altrimenti: in un contesto sociopolitico gravemente segnato da intolleranze religiose, un imprenditore può essere indotto a varare una politica di neutralità semplicemente perché si rende conto che perde i propri clienti a beneficio di altri che l’hanno adottata; e legittimare una prassi del genere equivale a disattendere la funzione dei divieti di discriminazione, i quali – come aveva efficacemente sintetizzato l’Avvocato generale nelle conclusioni relative alla causa *Feryn* – danno per presupposto che i mercati non si curano della discriminazione e che all’uopo è necessario l’intervento dei pubblici poteri.

Debbo però personalmente aggiungere che questo approdo interpretativo non mi stupisce affatto. Fin dalla celeberrima *Van Gend & Loos* e ancor più, poi, con le sentenze che affermarono

3 Cfr. in particolare Elisabetta Tarquini, *Il velo, il mercato e il corpo delle donne. La giurisprudenza di fronte al divieto di vestizione del velo islamico*, in *Lavoro Diritti Europa*, 2018, n. 1.

4 Cfr. Paul A. Samuelson, *Consumption Theory in Terms of Revealed Preference*, in *Economica*, 15 (1948).

l'effetto diretto (inizialmente verticale, poi anche orizzontale) delle direttive non attuate, la Corte di giustizia ha utilizzato il meccanismo del rinvio pregiudiziale per consentire che le ragioni del mercato unico penetrassero negli ordinamenti degli Stati membri assai più di quanto questi ultimi non fossero disposti a tollerare e concedere. L'attribuzione ai singoli di un diritto soggettivo all'adempimento degli obblighi nascenti dal diritto dell'Unione è stato cioè principalmente funzionale alla rimozione degli ostacoli (dei "lacci e laccioli", per dirla con Guido Carli) che gli Stati membri continuavano a frapporre alla piena libertà di movimento di merci, servizi, persone e (specialmente) capitali, nel tentativo disperato di preservare un qualche spazio di efficacia alle politiche economiche interne che, dopo la denuncia degli accordi di Bretton Woods e la crisi petrolifera del 1973-75, si proponevano di mantenere la piena occupazione nonostante l'inflazione crescente. E non a caso furono le imprese, più ancora che gli individui, a diventare protagonisti dell'espansione del diritto comunitario: l'affermazione dei diritti accanto agli obblighi era davvero "sostanziale protezione di libertà", come notò tempestivamente Alberto Trabucchi⁵ (che della Corte fu prima giudice e poi Avvocato generale), ma anzitutto della loro libertà di commercio.

In quest'ottica, non deve stupire né la sfrontatezza con cui la Corte di giustizia, nella notissima *Internationale Handelgesellschaft* (14 dicembre 1970, C-11/70), ebbe ad affermare la prevalenza del diritto comunitario anche sulle costituzioni degli Stati membri e sui diritti fondamentali da esse tutelati, né il fatto che – di lì a poco – abbia cominciato a coniare, in via pretoria e senza alcun appiglio testuale nei Trattati, un'ampia congerie di principi e diritti fondamentali di cui essa stessa si sarebbe fatta garante (dalla proprietà alla libertà d'iniziativa economica, dalla libertà di religione a quella sindacale)⁶: si trattava semplicemente di indurre i giudici europei ad accettare la dottrina della prevalenza del diritto comunitario e vincere così le resistenze che provenivano specialmente dalla Corte costituzionale italiana e dal Tribunale costituzionale federale tedesco.

E i giudici comuni, a cominciare da quelli italiani, a questa sollecitazione sono stati quanto mai sensibili: magari nell'ottica di realizzare per davvero un ordinamento "ispirato alla pace e alla giustizia fra le nazioni", come – richiamando l'art. 11 Cost. – enfaticamente scrisse la Corte costituzionale nella sentenza *Frontini*⁷, ma probabilmente anche perché il rinvio pregiudiziale ha consentito ad ogni giudice, foss'anche situato al gradino più basso dell'ordine giudiziario, di poter decidere una causa senza applicare la legge vigente e senza alcun obbligo di rivolgersi previamente alla Corte costituzionale perché la dichiarasse costituzionalmente illegittima: e questa è una vertigine difficilmente resistibile per la tentazione, che in ogni giudice alberga, di farsi legislatore, tanto più che, con frequenza sempre crescente, la Corte di giustizia ha demandato ai giudici di compiere essi stessi quel bilanciamento fra diritti e interessi ritenuto necessario all'applicazione della norma europea così come interpretata a seguito del rinvio pregiudiziale (è ciò che, nelle pronunce della Corte di giustizia, si sottintende con la formula secondo cui "spetta al giudice nazionale verificare...")⁸.

Si è affermata così, in grazia di questa sinergia, l'idea oggi dominante secondo cui il 'dialogo' tra i giudici e le Corti supreme costituisce non solo un modello di democrazia, ma anche un modello migliore degli altri: e migliore, segnatamente, di quello che invece vorrebbe i parlamenti a legiferare e i giudici ad applicare la legge vigente. Non la legislazione, ma la giurisdizione è, secondo Trabucchi, la "massima espressione del fenomeno giuridico"⁹; e non

5 Alberto Trabucchi, *Un nuovo diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1966, I, p. 266.

6 Si veda la puntuale ricostruzione di Giulio Itzcovich, *Teorie e ideologie del diritto comunitario*, Giappichelli, Torino, 2006, p. 134 ss.

7 Corte cost. 18 dicembre 1973, n. 183.

8 Sia consentito qui il rinvio a Luigi Cavallaro, *Le Carte e le Corti. Note minime su alcune recenti pronunce della Corte di giustizia e della Corte costituzionale in materia di efficacia della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, in *Lavoro Diritti Europa*, 2019, n. 1.

9 A. Trabucchi, *Un nuovo diritto*, cit.

sarebbe un caso, in quest’ottica, che a far tempo da *Van Gend & Loos*, la Corte di giustizia abbia sostituito la consueta formula “*La Cour déclare et arrête*”, con cui chiudeva le proprie sentenze, con una nuova, secondo cui “*La Cour dit pour droit*”: sarebbe *a contrario* la conferma che la decisione della Corte vale a dichiarare il diritto dell’Unione con efficacia generale, avvalendosi di un potere normativo che – per dirla con le parole di un altro celebre giudice comunitario, Mertens de Wilmars – “deve rimanere prerogativa del giudice e non deve passare al legislatore”¹⁰.

È in fondo la stessa prospettiva che sta alla base dell’idea del “diritto mite”, giusta la celeberrima espressione di Gustavo Zagrebelsky¹¹, che è stata recentemente evocata in un’importante sentenza delle Sezioni Unite della Cassazione a proposito dell’esposizione del crocefisso nelle aule scolastiche¹². Ma è una prospettiva che, a chi scrive, continua a suscitare più perplessità di quante non ne tolga.

I costituzionalisti¹³ c’insegnano che il diritto è strettamente connesso con il potere e che l’ultramillenaria aspirazione di sostituire al governo degli uomini il governo delle leggi si scontra con il dato di realtà che non esiste fonte del diritto che non abbia radice nell’umana volontà, che in tanto può positivizzare il proprio contenuto in quanto riesce ad imporlo al soggetto passivo (o ai soggetti passivi) dell’atto volitivo. E non è affatto detto che un ordinamento fondato sulla centralità della giurisdizione possa essere più ‘mite’ di un altro che sia fondato sulla centralità della legislazione, nemmeno quando – per usare le parole della citata sentenza delle Sezioni Unite della Cassazione – esso ricerchi le soluzioni del caso di specie secondo “un ragionevole accomodamento che consenta di favorire la convivenza delle pluralità”¹⁴. Già fin dal suo primo apparire, che si riporta alla giurisprudenza americana sulla libertà d’espressione del Secondo dopoguerra¹⁵, era chiaro ai suoi stessi sostenitori che la tecnica del bilanciamento degli interessi spetta principalmente al legislatore e mal si concilia con la giurisdizione: e ciò perché, mentre il parlamento, che è il luogo in cui i molteplici interessi in gioco possono trovare più facilmente rappresentanza e rappresentazione, dispone dell’amplissimo margine di manovra che gli viene dal solo limite della legittimità costituzionale dei propri provvedimenti, la giurisdizione, trovandosi sempre davanti ad un caso singolare, non può disporre né di analoga ricchezza né di altrettanta flessibilità: alla fine, bisognerà pur sempre dar ragione a qualcuno e torto a qualcun altro¹⁶.

Ancor più la centralità della giurisdizione può risultare problematica quando si tratti del rapporto tra ordinamenti giuridici che non ruotano intorno allo stesso asse di principi e valori fondamentali¹⁷. Abbiamo già ricordato che all’origine della giurisprudenza della Corte di giustizia in materia di diritti fondamentali stava in realtà il tentativo di indurre i giudici europei ad accettare la dottrina della prevalenza del diritto comunitario e di vincere le resistenze all’integrazione degli ordinamenti nel mercato unico: nelle parole acuminata di Joseph Weiler, mentre la struttura superficiale degli arresti della Corte era costituita dall’evocativo linguaggio dei diritti umani, la struttura profonda di quelle decisioni era tutta rivolta alla rivendicazione della *primauté* del diritto comunitario e della sua logica mercantile¹⁸.

10 Josse Mertens de Wilmars, *Il potere giudiziario nella Comunità europea*, in *Foro Padano*, 1976, IV, 31.

11 Si allude ovviamente a Gustavo Zagrebelsky, *Il diritto mite*, Einaudi, Torino, 1992.

12 Cass. S.U. 9 settembre 2021, n. 24414.

13 Cfr. specialmente Massimo Luciani, *Quanto è mite il diritto mite di Gustavo Zagrebelsky?*, in *Il costituzionalista riluttante. Scritti per Gustavo Zagrebelsky*, a cura di A. Giorgis, E. Grosso e J. Luther, Einaudi, Torino, 2016, p. 36 ss.

14 Così Cass. S.U. n. 24414 del 2021, cit., in motivazione.

15 Lo ricorda Roberto Bin, *Critica della teoria dei diritti*, FrancoAngeli, Milano, 2018, p. 51 ss.

16 Così Luciani, *op. cit.*, spec. p. 42-43.

17 Sulla “non coassialità” della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione rispetto alla Costituzione repubblicana cfr. almeno R. Bin, *op. cit.*, spec. p. 69 ss. (e, volendo, anche L. Cavallaro, *Servitore di due padroni, ovvero il paradosso del giudice del lavoro*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2014, I, 137 ss.).

18 Cfr. Joseph H. H. Weiler, *Eurocracy and Distrust: Some Questions Concerning the Role of the European Court of Justice in the Protection of Fundamental Human Rights Within the Legal Order of the European Communities*, in *Washington Law Review*, vol. LXI (1986), n. 3, spec. p. 1119.

Ebbene, non mi pare che il peso che sulla bilancia dei giudici dell'Unione esercitano le quattro libertà fondamentali (delle merci, dei servizi, delle persone e dei capitali) sia diminuito dopo l'incorporazione nei Trattati della Carta dei diritti fondamentali: senza necessità di scomodare il famigerato quartetto di decisioni rese dalla Corte in materia di diritti sociali, la sentenza che stiamo commentando e le altre cui essa ha dato continuità di questo, alla fine, ci raccontano. La Corte di giustizia ribadisce che gli Stati membri possono tutelare i loro diritti fondamentali fintanto che (*"Solange"*, verrebbe da dire) questi non interferiscono con il primato della libertà d'intrapresa economica che è assicurato dal diritto dell'Unione. E per questa via, mentre la dottrina irenicamente¹⁹ si illude (e ci illude) che viviamo in un "Paese delle meraviglie", in cui le carte dei diritti si sostengono le une con le altre, si integrano reciprocamente senza frizioni e assicurano una tutela più intensa dei nostri diritti, accade invece che, posti sulla bilancia della Corte di questo "Paese delle meraviglie" che è l'ordinamento dell'Unione, alcuni diritti perdono improvvisamente di peso e consistenza e, proprio come il gatto di Alice, sfumano nel nulla, lasciando dietro di sé solo un sorriso²⁰.

19 L'avverbio valga come riferimento a M. Luciani, *Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico*, in *Giur. cost.*, 2006, p. 1643 ss.

20 Rubiamo la felice similitudine a R. Bin, *op. cit.*, p. 93.