



Numero 1 / 2018
(estratto)

Alberto Guariso

Velo islamico e questioni connesse

Velo islamico e questioni connesse

Alberto Guariso

Avvocato in Milano

Abstract

L'articolo esamina alcuni punti critici della sentenza Achbita della CGUE, in particolare sotto il profilo del discutibile uso della nozione di discriminazione indiretta, segnalando la possibile contraddizione tra il riconoscimento della neutralità come valore che può essere imposto ai dipendenti per esigenze di mercato e la tendenza dell'impresa moderna a qualificarsi sempre più spesso come "impresa etica" fondata sulla condivisione di valori comuni. Viene anche segnalato come, in prospettiva, questa pretesa di neutralità possa limitare il riconoscimento del valore costituzionale del lavoro come luogo di realizzazione della persona; e come possa anche nuocere alla stessa impresa, per la quale il coinvolgimento del prestatore nella "mission" aziendale non può prescindere dal riconoscimento e dalla accettazione della sua identità..

The article investigates some critical aspects of the Achbita CGUE case. In particular, it focuses on the debatable use of the notion of "indirect discrimination". The article highlights the potential contradiction between the acknowledgment of neutrality as a value that can be imposed to the employees for market reasons, and the current tendency of modern firms to present themselves as "ethic or social enterprises" that are based on the sharing of common values. Furthermore, the article discusses how such imposed neutrality could, in perspective, limit the recognition of the constitutional value of labor. This, in turn, might limit the incentives for modern firm to involve employees in the "company mission".

Proprio nelle stesse settimane in cui la CGUE pubblicava la sentenza *Achbita* (commentata da Elena Tarquini su questo numero) un negozio di abbigliamento di Mantova, probabilmente affaticato da una pregressa attività di selezione troppo carica di sorprese, esponeva il seguente cartello di ricerca di personale “*CERCASI GENTE NORMALE*”.

I due fatti hanno – *si parva licet* – qualcosa in comune.

Il riferimento alla “normalità” - benché apparentemente apprezzabile per l’omissione di quella miriade di requisiti, spesso anche extralavorativi, che caratterizzano molti annunci di ricerca personale – sollecita inevitabili interrogativi su quali “anormalità” l’imprenditore sarebbe stato disponibile a tollerare, quali altre avrebbero invece rappresentato un ostacolo insormontabile all’assunzione e quali di queste ultime avrebbero potuto trovare tutela nel diritto antidiscriminatorio.

Ma, prima ancora, l’originale cartello invita a riflettere su quali “anormalità” siano espressione della sacrosanta identità personale di ciascuno; e dunque invita a chiedersi se la pretesa di scolorirle o magari annullarle come condizione per accedere a un posto di lavoro, salvaguardi la dignità del lavoro e risponda davvero agli interessi del datore di lavoro, che dal sereno accoglimento dell’apporto originale di ciascuno nel luogo di lavoro potrebbe beneficiare in termini di fidelizzazione all’impresa, di creatività e magari anche di efficienza.

A una prima lettura (salvo le precisazioni di cui si dirà) l’opzione della CGUE nella sentenza *Achbita* non si distanzia troppo dal cartello mantovano: anche l’assenza di “*segni visibili di convinzioni politiche, filosofiche o religiose*” (secondo la definizione della sentenza) è a suo modo un occultamento della identità: e la Corte, come sappiamo, in nome della libertà di impresa ha completamente sdoganato la legittimità di una politica aziendale che vieti a tutti i dipendenti di indossare tali segni imponendo una neutralità di abbigliamento, proprio perché tale politica, essendo rivolta a

tutti i dipendenti, non potrebbe in nessun caso, secondo la Corte, costituire discriminazione diretta.

Si dirà poi delle critiche a questo iter logico. Ciò che qui si vuol rilevare è che il percorso di valorizzazione della neutralità che va dal cartello mantovano fino alla Corte di Lussemburgo presenta alcune contraddizioni.

La prima è che il diritto antidiscriminatorio, benché sia indubbiamente una articolazione del discorso generale sull'uguaglianza (non importa qui stabilire se si tratti, secondo le varie opinioni, della trave portante perché dotato di una particolare efficacia, o del parente povero perché circoscritto entro l'ambito dei fattori protetti) non ha nulla a che vedere con l'appiattimento nella neutralità. Anzi, la sua funzione storica è esattamente quella opposta, cioè garantire che diverse identità si possano manifestare senza che ciò si traduca in ragione di svantaggio per chi ne è portatore.

Tale funzione è forse sempre stata pacifica per quei fattori protetti che sono inevitabilmente manifesti e immutabili (l'appartenenza etnica, il genere, ...) ma l'ordinamento la vuole a maggior ragione confermare con riferimento ai fattori "occultabili" come la religione o le convinzioni personali. L'assetto sociale che il diritto antidiscriminatorio vuole sostenere e tutelare non è quindi quello di una uguaglianza basata su identità privatizzate (ché anzi in quel contesto il diritto antidiscriminatorio non avrebbe più alcuna funzione, non potendosi più far questione di svantaggi "a causa di" caratteristiche di cui nessuno sarebbe a conoscenza) ma quello di identità manifeste, anche quando, a rigore, potrebbero non esserlo.

Sorprende dunque e merita un prudente approfondimento il fatto che, proprio in una fase storica in cui il diritto antidiscriminatorio entra in modo così solenne nelle Carte dei diritti fondamentali, se ne prospetti contestualmente un così radicale indebolimento, mediante la riconduzione di una intera collettività (quella della "fabbrica") a luogo dove può

legittimamente essere preclusa la manifestazione identitaria.

2.

Un secondo motivo di riflessione riguarda il rapporto tra l'assetto cui la Corte conferisce legittimità e la natura che va assumendo l'impresa nell'attuale contesto produttivo.

Il riferimento è al fenomeno, già autorevolmente segnalato¹, delle “*religioni aziendali*”. cioè a quegli atti unilaterali dell'imprenditore che superano i tradizionali codici di condotta (che si limitavano a fissare regole di comportamento (ma che erano già di per sé piuttosto invasivi, in quanto spesso estesi a comportamenti extralavorativi). I nuovi codici giungono invece a vere e proprie enunciazioni di valori ai quali l'impresa, in tutte le sue componenti, aderisce e deve aderire, così avvicinandosi molto a quelle “*altre organizzazioni pubbliche o private la cui etica è fondata sulle convinzioni personali*” di cui parla l'art. 4 direttiva 2000/78, con definizione che ancora oggi segna il limite (spesso assai labile) delle cd “organizzazioni di tendenza”.

Si moltiplicano così, ormai da decenni, “codici etici” ove l'adesione non solo alle regole di comportamento, ma anche ai valori ivi riportati è indicata come una sorta di obbligo giuridico che, benchè difficilmente azionabile davanti a un giudice, è comunque connesso al rapporto di lavoro.

Prendiamo ad es. le premesse al codice di una nota industria alimentare italiana:

“ l'obiettivo primario è quello di far sì che sia introdotta anche una valutazione etica, sia nel decidere propri comportamenti sia nel valutare quelli degli altri, unendo in questo modo la sfera morale a quella manageriale, le responsabilità individuali a quelle dell'azienda e la sfera personale a quella organizzativa... Questo documento deve diventare un “contratto morale” ... Deve diventare un vincolo morale personale. Non rafforzerà direttamente la posizione competitiva, ma lo farà indirettamente se permetterà

¹ Viscomi “Organizzazioni eticamente fondate e rapporti di lavoro” in Viscomi (a cura di) *Diritto del lavoro e società multiculturale*, Napoli, 2011

a tutti di adottare una visione etica e una cultura condivisa.”

I termini, come ben si vede, sono impegnativi e altisonanti e delineano una nozione “comunitaria” dell’impresa come luogo di condivisione di valori e di attività volte al raggiungimento di un obiettivo condiviso.

I pericoli di una simile nozione sono di tutta evidenza, ma forse un ordinamento come il nostro - che dal 1970 in poi ha saputo valorizzare il dispiegarsi del conflitto tra interessi contrapposti quale condizione essenziale per il realizzarsi della funzione sociale dell’impresa - potrebbe essere in grado di ammortizzarli, traendone solo gli aspetti positivi.

Ebbene, se così è, come può accedere che una impresa sempre più “etica”, possa pretendere lavoratori sempre più neutrali ? Qualcosa non torna in queste tendenze divaricanti.

E torna ancora meno se, allunghiamo lo sguardo verso il lavoro del futuro. Dovremmo così prendere atto che, se pure è vero che il processo di riduzione dei “lavori poveri” a basso contenuto professionale in favore di lavori tecnologici avanza molto più lentamente rispetto a quanto talora si favoleggi, è anche sicuramente vero che l’epoca del lavoro digitale presenta, per quanto qui rileva, due peculiarità: da un lato si vanno attenuando i vincoli oggettivi derivanti dalla struttura produttiva (si pensi al telelavoro), dall’altro diviene inevitabile valorizzare ambiti più o meno ampi di creatività del lavoratore, liberato tramite l’automazione dalle fasi più esecutive del processo.

Entrambe queste tendenze preludono a una impresa che funziona se l’inevitabile e sacrosanto conflitto di interessi, va di pari passo con la fidelizzazione del dipendente e una qualche forma di condivisione della *mission* aziendale; prospettandosi così, anche sotto questo profilo, un surplus di carica valoriale del lavoro (componenti tutte ignorate – sia consentita la digressione - dalla esasperata precarizzazione che il nuovo diritto del lavoro persegue).

Sarebbe dunque paradossale se, entro una impresa così eticamente connotata e che così fortemente ha bisogno della condivisione dei suoi dipendenti, il lavoratore dovesse presentarsi necessariamente “normale”, spogliato della sua identità e di quei segni esteriori che la rendono manifesta e la consolidano nella relazione con gli altri, per assumere solo l'identità dell'impresa: la prospettiva (forse futuribile, ma non così tanto) di una impresa etica e di lavoratori “neutralizzati” o meglio appiattiti sull'etica aziendale crea un capovolgimento inaccettabile ove la dignità personale (della quale fede e convinzioni personali fanno parte integrante) realizzata nel lavoro cede il passo a una “dignità dell'impresa” trasfigurata in soggetto etico.

Si aggiunga, se proprio vogliamo guardare ancora più lontano, che la vicenda della signora Achbita, vittima innocente del desiderio di neutralità del suo datore di lavoro, appare ancora più anomala se guardiamo ai lavori più nuovi, come quelli su piattaforma, oggetto di recente di molti approfondimenti dei giuslavoristi².

Come noto in tale ambito la prosecuzione del rapporto è normalmente condizionata a un *rating* assegnato al prestatore sulla base delle valutazioni della clientela e operante secondo criteri di automaticità (il famoso algoritmo) senza che il prestatore possa avere conoscenza del numero, della entità e soprattutto della motivazione di tali valutazioni, alcune delle quali ben potrebbero basarsi su fattori vietati. Ebbene a fronte di questo mare di dati circolanti in rete e ignoti al prestatore, che possono afferire anche a caratteristiche personali (la simpatia, la bellezza, la conoscenza della lingua italiana...) o a fattori vietati (il colore della pelle, la presenza o meno di un copricapo ecc.) e ai quali è affidato il suo futuro lavorativo, il lavoratore si dovrebbe presentare ancora una volta, secondo la teoria neutralista, depurato dai propri simboli etici, politici e religiosi: nudo alla prova del

² Si veda per tutti il numero ..di Rivista Giuridica del lavoro, interamente dedicato al tema

rating; esposto alle valutazioni, ma impossibilitato ad affrontarle con tutta la sua persona.

Anche sotto questo profilo, dunque, qualcosa non torna.

3.

Certo, non va dimenticato che la giurisprudenza ha avuto modo di affrontare anche casi (uno, almeno) in cui la neutralità è stata rivendicata come diritto del dipendente. È la vicenda, all'epoca molto considerata dalla stampa, della scuola di Adro (BS) che il locale sindaco aveva tappezzato di simboli di partito (la Rosa Camuna cara alla Lega Nord) spacciandoli per patrimonio culturale del luogo.

Secondo logica, la questione avrebbe potuto e dovuto essere affrontata più propriamente sotto il profilo del diritto di allievi e genitori a una scuola laica e pluralista, ma il fatto che il divieto di discriminazione per convinzioni personali sia vigente per il solo ambito lavorativo ha obbligato ad affrontare la paradossale situazione solo dall'angolo visuale dei lavoratori della scuola, facendo valere appunto il loro diritto a operare in un ambiente non connotato politicamente.

Uno dei due giudici che hanno esaminato la vicenda, ha operato una discutibile distinzione tra insegnanti e personale non docente³, ma entrambi non hanno avuto dubbi nel riconoscere che *“la presenza del simbolo del sole delle Alpi, quale simbolo del partito della Lega nord, discrimina gli insegnanti addetti alla scuola di Adro, creando una situazione di svantaggio consistente nella compromissione della libertà di insegnamento, rispetto agli insegnanti di tutte le altre scuole pubbliche cui la stessa invece è garantita con la necessaria doverosa ampiezza”*⁴.

³ Secondo il giudice Azzollini (sentenza Trib.Brescia 7.2.11 in causa Comune di Adro c. CGIL che può leggersi nella rassegna “Senza distinzioni”, a cura di A.Guariso, Milano, 2012, 298) *“mentre lo svantaggio in cui si possono trovare gli altri lavoratori della scuola non è... Diverso da quello in cui può trovarsi chiunque accede alla stessa, quello degli insegnanti è caratterizzato dalla rilevanza costituzionale e dall'importanza fondamentale del principio della libertà di insegnamento che deve essere loro garantita e che essi stessi devono garantire”*. La decisione di primo grado è invece Tribunale Brescia 29.11.10 est. Alessio CGIL c. Comune di Adro, ivi, 288

⁴ Così la sentenza 7.2.11, cit.

Il caso è certamente estremo, sia per il carattere clamorosamente partitico della pretesa, sia perché riferito a quel luogo principe della neutralità e del pluralismo che dovrebbe essere la scuola. Tuttavia manifesta una concorrenza non solo tra interessi contrapposti di impresa e dipendenti proprio della vicenda Achbita, ma anche “interna” ai diritti del lavoratore (da un lato il diritto alla identità e ai suoi simboli, dall’altro il diritto alla neutralità) che dà bene la misura di quanto sia delicata la ricerca di un punto di equilibrio e bilanciamento.

Su tale difficile ricerca, lo stato attuale di dottrina e giurisprudenza può forse suggerire almeno due riflessioni.

4.

La prima riguarda la scelta (tutto sommato politica più che giuridica) di quale peso attribuire alla esigenza di manifestazione esteriore del “belief”.

Il punto si coglie agevolmente proprio dalla lettura della sentenza del Tribunale di Lodi illustrata nel commento di Elisabetta Tarquini. Qui il giudice perviene alla negazione della discriminazione equiparando la condizione di chi rifiuta di scoprire i capelli per un qualsiasi vezzo personale con chi rifiuta di farlo per motivi religiosi, con ciò finendo per porre sullo stesso piano qualsiasi esigenza estetica del datore di lavoro indipendentemente dall’effetto che queste hanno sulla identità personale del prestatore.

Ma non molto diverso è, da questo punto di vista, anche l’iter logico della Corte di giustizia laddove, come si è detto, colloca l’esame delle vicende a lei sottoposte sotto il profilo della discriminazione indiretta, non potendosi mai configurare una discriminazione diretta laddove il divieto gravi su tutti i segni identitari.

Come già da più parti rilevato⁵ questa opzione ha l’immediato effetto di

⁵ si veda per tutti V.Nuzzo “Verso una società multiculturale. Gli inediti conflitti tra la libertà di vestirsi secondo la propria fede e l’interesse datoriale al profitto”, WP CSDLE MASSIMO D’ANTONA, 2017-

allentare i criteri del test di proporzionalità: nel caso di discriminazione diretta occorrerebbe infatti attingere al criterio più rigido del “*requisito essenziale e determinante per lo svolgimento dell’attività lavorativa in relazione alla natura di un’attività lavorativa e al contesto in cui essa viene espletata, purchè la finalità sia legittima e il requisito proporzionato*” ai sensi dell’art. 4 direttiva 2000/78; mentre nel caso di discriminazione indiretta occorrerebbe fare riferimento allo schema più flessibile delle cause di giustificazione ex art. 2, lettera b) della direttiva.

Ma al di là del carattere più o meno lassista dell’esito, ciò che si vuol rilevare è che negando la discriminazione diretta solo perché i “credenti” sotto tutti egualmente soggetti al divieto la Corte sceglie di limitare la comparazione all’interno del gruppo e di considerare “non comparabili” il gruppo di coloro che ambiscono alla manifestazione dei simboli (di un simbolo qualsiasi) e il gruppo di coloro che non vi ambiscono (i laici, o “i normali”, come direbbe il cartello mantovano).

Difficile non vedere in questa scelta una svalutazione del primo gruppo la cui pretesa non atterrebbe più, in questa ricostruzione, a quel diritto alla dignità personale che è propria di qualsiasi lavoratore (e quindi anche del secondo gruppo). Evidentemente, secondo la Corte, non è così, perché il primo gruppo accampa una pretesa che, considerata nel suo insieme (tutte le convinzioni e tutti i simboli) li rende diversi e non comparabili e dunque non trova tutela nel diritto antidiscriminatorio, se non paradossalmente....mediante il transito nel gruppo del “neutrali”.

Non a caso l’avvocato generale, nelle sue conclusioni, ha posto le premesse per la decisione laddove ha affermato che la scelta di ostentazione del simbolo non riguarda “*una caratteristica immutabile*” (sottintendendo che se, così fosse, il discorso potrebbe essere diverso) “*quanto piuttosto un aspetto dello stile di vita privato*” (par. 116) dunque tutto sommato una opzione libera, le cui conseguenze non possono che restare in capo al dipendente.

La rivisitazione del tema passa dunque inevitabilmente dalla costruzione di un consenso attorno al “peso” da attribuire al simbolo in quanto tale in rapporto alla dignità personale.

Qualche autore, condivisibilmente, ha suggerito di ricondurre la tematica della identità e del simbolo all'interno della “*dignità umana*” ex art. 41 Cost. e della “*personalità morale*” ex art. 2087 c.c. con la conseguente applicabilità dei vincoli posti da quest'ultima clausola generale al datore di lavoro⁶.

Certo questa riconduzione del *belief* nelle sfere più nobili e perciò doverosamente tutelate della persona richiede necessariamente un accordo definitorio del primo al fine di escludere la tutela di comportamenti capricciosi che finiscano per collocare qualsiasi stravaganza personale del dipendente nell'ambito della convinzione personale tutelata.

In proposito il riferimento, tutt'altro che risolutivo, non può che essere alla giurisprudenza della CEDU secondo la quale ciò che trova tutela nell'art. 9 della Convenzione sono quelle visioni del mondo che raggiungano un certo livello di coscienza, di serietà, di coesione e di importanza e che non siano confinate in ambito esclusivamente individuale⁷.

Ma risolto il problema della serietà del “credo” resterebbe poi comunque da considerare la serietà della ostentazione, con il rischio di una indagine, sul carattere più o meno vincolante del precetto al quale il lavoratore riconnette il suo “obbligo” di conservare il simbolo anche sul luogo di lavoro.

È di tutta evidenza che una simile indagine (che pure nel procedimento che ha portato alla citata sentenza del tribunale di Lodi il giudice ha preteso di fare, ponendo a carico della ricorrente l'onere di provare che chi indossa il *hijab* lo fa effettivamente per effetto delle proprie convinzioni religiose) avrebbe esiti inevitabilmente arbitrari e sarebbe del tutto fuori luogo per un'aula giudiziaria, che non è il luogo per fornire interpretazioni autentiche

⁶ M. Ranieri, “l'abbigliamento nei luoghi di lavoro: dalla tuta blu al velo usa e getta”, in Viscomi, op.cit., 260

⁷ La sentenza di riferimento sul punto è Campbell, 1982.

del Corano, né di altri testi religiosi.

Ciò nondimeno una qualche verifica sul punto sarà pur sempre necessaria se si vuole riattribuire al *belief* e a ciò che lo manifesta il giusto valore, idoneo a competere con il valore delle esigenze di mercato, facendolo così uscire dall'angolo del mutevole “*stile di vita privato*” nel quale l'hanno confinato le citate conclusioni dell'avvocato generale nella causa *Achbita*.

5.

Una seconda e ultima considerazione riguarda il recente tentativo di parte della dottrina di estendere l'obbligo di “*accomodamenti ragionevoli*” a fattori diversi da quello della disabilità.

Come è noto tale nozione è stata introdotta dall'art. 5 direttiva 2000/78 per l'ambito del rapporto di lavoro e poi estesa ad ogni ambito della vita sociale dalla convenzione ONU 13.12.2006 sul diritto delle persone con disabilità, che, a seguito della approvazione da parte dell'Unione (decisione 2010/48) ha acquistato nell'ordinamento valore di fonte primaria, preminente rispetto al diritto derivato.⁸

La convenzione precisa, formalizzando ciò che nell'art. 5 della direttiva era solo implicito, che il rifiuto di accomodamenti ragionevoli, ove questi siano dovuti, costituisce discriminazione (art.2, comma 4) , con la conseguenza che avverso detto rifiuto possono essere azionati i rimedi tipici del diritto antidiscriminatorio

Rispetto al tema qui esaminato, l'accomodamento ragionevole presenta la peculiarità di configurare un obbligo positivo a carico del datore di apportare “*modifiche e adattamenti necessari ed appropriati*” (art. 2 convenzione) per porre in condizione di parità effettiva il portatore di uno svantaggio originario, fino al limite del “carico sproporzionato o eccessivo” per lo stesso datore di lavoro.

Ebbene, proprio nell'ottica neutralista, il “portatore del simbolo”, come il

⁸ Così precisa la sentenza 11.4.13 *HK Danmark*, C-335/17 e C-337/17; nello stesso senso la recente .

portatore di handicap, è anch'esso segnato da uno svantaggio originario, se non altro per il fatto di essere (asseritamente) meno gradito al pubblico, di avere necessità di un tempo per la preghiera nel corso della giornata, di un cibo diverso da quello fornito dalla mensa aziendale e così via.

Di per sé non vi è dunque motivo per cui un obbligo che ha fatto ingresso in modo ormai consolidato nel diritto antidiscriminatorio sia confinato al solo fattore disabilità. E in effetti, come si è detto, sia la dottrina sia le istituzioni europee vanno riflettendo sulla possibilità di una estensione analogica⁹.

In realtà una forma di accomodamento ragionevole è già implicita nel “test di necessità” previsto sia quando si tratta di “requisito essenziale e determinante”, sia quando si parla di “cause di giustificazione”; tanto che persino la CGUE è costretta ad ammettere che il passaggio dalla “pretesa generale di neutralità” al singolo licenziamento del dipendente non-neutrale presuppone preliminarmente la verifica (rimessa al giudice nazionale) della impossibilità di attribuire allo stesso mansioni non a contatto col pubblico; una volta reperite le quali, la pretesa di neutralità e la conseguente legittimità del licenziamento dovrebbero venire meno (la conclusione non è esplicitata dalla Corte, ma appare inevitabile).

L'accomodamento ragionevole è tuttavia molto di più di un semplice onere di mutamento di mansioni: sia perché rende obbligatoria tale modifica fino al limite dell'onere sproporzionato ed eccessivo (con ciò delimitando con maggior precisione il requisito della “necessità” di cui all'art. 4 direttiva), sia perché – diversamente dalle cause di giustificazione cui si appella la Corte, che fanno riferimento al gruppo protetto nel suo complesso - è sempre un provvedimento individuale, modellato sul caso concreto, con una più stringente verifica della sua idoneità ad eliminare lo svantaggio; sia infine

⁹ Si veda il volume di Emanuelle Bribosia e Isabelle Rorive “*Reasonable Accommodation beyond disability in Europe ?*” pubblicato dalla Commissione Europea; nonché Katayoun Alidati “*Reasonable Accommodation for Religion and Belief*”, *European Law Review* 6, 12.

perché, avendo come riferimento il limite dell'onere sproporzionato ed eccessivo, apre la strada ad una positiva cooperazione del datore alla tutela della identità.

E' una strada molto distante e forse opposta a quella che prefigura la Corte nella sentenza *Achbita*, ma non è detto che, con buona pace delle spinte xenofobe, alla fine non siano gli stessi interessi dell'impresa a renderla inevitabile.