

Francesco Rizzi\*

## Soffia il vento del cambiamento: sapremo costruire i mulini?

### Sommario

1. Introduzione – 2. Il caso, le norme e la decisione del Tribunale – 3. I limiti all'autonomia collettiva delle organizzazioni religiose nella giurisprudenza Cedu – 4. Spunti di diritto comparato – 5. Lavorare e vivere insieme: quali strade?

### Abstract

L'articolo, muovendo dall'analisi della decisione del Tribunale di Rovereto che ha ritenuto discriminatorio il mancato rinnovo del contratto di un'insegnante a seguito delle voci sulla sua presunta omosessualità, vuole contribuire al dibattito inerente al bilanciamento tra la dimensione collettiva del diritto alla libertà religiosa e il rispetto del divieto di discriminazione sulla base dell'orientamento sessuale. Innanzitutto, vengono analizzati i profili di interesse che la decisione evidenzia in riferimento ai limiti al regime derogatorio delle garanzie del diritto antidiscriminatorio previsto per il contratto di lavoro nelle organizzazioni di tendenza. Inoltre, il contributo propone una comparazione tra l'esito della decisione del Tribunale di Rovereto e gli *standard* di tutela riconosciuti nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani e quelli previsti in altri Paesi Europei. L'analisi comparata vuole sottolineare il crescente riferimento alla distinzione tra mansioni neutre e mansioni rappresentative dell'*ethos* dell'organizzazione per determinare quando questo ultimo debba prevalere sul divieto di discriminazione in base all'orientamento sessuale. Il fine del contributo è quello di analizzare le zone grigie della disciplina e in particolare sottolineare il rischio che la tutela delle dipendenti e dei dipendenti omosessuali nelle organizzazioni di tendenza religiose possa non essere effettiva quando essi "escono dall'armadio". Al di là del contenzioso, la regolamentazione di questa area del diritto antidiscriminatorio può beneficiare del paradigma del diritto riflessivo che si radica sul confronto e sul diretto coinvolgimento degli *stakeholders* nella risoluzione dei conflitti tra gruppi identitari. Richiamando la teoria dell'agire comunicativo di Habermas, l'A. avverte che tuttavia tale approccio presuppone il muto rispetto e la volontà di entrambe le parti di cooperare attivamente e riconoscere le reciproche identità.

*Moving on from the review of the decision of the Tribunal of Rovereto — in which the Tribunal holds as discriminatory the choice not to renew the contract of a teacher because of the rumours about her homosexuality — the article aims at contributing to the debate concerning the balance between the right to collective religious freedom and the respect of equality on the ground of sexual orientation. Firstly, it considers the important insights laid down by the decision as for the limits of the derogative regime provided for the purpose of employment in religious organisations. Secondly, it compares the outcome of the decision with the standards employed in its case law by the ECtHR and the standards of protection adopted in other European States. This comparative analysis helps in pointing out the increasing reference made by courts and legislators to the distinction between representative and non-representative roles within the religious organisation as the key factor to establish whether religious rules should prevail over equality on grounds of sexual orientation. The main aim of the article is highlighting the persistency of grey areas in which no clear legal standards are provided and the protection of sexual orientation equality might*

\* Research Student, King's College London.  
Il contributo viene pubblicato in seguito a *referees* a doppio cieco.

be curtailed once the employee comes out of the closet. It is maintained that, beyond litigation, antidiscrimination legislation in this field may benefit of the doctrine of reflexive regulation which focuses on the interplay and direct involvement of different stakeholders to overcome conflicts between identity groups. Recalling the Habermas' theory of communicative action, the A. warns that such an approach presupposes mutual respect and the willingness of both sides to actively collaborate and recognise each other identity.

## 1. Introduzione

La lunga battaglia di mobilitazione sociale che ha restituito, anche nel nostro Paese, visibilità e riconoscimento giuridico alle richieste di eguaglianza delle persone omosessuali raccoglie in questi mesi i frutti della sua semina. Dopo l'adozione da parte del Parlamento della legge sulle unioni civili, è arrivata la decisione della Corte di cassazione sulla *stepchild adoption*, che ha sigillato il consolidamento di una giurisprudenza di merito netta sul punto e che compensa la mancanza più grave della l. 76 del 2016. Con la sentenza del 30 settembre 2016, n. 19599, la Cassazione ha riconosciuto l'efficacia nel nostro ordinamento del certificato di nascita di un minore spagnolo con due madri, precisando che "[l]a famiglia è sempre più intesa come comunità di affetti, incentrata su rapporti concreti che si instaurano tra i suoi componenti: al diritto spetta di tutelare proprio tali rapporti".

Il meccanismo deve essere ancora oliato<sup>1</sup>: dalle sentenze si dovrà passare al riconoscimento nel testo normativo dell'adozione *tout court* e ad assicurare che, più ampiamente, la parità di trattamento per le coppie dello stesso sesso trovi corrispondenza nelle pratiche amministrative — e su questo versante si dovrà combattere l'ostruzionismo di quei rappresentanti politici che dispongono di poteri istituzionali tali da poter ritardare l'accesso delle persone omosessuali ai loro diritti<sup>2</sup> — e nell'interazione sociale. Dalle sentenze, dove la parità è garantita *ex post*, si deve passare al riconoscimento trasversale alle diverse aree del diritto dell'eguale dignità delle persone e delle coppie omosessuali. Un ingranaggio che sembrava immobile inizia però a funzionare. Le associazioni che si battono per l'affermazione dei diritti delle persone omosessuali hanno saputo usare le forme di mobilitazione sociale (su tutte, l'accesso alle corti) così che la maggioranza non potesse più escludere la minoranza dal contratto sociale di cittadinanza.

Anche di fronte a questa attesa e dirompente *ondata di eguaglianza*, sospinta dal vento del cambiamento, la sentenza da cui muovono le considerazioni qui di seguito è, per il giurista che tratta il tema del rapporto di lavoro nelle organizzazioni di tendenza (ODT), di certo una sorpresa. Ancorché succintamente motivata, la sentenza del Tribunale di Rovereto ha il pregio di rendere più chiara la disciplina complessa e incerta della pervasività dell'ideologia su cui si fonda l'ODT nel rapporto di lavoro e, di conseguenza, sulla limitazione dei diritti delle lavoratrici e dei lavoratori che vi partecipano. Il caso è quello di un'insegnante a cui non veniva rinnovato il contratto di docenza in una scuola paritaria di ispirazione cattolica a seguito di voci sulla sua presunta omosessualità.

La dottrina che ha approfondito il tema del rapporto di lavoro all'interno dell'ODT con riferimento all'ordinamento italiano<sup>3</sup> ha messo in luce diversi profili di incertezza della disciplina. Tre sono i prin-

- 1 L'impostazione della Cassazione ha trovato applicazione nella decisione del Tribunale di Napoli che ha ordinato con decreto del 11 novembre 2016 — depositato il 6 dicembre 2016 — la trascrizione dell'atto di nascita spagnolo di un minore con l'indicazione di due madri e della Corte di appello di Milano, sentenza del 28 dicembre 2016, n. 3990 in un caso di due gemelli nati negli Stati Uniti tramite gestazione per altri.
- 2 La richiesta di una clausola di obiezione di coscienza alla celebrazione delle unioni civili è emersa anche in Italia come è avvenuto nel Regno Unito e in Francia. Cfr., sul caso francese, M Saporiti, *J'objecte! Obiezione di coscienza e matrimonio egualitario: il caso francese*, in questa *Rivista*, n.1, 2015 pp. 211 e ss. Per un'analisi in chiave comparata, sia concesso il rimando a F. Rizzi, *The religious v. sexual orientation case: a European perspective*, in corso di pubblicazione, 2017; Si vedano le recenti decisioni del Tribunale Amministrativo del Veneto, sentenza del 7 dicembre 2016 e del Tribunale Amministrativo della Lombardia, sentenza del 29 dicembre 2016, che hanno l'illegittimità e il carattere discriminatorio delle delibere dei comuni di Padova e Stezzano, nella parte in cui disponevano un diverso regime per la celebrazione delle unioni civili — luoghi, orari, tariffe — da quello previsto per la celebrazione dei matrimoni civili.
- 3 Per una ricostruzione della fattispecie in dottrina — a cui si rimanda per un'analisi generale delle problematiche e della casistica qui non trattata — si vedano, P. De Sanctis Ricciardone, *L'ideologia nei rapporti privati*, Napoli, Jovene, 1980; F. Santoni, *Le organizzazioni di tendenza ed i rapporti di lavoro*, Milano, Giuffrè, 1983; M. Pedrazzoli, *Tutela della tendenza e "tendenzschutz"*, in *Diritto del lavoro e delle relazioni industriali*, 1987, pp. 749 ss.; più di recente V. Pacillo, *Contributo allo studio del diritto di libertà religiosa nel rapporto di lavoro subordinato*, Milano, Giuffrè, 2003; V. Bavaro, *Ideologia e contratto di lavoro subordinato*, in *Giornale di diritto del lavoro e delle relazioni industriali*, 2, 98, 2003, pp. 193 ss.; R. De Luca Tamajo e F. Lunardon, *Aziende di tendenza e*

cipali nodi di criticità: la definizione dei confini della fattispecie (quali elementi qualificano un'organizzazione come di tendenza), la sussistenza di una distinzione tra mansioni ideologiche (sulle quali l'etica dell'organizzazione può incidere maggiormente, prevalendo sulle garanzie dei diritti delle lavoratrici e dei lavoratori) e neutre (non rappresentative né all'interno né verso l'esterno dell'etica su cui l'organizzazione si fonda) e la dubbia (per alcuni) portata risolutiva del contributo dato dal diritto europeo in materia<sup>4</sup>. La stessa dottrina è divisa, in Italia come all'estero, sull'incisività della revisione da parte delle autorità statali in merito alle scelte dell'organizzazione e, di fatto, su *quando* e *quanto* i diritti individuali debbano essere compressi per rispettare l'autonomia collettiva (le libertà religiosa, politica o di coscienza intese nella loro dimensione collettiva) anche di fronte a principi costituzionali che appaiono, *prima facie*, non negoziabili<sup>5</sup>.

La decisione fornisce peraltro anche utili spunti di riflessione in merito al regime sanzionatorio conseguente l'accertamento della natura discriminatoria del comportamento contestato (*sub* 2.2) nonché alla nozione di discriminazione per associazione (*sub* 2.3).

Più ampiamente, il conflitto tra l'ideologia religiosa e l'eguaglianza in base all'orientamento sessuale nel rapporto di lavoro di tendenza è l'occasione per riflettere su questi profili e, più ampiamente, su una questione che si pone e porrà in modo crescente ora che le persone LGBT vedono riconosciuto il loro *status* di soggetti titolari di diritti: come può il sistema giuridico ridefinire i termini dell'interazione sociale tra gruppi portatori di richieste apparentemente inconciliabili e favorire lo sviluppo di meccanismi di dialogo e convivenza?

## 2. Il caso, le norme e la decisione del Tribunale

### 2.1 Limiti al regime derogatorio delle ODT

La sentenza del Tribunale di Rovereto tratta il primo caso, sinora riportato, di conflitto tra l'etica religiosa di un'organizzazione — che può qualificarsi in termini di dimensione collettiva della libertà religiosa — e il divieto di discriminazione sulla base dell'orientamento sessuale.

L'Associazione Radicale Certi Diritti e la CGIL del Trentino convenivano in giudizio innanzi al Tribunale di Rovereto in qualità di Giudice del lavoro l'Istituto delle Figlie del Sacro Cuore di Gesù, gestore di una scuola paritaria di ispirazione cattolica, al fine di far accertare l'esistenza di comportamenti discriminatori tanto di natura individuale che collettiva.

A una docente in servizio presso la scuola non veniva rinnovato il contratto di lavoro per il successivo anno scolastico dopo un colloquio con la direttrice dell'Istituto, durante il quale risultava fosse stato domandato alla docente di negare una convivenza affettiva con un'altra donna, come voci all'interno dell'organizzazione avevano riportato all'attenzione della direttrice. La ricostruzione del fatto nella decisione commentata precisa che alla docente era stato chiesto di "impegnarsi a risolvere il problema rappresentato dalla sua, presunta, omosessualità". Di fronte al rifiuto da parte dell'insegnante di rivelare qualsiasi dato inerente alla sua vita privata, il contratto di docenza non era stato rinnovato come accaduto negli anni precedenti e non veniva dato corso alla promessa di assunzione a tempo indeterminato una volta ottenuta l'abilitazione.

La difesa dell'Istituto ribatteva l'inesistenza di un'aspettativa e, tantomeno, di un diritto della docente ad essere *rinnovata* per l'anno scolastico 2014/2015 e sottolineava che a seguito dell'incontro tra la direttrice e l'insegnante era venuto meno il carattere di lealtà reciproca e di fiducia caratterizzante qualsiasi rapporto di lavoro. Ci si riferiva al fatto che il supposto e non dimostrato "pubblico dissenso manifestato dalla docente nei confronti del progetto educativo e formativo dell'Istituto" la poneva in insanabile contrasto con l'Istituto stesso, quale organizzazione di tendenza. La difesa dell'Istituto non

disciplina dei licenziamenti individuali, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 3, 2004, pp. 704 ss.; R. Benigni, *L'identità religiosa nel rapporto di lavoro. La rilevanza giuridica della 'fede' del prestatore e del percettore d'opera*, Napoli, Jovene, 2008, pp. 200 ss.; A. Viscomi, *Organizzazioni eticamente fondate e rapporti di lavoro*, in *Diritti Lavori Mercati*, 2, 2009, pp. 381 ss.

4 Così A. Viscomi, *ivi*, si veda anche J. Pasquali Cerioli, *Parità di Trattamento e Organizzazioni di Tendenza Religiose nel "Nuovo" Diritto Ecclesiastico Europeo*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 1, 2013, pp. 71 ss.

5 Cfr. per riferimenti alla dottrina inglese in particolare L. Vickers, *Twin Approaches to Secularism: Organized Religion and Society*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, 32, 1, 2012, pp. 197 ss. e J. Rivers, *The Law of Organized Religion. Between Establishment and Secularism*, Oxford, Oxford University Press, 2010.

trascurava di negare come non fosse mai stata posta in essere qualsivoglia discriminazione in relazione all'orientamento sessuale della docente, essendosi limitati a valutare l'impegno che la stessa si era assunta nell'adesione al progetto educativo della scuola.

La legittimità del mancato rinnovo del contratto risiedeva, secondo la difesa della convenuta, nel generico richiamo ai commi da 3 a 6 dell'art. 3 del D.Lgs. 216/2003, in merito alle limitazioni ed eccezioni ivi previste<sup>6</sup>.

È la disposizione contenuta nel co.5 che regola la disciplina del lavoro nelle ODT, mentre il co. 3 richiama l'eccezione generale al principio di parità di trattamento, che non distingue tuttavia tra ODT e organizzazioni non basate su un'etica determinata. Per quanto riguarda le ODT, il legislatore nazionale recepisce il bilanciamento operato da parte di quello europeo nella citata Direttiva 2000/78, dove è riconosciuta la facoltà agli stati membri di mantenere in essere norme già preesistenti nell'ordinamento nazionale 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.

Il comma 5 stabilisce che il credo religioso e le convinzioni personali delle lavoratrici e dei lavoratori possono costituire un requisito essenziale in connessione allo svolgimento di determinate attività in un'ODT, così da assicurare coerenza tra l'attività svolta e l'ethos su cui l'organizzazione fonda il suo operato nella società. Esula dalla discussione offerta in questa sede un'analisi delle difficoltà applicative di tale disposizione, ovvero la complessità di valutare e stabilire caso per caso quando sussista un conflitto tra le convinzioni personali e religiose del lavoratore e quelle dell'organizzazione e se il regime derogatorio dell'ODT possa essere tale da rendere nei fatti del tutto neglette quelle libertà del lavoratore il cui esercizio può generare un conflitto ideologico<sup>7</sup>.

La pronuncia in esame rileva per determinare in ogni caso uno dei limiti dell'incerto regime di deroga previsto per le ODT. Il Tribunale precisa che il dettato del comma 5 non include comportamenti discriminatori in ragione di fattori di discriminazione vietati diversi dalla religione e convinzioni personali. I fattori vietati di discriminazione come il sesso, l'orientamento sessuale o la razza non possono di per sé integrare un conflitto ideologico che ricade nell'ambito di operatività dell'eccezione del comma 5. Tale lettura è peraltro coerente con il testo della Direttiva che, a differenza da quanto riportato nel D.Lgs. 216/2003, specifica questo limite, stabilendo che le differenze di trattamento in ragione della religione o delle convinzioni personali nelle ODT non possano "giustificare una discriminazione basata su altri motivi" vietati dalla Direttiva (tra cui l'orientamento sessuale).

La trasposizione della Direttiva nel nostro ordinamento peraltro sceglie di non riportare (omette?) la previsione più controversa della Direttiva, ovvero l'ultimo paragrafo del comma 2 art. 4, che recita:

"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".

La formulazione di questa disposizione ha confini oscuri<sup>8</sup>. Tuttavia il riferimento alla possibilità per le ODT di richiedere ai propri dipendenti un atteggiamento di buona fede e lealtà nei confronti dell'ethos dell'organizzazione non può, come chiarisce l'inciso iniziale del paragrafo, pregiudicare il rispetto delle disposizioni della Direttiva: tra queste rientra il divieto che una legittima disparità sulla base delle convinzioni religiose possa giustificare invece un'illegittima disparità in ragione di altri fattori. Questa era al contrario la posizione dell'Istituto che, pur negando un comportamento discriminatorio nei confronti della docente, aveva di fatto considerato l'orientamento sessuale della docente come sufficiente per far venire meno il rapporto fiduciario. Il Tribunale non si spinge fino a indagare la fattispecie di cui al citato comma 2 art. 4 — che la norma nazionale, come accennato, non menziona —, arrestandosi allo

6 L'eccezione generale al principio di parità di trattamento in materia di occupazione e condizioni di lavoro prevista dall'art 3 introduce il criterio del cosiddetto "requisito essenziale": "Nel rispetto dei principi di proporzionalità e ragionevolezza, nell'ambito del rapporto di lavoro o dell'esercizio dell'attività di impresa, non costituiscono atti di discriminazione ai sensi dell'articolo 2 quelle differenze di trattamento dovute a caratteristiche connesse alla religione, alle convinzioni personali, all'handicap, all'età o all'orientamento sessuale di una persona, qualora, per la natura dell'attività lavorativa o per il contesto in cui essa viene espletata, si tratti di caratteristiche che costituiscono un requisito essenziale e determinante ai fini dello svolgimento dell'attività medesima".

7 Sul punto cfr. i contributi citati *supra* nota 2 e in particolare V. Bavaro, *ivi*.

8 Sul punto, anche per considerazioni critiche, si veda più ampiamente *infra* para 3 e 4.

stadio precedente: la deroga al divieto di discriminazione sulla base delle convinzioni religiose e personali nelle ODT non può portare a una discriminazione in ragione di un altro fattore<sup>9</sup>.

## 2.2 Il regime sanzionatorio

La decisione del Tribunale di Rovereto è di particolare interesse anche sotto il profilo sanzionatorio, molto spesso trascurato nelle decisioni nazionali al contrario di quanto stabilito dal diritto europeo. Le sanzioni previste dal diritto europeo in materia di discriminazione devono rispettare i criteri di effettività, proporzionalità, deterrenza, ivi compresa la voce del risarcimento del danno. Se le Direttive Ue non impongano agli Stati membri di attribuire danni punitivi per sanzionare le condotte discriminatorie<sup>10</sup>, esse prevedono nondimeno che il risarcimento del danno debba essere integrale e debba ricoprire ogni aspetto della lesione, incluso quindi anche il danno non patrimoniale<sup>11</sup>. In riferimento alla quantificazione del danno non patrimoniale, il giudice del lavoro di Rovereto riconosce alla docente ricorrente la cifra di 15mila euro, qualificando il danno non patrimoniale subito come danno dell'onore. Se la cifra è in linea o anche superiore a quella stabilita in altre pronunce nazionali in materia, sarebbe più auspicabile che i giudici facessero riferimento alla lesione della dignità umana e alla violazione dell'eguaglianza come bene della vita lesa e integrante il danno non patrimoniale nei casi di discriminazione, così da dimostrare che il sistema giuridico riconosce il carattere autonomo del divieto di discriminazione accanto alle voci più tradizionali della tutela risarcitoria<sup>12</sup>.

Accanto al risarcimento per la ricorrente individuale, la decisione riconosce il risarcimento del danno non patrimoniale alle associazioni ricorrenti, rafforzando la portata della tutela antidiscriminatoria. Come ho avuto già modo di evidenziare in riferimento al caso Taormina<sup>13</sup>, il ruolo delle associazioni funge da correttivo alla mancata visibilità e rilevanza degli interessi e delle richieste del gruppo discriminato — della minoranza — nei processi decisionali. Il bene protetto è quello dell'eguaglianza, che è un bene collettivo. Come rileva il giudice di Rovereto, se le dinamiche in cui la discriminazione si realizza esondano i confini del singolo caso (l'eco pubblica che la questione ha avuto), la discriminazione tocca una molteplicità di soggetti e il fine dissuasivo della sanzione si realizza denunciando pubblicamente l'illegittimità della condotta e riconoscendo il danno non patrimoniale subito da chi opera per contrastare la diffusione delle discriminazioni. Lo svantaggio è dato dalla natura deterrente di una tale

- 
- 9 Sulle problematicità irrisolte che il riferimento alla buona fede e alla lealtà può comportare si vedano i rilievi proposti *infra* para 3 e 4.
- 10 Sul punto, con riferimento alla decisione *Camacho* della Corte di Giustizia (Corte di giustizia UE, 17 dicembre 2015, causa C-407/14) e, più ampiamente, sulla questione del danno punitivo, F. Malzani, *Licenziamento discriminatorio e danno "punitivo ragionevole": verso il superamento di un (apparente) ossimoro*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 5, 2016, pp. 715 ss. in cui l'A. precisa, attraverso anche una puntuale ricostruzione della giurisprudenza in materia, come "[n]ella filigrana della disciplina italiana [in materia di discriminazione] sembra emergere quanto è, invece, affermato in maniera esplicita in alcune pronunce giurisprudenziali, ossia il riferimento alla gravità ed offensività della condotta che si traduce in un risarcimento che funga da monito per chi pone in essere la condotta molesta/discriminante";
- 11 Precisa che il carattere dissuasivo del risarcimento del danno non può avere valore solamente simbolico, Corte di appello di Brescia, sentenza del 11 dicembre 2014, *Taormina c. Associazione Avvocatura per i diritti LGBTI, Rete Lenford*. Sull'efficacia dei provvedimenti adottati dagli Stati membri per far valere gli scopi perseguiti dalle direttive antidiscriminatorie, Corte di giustizia UE, 10 luglio 2008, *Firma Feryn NV*, causa C-54/07, 2008, 5187 ss.; Corte di giustizia UE, 11 ottobre 2007, *Paquay*, causa C-460/06, ivi, 2007, 601 ss.; Corte di giustizia UE, 22 aprile 1997, *Draehmpaehl*, causa C-180/95, ivi, 1997, 208 ss.; Corte di giustizia UE, 2 agosto 1993, *Marshall*, causa C-271/91, ivi, 1993, 335 ss.; Corte di giustizia UE, 10 aprile 1984, *von Colson*, causa C-14/83, ivi, 1984, 153 ss.; per un'analisi in chiave comparata del risarcimento del danno da discriminazione, C. Troisi, *Divieto di discriminazione e forme di tutela: Profili comparatistici*, Torino, Giappicchelli, 2015;
- 12 Il Tribunale di Varese, sezione distaccata di Luino (23 aprile 2012, n. 31 est. G. Buffone), ha disposto il risarcimento del danno non patrimoniale patito dalla vittima di una aggressione per motivi razziali, precisando che "il diritto a non subire discriminazioni costituisce un diritto che, se lesa, consente autonomo risarcimento non patrimoniale (2059 c.c.) poiché interesse tipizzato già in via legislativa (v. Tribunale di Milano, sentenza del 23 settembre 2009, in *Corriere del merito*, 2010, 1, 19) ed a protezione costituzionale. Le stesse Sezioni Unite del giudice di legittimità (Corte di cassazione, Sez. Unite, sentenza del 11 novembre 2008, n. 26972) hanno chiarito come "la violazione delle norme che vietano la discriminazione razziale costituisce una delle fattispecie in cui la legge espressamente consente il ristoro del danno non patrimoniale anche al di fuori di una ipotesi di reato". Ne consegue, precisa il Tribunale di Varese, che "in tal caso la vittima avrà diritto al risarcimento del danno non patrimoniale scaturente dalla lesione dei soli interessi della persona che il legislatore ha inteso tutelare attraverso la norma attributiva del diritto al risarcimento".
- 13 F. Rizzi, *Tre lezioni dal caso Taormina: il ruolo della società civile come strumento di empowerment dei soggetti discriminati*, in *Articolo29*, www.articolo29.it, 2014.

condotta<sup>14</sup>: avendo conoscenza del comportamento discriminatorio, la pluralità di soggetti desisterebbe dal partecipare ad una selezione presso un istituto religioso cattolico. Attraverso questa declinazione del divieto di discriminazione, il sistema giuridico ridefinisce, muovendo dalla singola vicenda, l'insieme di quei rapporti che perpetuano il comportamento discriminatorio.

### 2.3 Un caso di discriminazione per associazione?

Per il giudice di Rovereto, è altresì del tutto irrilevante determinare se la ricorrente *sia* effettivamente omosessuale. La decisione sembra così applicare la dottrina della discriminazione per associazione, che, plasmandosi sulla peculiarità del fattore protetto, si arricchisce di un'ulteriore declinazione.

Applicata per la prima volta dalla Corte di Giustizia nel noto caso *Coleman*<sup>15</sup>, la nozione ha trovato applicazione anche in Italia con la decisione del Tribunale di Brescia nel caso *Gandossi e al. c. Lega Nord*<sup>16</sup> ed è stata ripresa e ulteriormente sviluppata di recente di nuovo dalla Corte di Giustizia nel caso *Chez*.

La sig.ra Coleman aveva lamentato di essere stata costretta a rassegnare le dimissioni in ragione delle cure che doveva prestare al figlio disabile. Al suo rientro sul posto di lavoro dopo la maternità, si era vista rifiutare il reintegro nella mansione che svolgeva in precedenza e la flessibilità nell'orario di lavoro riconosciuta agli altri dipendenti che non dovevano occuparsi di familiari disabili. Era in ragione della disabilità del figlio che la sig.ra Coleman lamentava di essere stata discriminata.

La questione decisa dalla Corte riguarda l'ambito soggettivo di applicazione del divieto contenuto nella direttiva 2000/78: può il divieto di discriminazione — in ragione di uno dei fattori vietati — proteggere la lavoratrice che non presenti ella stessa la caratteristica protetta?

La Corte afferma in proposito:

“Dalle disposizioni della Direttiva 2000/78 non risulta che il principio della parità di trattamento che essa mira a garantire sia limitato alle persone esse stesse disabili ai sensi di tale Direttiva. Al contrario, quest'ultima ha come obiettivo, in materia di occupazione e lavoro, di combattere ogni forma di discriminazione basata sulla disabilità. Infatti, il principio della parità di trattamento sancito da detta Direttiva in quest'ambito si applica non in relazione ad una determinata categoria di persone, bensì sulla scorta dei motivi indicati al suo art. 1 (religione, convinzioni personali, handicap, età e orientamento sessuale) (...).

“Tenuto conto di quanto precede, la Direttiva 2000/78 deve essere interpretata nel senso che il divieto di discriminazione diretta ivi previsto non è limitato alle sole persone che siano esse stesse disabili. Qualora un datore di lavoro tratti un lavoratore, che non sia esso stesso disabile, in modo meno favorevole rispetto al modo in cui è, è stato o sarebbe trattato un altro lavoratore in una situazione analoga, e sia provato che il trattamento sfavorevole di cui tale lavoratore è vittima è causato dalla disabilità del figlio, al quale egli presta la parte essenziale delle cure di cui quest'ultimo ha bisogno, un siffatto trattamento viola il divieto di discriminazione diretta enunciato dall'art. 2, n. 2, lett. a) della Direttiva”<sup>17</sup>.

L'ambito di applicazione soggettivo della Direttiva non può essere limitato ai soggetti portatori del fattore vietato, perché le condotte discriminatorie si manifestano e dispiegano i loro effetti anche nei confronti di quei soggetti che sono *associati* a quelli portatori del fattore vietato.

14 Per la prima applicazione della dottrina dello “svantaggio da scoraggiamento” si veda il citato caso *Feryn*; per un commento, D. Izzi, *Discriminazione razziale e accesso al lavoro: il caso Feryn. Il divieto di discriminazioni razziali preso sul serio*, in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, 4, 2008, pp. 765 e ss.

15 Per un commento, L. Calafà, *Disabilità, discriminazione e molestia “associata”: il caso Coleman e l'estensione elastica del campo di applicazione della Direttiva 2000/78*, in *D&L - Rivista critica di diritto del lavoro*, 2008, pp. 1168 ss.

16 Sulla vetrina della sezione della Lega Nord di Adro (Brescia) compariva, nel mese di settembre 2011, un cartello, recante la seguente dichiarazione: “*Cara la mia Romana, sono tutti bravi a fare i culattoni con il culo degli altri (tipico dei comunisti: quello che tuo è tuo, quello che è mio è tuo) portatelo a casa tua il beduino sfrattato (non paga l'affitto da due anni) noi nella casa del comune ci mettiamo gente anziana e bisognosa ma di Adro. Prima i nostri poi anche gli altri! W la Lega nord, W Bossi*”. Il comune di Adro, governato da una giunta a maggioranza leghista, si era distinto negli due anni precedenti per aver adottato politiche discriminatorie nei confronti degli immigrati, sempre sanzionate per il loro carattere discriminatorio dall'autorità giudiziaria. Romana Gandossi, sindacalista della CGIL, aveva proposto numerose iniziative volte a contrastare tali iniziative, portando all'attenzione dell'opinione pubblica tali politiche e organizzando incontri informativi per gli stranieri residenti nel Comune al fine di consentire loro di adire all'autorità giudiziaria. La sig.ra Gandossi presentava ricorso al Tribunale di Brescia, ritenendo che la dichiarazione riportata costituisse una discriminazione in base alla razza e all'origine etnica ai sensi dell'art 2 co.3 D.Lgs. 215/2003, in quanto essa si poteva qualificare come una molestia, fattispecie equiparata alla discriminazione dalla medesima previsione di legge. Il ricorso veniva proposto ai sensi dell'art 44 TU Immigrazione e art 4 D.Lgs. 215/2003. Per un commento, V. Protopapa, *La discriminazione per associazione e le conseguenze del comportamento discriminatorio*, in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, 3, 2012, pp. 555 ss.

17 *Coleman*, Para.57.

Ma come si realizza quest'associazione e quali criteri determina il legale tra la vittima della discriminazione e il fattore vietato che la protegge? Quanto può essere elastico in tal senso l'ambito soggettivo di applicazione del divieto<sup>18</sup>?

Gli elementi che possono determinare l'associazione e fare rientrare nell'ambito di applicazione soggettivo del divieto soggetti non portatori in prima persona della caratteristica protetta possono riguardare tanto la storia *personale* dell'individuo, quanto elementi *inconsapevoli* e *materiali*.

Il Tribunale di Brescia ha ritenuto che l'attività di supporto e lotta contro le discriminazioni perpetrate dalla giunta leghista del Comune di Adro a danno degli stranieri costituisca il legame necessario perché la sig.ra Gandossi potesse legittimamente ritenere di essere stata discriminata in ragione della razza e dell'etnia.

Nel caso *Chez*<sup>19</sup>, i fatti che davano origine alla causa riguardavano l'installazione, da parte dell'azienda preposta alla fornitura di energia elettrica (la *CHEZ Razpredelenie Bulgaria AD*), in un quartiere di una città bulgara in cui risiedevano prevalentemente cittadini Rom, di contatori elettrici su pali dell'elettricità ad un'altezza di 7 metri mentre negli altri quartieri i contatori si trovavano ad un'altezza non superiore a 1,70 metri.

La sig.ra Nikolova, che abitava nel quartiere ma che non era di etnia Rom, lamentava di fronte al giudice nazionale che tale prassi costituiva una discriminazione determinata dalla appartenenza etnica della maggioranza degli abitanti del quartiere.

La Corte riconferma che il divieto di discriminazione contenuto nelle Direttive si applica in relazione ai motivi vietati, e non in relazione a una determinata categoria di persone.

Nelle sue conclusioni sul caso, l'Avvocato generale Kokott fornisce una prima analisi dei criteri che possono determinare la sussistenza di una discriminazione per associazione. Precisa infatti l'AG che se certamente "[d]iscriminato «per associazione» è anzitutto chi si trova in un rapporto personale stretto con una persona che possiede una delle caratteristiche" protette, "[l]a sussistenza di un tale legame personale non è però l'unico criterio immaginabile al fine di considerare che una persona sia discriminata «per associazione». Il carattere discriminatorio «per associazione» può anche essere insito alla misura considerata, quando tale misura, in ragione del suo carattere generale e collettivo, non soltanto è idonea a colpire le persone che possiedono una delle caratteristiche [protette], ma ricomprende anche altre persone, come se si trattasse, per così dire, di «danni collaterali»<sup>20</sup>.

Nella decisione del Tribunale di Rovereto che qui si commenta, la dottrina della discriminazione per associazione trova applicazione perché una determinata caratteristica protetta è attribuita alla vittima del trattamento sfavorevole da parte di chi discrimina, senza che a nulla rilevi che il soggetto discriminato sia effettivamente portatore della caratteristica anche erroneamente attribuitagli. È sufficiente che l'insegnante sia ritenuta omosessuale e che quindi il trattamento sfavorevole sia motivato da un fattore vietato di discriminazione. Così declinato, il divieto di discriminazione ha il pregio di proteggere il tratto distintivo — in confronto agli altri fattori vietati di discriminazione — dell'orientamento sessuale: la sua natura potenzialmente invisibile e la sua afferenza alla vita privata dell'individuo. L'insegnante non è tenuta a dover rivelare, contro la propria volontà, il proprio orientamento sessuale né scelte personalissime inerenti alla propria vita affettiva. La protezione del divieto di discriminazione, declinata come discriminazione per associazione, previene questa invasione della sfera privata dell'individuo, essendo sufficiente che, nel caso di specie, la discriminazione sia motivata dalla supposizione che la ricorrente sia lesbica e dalla sua decisione di non voler fugare i dubbi del proprio datore di lavoro in proposito<sup>21</sup>.

18 Per un'analisi sul punto cfr. C. McCrudden, *The new architecture of EU equality law after CHEZ: Did the Court of Justice Reconceptualise direct and indirect discrimination*, in *Queen's University Belfast School of Law: Research Paper*, 10, 2016.

19 Corte di giustizia UE, 16 luglio 2015, *Chez*, causa C-83/14.

20 Conclusioni dell'Avvocato Generale Juliane Kokott, presentate il 12 marzo 2015 nella Causa C-83/2014, reperibili a <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:62014CC0083&from=EN>.

21 Si vedano *infra* para. 4 e 5 per alcune considerazioni in merito alle problematiche applicative di tale impostazione quando l'omosessualità del ricorrente diviene conosciuta.

### 3. I limiti all'autonomia collettiva delle organizzazioni religiose nella giurisprudenza Cedu

La Corte europea dei diritti umani ha chiarito che la partecipazione alla vita di una comunità religiosa non è altro che un'estensione della libertà religiosa individuale e di conseguenza, l'art 9 Cedu prevede che una comunità possa operare pacificamente, libera dall'arbitrario intervento dello Stato<sup>22</sup>. La comunità di credenti ha diritto di gestire autonomamente i propri affari, creare le proprie istituzioni e gerarchie, scegliere i propri *leaders* e stabilire le regole di ammissione o esclusione alla comunità<sup>23</sup>.

Gli Stati possono prevedere meccanismi di controllo così da verificare se le attività delle organizzazioni religiose sia contraria alla (incerta e indefinita) nozione di ordine pubblico o violi i diritti individuali<sup>24</sup>. È però complesso riuscire a determinare, nella giurisprudenza della Corte Edu, la linea di confine che l'organizzazione di tendenza non può oltrepassare, in particolare per quanto riguarda le norme in materia di rapporto di lavoro.

Il caso *Rommelfanger c. FDR*<sup>25</sup> ha riguardato il licenziamento di un medico che operava presso una struttura sanitaria di ispirazione cattolica e che aveva pubblicamente criticato le posizioni della Chiesa cattolica sull'interruzione di gravidanza. La Commissione Europea dei diritti umani rigettava il ricorso del medico perché il requisito di limitare esternazioni contrarie alla dottrina della Chiesa su un tema tanto significativo costituiva una legittima interferenza con la libertà di espressione del medico come tutelata dall'art. 10 Cedu.

Più recentemente, in *Obst c. Germany*<sup>26</sup>, il licenziamento del ricorrente, a seguito della notizia di una relazione extra-coniugale, è apparso giustificato in ragione delle mansioni che egli esercitava quale responsabile delle pubbliche relazioni in Europa per la Chiesa di Gesù Cristo dei Santi degli Ultimi Giorni (Chiesa Mormone) e della particolare rilevanza attribuita dalla Chiesa alla fedeltà matrimoniale. Il licenziamento risultava necessario al fine di preservare la credibilità della Chiesa e il dovere di lealtà da parte dei dipendenti alla dottrina della Chiesa era chiaramente riportato nel contratto siglato dal ricorrente.

Opposte sono le conclusioni cui giunge la Corte nel caso *Schiith c. Germania*<sup>27</sup>. Il dovere di lealtà del dipendente, pur assunto coscientemente al momento della stipula del contratto di lavoro con una parrocchia cattolica in veste di organista, non si spinge secondo la Corte fino ad obbligare il ricorrente a vivere in astinenza in caso di separazione o di divorzio. A differenza che in *Obst*, il ricorrente non appare tenuto in forza delle mansioni esercitate, a un dovere di fedeltà particolarmente stringente<sup>28</sup>.

Per il ragionamento che si sta qui conducendo, è utile richiamare la decisione *Lombardi Vallauri c. Italia*<sup>29</sup>, epilogo della nota vicenda del professore di filosofia a cui non era stato rinnovato il contratto di docenza presso l'Università Cattolica del Sacro Cuore, dopo che la Congregazione per l'educazione cattolica della Santa Sede aveva negato il nullaosta necessario per tutti i docenti delle università di ispirazione cattolica<sup>30</sup>. Le ragioni date dalla Congregazione riguardavano le riflessioni scientifiche proposte da Vallauri, che erano state considerate contrarie alla dottrina della Chiesa. Il Consiglio di Facoltà non aveva quindi neanche esaminato la domanda presentata dal docente, perché egli mancava di un requisito indispensabile — il nullaosta della Congregazione. Le corti nazionali avevano respinto il ricorso di

22 Corte Edu, *Hasan e Chaush c. Bulgaria*, para 62, sentenza del 26 ottobre 2000, ric. n. 30985/1996.

23 Corte Edu *Svyato-Mykhaylivska Parafiya c. Ukraine*, sentenza del 14 giugno 2007 ric. n. 77703/01.

24 Per una ricostruzione della giurisprudenza Cedu in materia cfr. I. Cismas, *Religious Actors and International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2014, pp. 87 ss.

25 Commissione Edu, 1989, 62 DR 151.

26 Corte Edu, sentenza del 23 dicembre 2010, ric. n. 425/2003.

27 Corte Edu, sentenza del 23 dicembre 2010, ric. n. 1620/2003.

28 Per un'analisi di *Obst* e *Schiith* A. Bettetini, *Identità Religiosa del Datore di Lavoro e Licenziamento Ideologico nella Giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'uomo*, in *Online Working Paper* del Centro di documentazione europea - Università di Catania - 30, Aprile 2011. Si veda anche la decisione della Corte Edu *Fernández Martínez c. Spain*, 12 giugno 2014, ric. n.56030/2007, nella quale la Corte riconosce come legittima, per nove voti contro otto, l'interferenza con il diritto alla vita privata di un prete che si era sposato (ottenendo un'esenzione dall'obbligo di castità da parte del Vaticano), ma a cui non era stato rinnovato il contratto come insegnante di religione nella scuola pubblica da parte del Vescovo di Cartagena.

29 Corte Edu, sentenza del 20 ottobre 2009, ric. n. 39128/2015.

30 Art 10 co. 3 Accordo di Villa Madama (L 121/1985), che prevede: "Le nomine dei docenti dell'Università Cattolica del Sacro Cuore e dei dipendenti istituiti sono subordinate al gradimento, sotto il profilo religioso, della competente autorità ecclesiastica".



Vallauri, precisando che l'autorità statale non aveva giurisdizione a decidere in merito ad una valutazione ad appannaggio della sola autorità ecclesiastica. Di fronte alla Corte Edu, Vallauri aveva lamentato una violazione del suo diritto alla libertà di espressione, anche in combinato con il diritto a non esser discriminato, e il diritto a un equo processo. La Corte ha ritenuto che vi era stata una violazione della libertà di espressione del docente nella misura in cui le autorità nazionali non avevano verificato, quando investite della questione, se sussistesse un nesso tra la condizione di eterodossia del docente, come dichiarata dalle autorità ecclesiastiche, e l'attività del docente stesso all'interno dell'Università, facendo così venir meno la garanzia dell'equo processo in riferimento ad una potenziale violazione della libertà di espressione. Le autorità statali avrebbero quindi dovuto verificare la sussistenza di pericolo concreto che la manifestazione delle opinioni eterodosse si riflettesse nell'attività di insegnamento del docente in modo tale da compromettere di fatto l'interesse dell'ateneo ad offrire un magistero non incoerente con la dottrina cattolica (§ 47). La necessità del contraddittorio riguardava non le valutazioni religiose, ma il descritto giudizio di "compatibilità" demandato agli organi accademici, in prima battuta, e poi a quelli giurisdizionali (ex §§ 54 e 71).

Le decisioni qui brevemente riportate illustrano gli elementi di complessità della fattispecie, ovvero i limiti sostanziali e procedurali di scrutinio che le autorità statali prevedono in merito alle decisioni delle organizzazioni religiose e la connessione che si crea tra questi due tipi di limiti. La connessione tra il profilo sostanziale e quello procedurale non è altro che una tecnica regolativa adottata dalle corti. Tale tecnica consente di risolvere a priori la questione sostanziale oggetto del conflitto — deve prevalere l'ideologia della tendenza o essa non può pregiudicare i diritti dei dipendenti? —, adottando un approccio giurisdizionale e garantista nei confronti dell'autonomia collettiva dell'organizzazione, che nega la possibilità, per le autorità statali, di sindacare la scelta del datore di lavoro di tendenza.

La giurisprudenza della Corte Edu esaminata sembra chiara quantomeno nel precisare la sussistenza dell'obbligo per le autorità nazionali di abbandonare tale approccio e operare in concreto un bilanciamento tra le due contrapposte istanze. L'indicazione della Corte Edu a superare un limite quindi di natura, *prima facie*, procedurale obbliga le corti a *riprendere in mano*, sotto il profilo sostanziale, la questione che, grazie all'approccio giurisdizionale, veniva agilmente risolta *once for all*. Si riapre quindi il vaso di Pandora: quando l'ideologia della tendenza può comprimere i diritti dei suoi dipendenti? La richiamata giurisprudenza europea suggerisce un implicito richiamo alla dottrina della distinzione tra mansioni neutre (*Schiith*) e mansioni ideologiche (*Obst*): la protezione della tendenza acquista rilievo se e quando correlata all'attività concretamente svolta.

#### 4. Spunti di diritto comparato

L'interpretazione funzionale (o duale), innervata sul contenuto ideologico della mansione non è necessariamente condivisa. In riferimento al quadro normativo italiano, non manca chi ha evidenziato come "non sia possibile operare tale distinzione in quanto di essa, nella norma, non vi è alcuna traccia"; da un punto di vista formale, l'art. 4 della Legge 108/1990 "non consente di distinguere tra posizioni lavorative neutre e no" e, da un punto di vista sostanziale, si afferma l'indubbia "volontà del legislatore di garantire al datore di lavoro di tendenza la possibilità di mantenere — in ogni momento — l'adesione di tutti i dipendenti alla finalità tipica<sup>31</sup>. All'interpretazione funzionale o duale si contrappone un'interpretazione organica (o monistica) del rapporto di lavoro nell'organizzazione di tendenza, in virtù della quale anche mansioni che non coinvolgono direttamente la diffusione del messaggio della tendenza devono essere coerenti con l'ideologia della stessa<sup>32</sup>. Come evidenziato, la difficoltà sta nella disparità tra, da un lato, le norme poste a tutela dei diritti fondamentali e, dall'altro, i dogmi religiosi e l'aspettativa da parte di tali organizzazioni che tutti i dipendenti adottino comportamenti coerenti ed esemplari.

Esiste un conflitto tra due sistemi normativi autonomi (*law v. religion*<sup>33</sup>) che da alcuni è risolto nel senso che la scelta di unirsi alla comunità include anche quella di rinunciare alle garanzie riconosciute dalle norme poste a tutela dei diritti delle lavoratrici e dei lavoratori<sup>34</sup>. Tale lettura precede, o in alcuni

31 Corte di cassazione, sentenza del 16 settembre 1998, n. 9237, cfr. sul punto A. Viscomi, *ivi*.

32 R. Fahlbeck, *Ora et Labora on the Freedom of Religion at the Work Place: A stakeholder cum Balancing Factors Model*, in *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, 20, 2004, pp. 20 ss.

33 Sul punto cfr. le conclusioni del lavoro monografico di L. Zucca, *A Secular Europe*, Oxford, Oxford University Press, 2012.

34 J. Rivers, *ivi*; Critico in proposito N. Colaianni, *Voci in dialogo: organizzazioni, istituzioni di tendenza religiose e diritti delle parti. Seconda voce*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 1, 2013, pp. 215 ss.

casi dimentica, l'adozione delle Direttive europee in materia di non discriminazione. Se, infatti, può risultare poco chiaro determinare quando alcuni aspetti tipicamente afferenti alla vita privata del lavoratore possano avere o meno rilevanza nel rapporto di lavoro all'interno dell'organizzazione di tendenza<sup>35</sup>, le norme europee in materia di non discriminazione sembrano invece aver chiarito come il conflitto tra la tendenza e i diritti del lavoratore non possa giustificare comportamenti discriminatori in ragione di fattori altri rispetto alle convinzioni personali.

Nella prassi, un'analisi di diritto comparato dimostra tuttavia l'incertezza applicativa che le corti incontrano quando sono chiamate a decidere su questi casi e come ogni contesto nazionale preveda regimi diversi in ragione del diverso grado di deferenza riconosciuto dai singoli ordinamenti all'autonomia religiosa collettiva<sup>36</sup>.

Analogamente a quanto stabilito nella decisione del Tribunale di Rovereto qui commentata, l'*Equality Act 2010*<sup>37</sup> nel Regno Unito adotta un approccio restrittivo all'operatività delle eccezioni previste per le organizzazioni religiose. Mentre la sezione 9 para. 3 prevede la generale eccezione per le *religious organisations* di poter differenziare in ragione delle convinzioni religiose, il para. 2 della medesima sezione prevede che le *organised religions* non pongano in essere un trattamento discriminatorio in ragione del sesso e dell'orientamento sessuale quando

*show that—(a) the employment is for the purposes of an organised religion, (b) the application of the requirement engages the compliance or non-conflict principle, and (c) the person to whom A applies the requirement does not meet it (or A has reasonable grounds for not being satisfied that the person meets it).*

La norma, che prevede quindi un'eccezione formulata in termini più dettagliati di quella dell'art 4 della Direttiva 2000/78, distingue tra una *organizzazione religiosa* e una *religione organizzata* ai fini dell'applicabilità dell'eccezione. Tale distinzione rileva sia ai fini dell'attività svolta (da un lato le scuole religiose, dall'altro i luoghi di culto) sia in merito alle mansioni svolte, consentendo alle *religioni organizzate*, ma non alle *organizzazioni religiose*, di invocare, a giustificazione di un eventuale trattamento differenziato in ragione del sesso e dell'orientamento sessuale, il principio di conformità con la dottrina religiosa dell'ente (*the compliance or non-conflict principle*) e con le convinzioni dei membri della comunità<sup>38</sup>. Al momento dell'adozione dell'*Equality Act*, la previsione di questa eccezione aveva sollevato un acceso dibattito in parlamento, tanto che il testo del disegno di legge prevedeva originariamente la precisazione che la locuzione "*employment for the purpose of an organised religion*" fosse applicabile solo i ministri di culto o quei ruoli previsti "*to promote or represent the religion or to explain the doctrines of the religion*"<sup>39</sup>. Ancorché tale locuzione non è stata mantenuta nel testo definitivo, la dottrina inglese è concorde nel

35 Come precisa A. Viscomi, *ivi*, 399. "In effetti, l'art. 3, comma 5, del D.Lgs. 216 detta regole nel caso in cui religione e convinzioni — a motivo della natura delle medesime o del contesto in cui sono espletate — siano considerate a stregua di requisiti essenziali ai fini dello svolgimento delle [...] attività". Ond'è che il contesto organizzativo potrebbe o dovrebbe essere inteso non tanto a stregua di parametro di valutazione ma semmai e solo come elemento presupposto, idoneo a rendere ragione del perché *religion* e *belief* incidono sullo svolgimento dell'attività. In una prospettiva del genere, non sarebbe sufficiente affermare che il matrimonio civile è non coerente con il contesto confessionale; sarebbe invece necessario dimostrare che, a motivo del contesto confessionale in cui la prestazione è eseguita, il matrimonio civile incida negativamente sullo svolgimento dell'attività dovuta. Così ragionando, potrebbe allora mantenersi in vita la distinzione tra mansioni ideologiche e neutre, e distinguere ancora, con le parole della Cassazione nella sentenza sui Padri Barnabiti, tra "la tendenza della congregazione religiosa, che gestisce la scuola cattolica" e la "tendenza confessionale della scuola, che nessun attentato può ricevere da un diverso orientamento ideologico di dipendenti e di insegnanti, che svolgono attività o insegnamenti in nessun modo influenzati dalla tendenza della scuola" medesima.

36 In Italia, come in Spagna, peculiare è lo status degli insegnanti di religione nella scuola pubblica, la cui nomina è subordinata al placet dell'autorità ecclesiastica. In proposito si veda il caso *Del Soldato*, deciso da Corte di cassazione, sentenza del 24 febbraio 2003, n. 2803, la mancata conferma dell'idoneità da parte della competente autorità ecclesiastica comporta l'impossibilità (giuridica) della prestazione, assoluta e definitiva, determinando la risoluzione del rapporto ai sensi dell'art. 1463 c.c. Nel caso si trattava di un'insegnante di religione incinta ma non sposata. Sul punto la Cassazione precisa che lo stato giuridico degli insegnanti di religione è contraddistinto da aspetti fortemente derogatori e "i riflessi negativi sui livelli di tutela della maternità ne sono la semplice, necessaria, conseguenza, inidonei, come tali, ad inficiare la compatibilità costituzionale dei fattori che ne sono causa".

37 Testo *unico* del diritto antidiscriminatorio adottato nel 2010 al fine di riunire in un solo testo coerente la frammentata legislazione esistente per i diversi fattori.

38 Un'organizzazione religiosa può essere una qualsiasi organizzazione "*with an ethos based on religion or belief, but employment for the purposes of an organised religion*" "*clearly means a job, such as a minister of religion, involving work for a church, synagogue or mosque*", House of Lords Debate, 17 June 2003 cc777-780.

39 Cfr. House of Lords, Bill 20, Sch.9 (8).

ritenere che la previsione di un criterio di proporzionalità implicito nella norma ai fini dell'operatività dell'eccezione non venga meno, così che essa sia interpretata in conformità con quanto stabilito dalla giurisprudenza che aveva delimitato in modo netto l'applicabilità dell'eccezione già formulata nella normativa che l'EqA ha poi riunito in unico testo<sup>40</sup>.

Con il caso *R (Amicus) v Secretary of State for Trade & Industry* e *Reaney v Hereford Diocesan Board of Finance*, la giurisprudenza inglese ha infatti chiarito come la dottrina della tendenza può giustificare una differenza di trattamento in ragione del sesso e dell'orientamento sessuale<sup>41</sup> solo in riferimento agli incarichi dei ministri di culto e di quei soggetti che hanno funzioni rappresentative all'interno della Chiesa, ma non comprende il personale nelle scuole private religiose.

Anche in riferimento ai ministri di culto e alle funzioni di rappresentanza all'interno dell'organizzazione, la natura contrattuale del rapporto del lavoro ha però consentito alle corti inglesi di valutare la legittimità delle prassi adottate dalle denominazioni religiose. In *Percy v Church of Scotland*<sup>42</sup>, ad una donna ministro di culto della Chiesa di Scozia era stato chiesto di rassegnare le dimissioni in ragione della sua relazione sentimentale con un uomo sposato. La ricorrente non lamentava una violazione dei suoi diritti in riferimento al fatto che questioni afferenti la sua vita privata potessero avere rilevanza ai fini del rapporto di lavoro con la Chiesa, ma chiedeva che fosse riconosciuto il carattere discriminatorio della misura disciplinare che le era stata irrogata in quanto analoghe condotte da parte di colleghi uomini non erano state sanzionate nello stesso modo. Il primo ostacolo che la *House of Lords* aveva dovuto superare era determinare se il rapporto tra la ricorrente e la Chiesa fosse di natura contrattuale o, al contrario, se la questione dovesse essere rimessa interamente alla valutazione delle strutture interne della Chiesa e alle regole disciplinari dell'ordinamento religioso. La *House of Lords* ha ritenuto predominante la natura contrattuale su quella religiosa e spirituale del rapporto tra la ricorrente e la Chiesa, in ragione delle specifiche previsioni contrattuali che indicavano la retribuzione, le mansioni a cui era tenuta la ricorrente e la durata del suo incarico. Pur precisando che non era compito delle corti statali sindacare quali ruoli le donne potessero ricoprire nella gerarchia ecclesiastica, la *House of Lords* precisava che, nel caso di specie, il diverso trattamento tra ministri di sesso maschile e di sesso femminile fosse discriminatorio, proprio perché il requisito della lealtà nei confronti dell'ethos dell'organizzazione era stato di fatto applicato solo nei confronti delle donne<sup>43</sup>. Analogamente il rifiuto di assumere, come *youth officer* della *Church of England*, un candidato omosessuale che aveva dichiarato il suo impegno ad astenersi dall'intraprendere relazioni sentimentali per adottare un comportamento conforme con la dottrina della Chiesa, è stato considerato illegittimo. Secondo l'*Employment Tribunal*, l'eccezione per le *organised religion* di poter discriminare in ragione dell'orientamento sessuale per quelle posizioni rappresentative della dottrina della Chiesa a norma del richiamato principio di conformità non poteva trovare applicazione nel caso del sig. Reany perché egli — che era stato valutato come il miglior candidato tra quelli che avevano partecipato alla selezione — si era impegnato a vivere secondo i dettami della dottrina della Chiesa, astenendosi dall'intraprendere relazioni sentimentali. Come evidenziato in dottrina, il Tribunale ha così “resistito alla tentazione di definire l'appartenenza alla Chiesa di Inghilterra limitatamente a quanto stabilito dalle autorità ecclesiastiche”, preferendo trattare il sig. Reany come un membro della comunità religiosa a cui egli voleva appartenere, piuttosto che considerare la sua omosessualità come una ragione automatica di esclusione<sup>44</sup>. Il caso *Reany* assume rilevanza perché riporta alla luce uno dei punti di vulnerabilità del multiculturalismo<sup>45</sup>. Al fine di riconoscere l'esistenza di una pluralità di

40 Si veda B.Doyle, C. Casserley, S. Cheetham, V.Gay e O. Hyams, *Equality and Discrimination. The New Law*, Jordans New Law Series, 2010, in particolare pp. 206 ss. e J. Wadham, J. A. Robinson et al.(ed): *Blackstone's Guide to The Equality Act 2010*, 2nd Edition, 2012, pp. 71 ss.

41 *R (Amicus - MSF section) v Secretary of State for Trade and Industry* [2004] IRLR 430, e *Reaney v Hereford Diocesan Board of Finance* [2007] ET/1602844/06, discusso di seguito.

42 United Kingdom House of Lords, 15 dicembre 2005, 73/2005.

43 Cfr. *O'Neill v Governors of St Thomas More RCVA Upper School*. Un'insegnante di religione in una scuola cattolica era stata licenziata dopo essere rimasta incinta a seguito di una relazione con un prete. La scuola aveva specificato che il licenziamento non era basato sulla gravidanza ma sulle circostanze che avevano determinato la stessa. Il Tribunale aveva respinto tale tesi. Come è stato sottolineato, “the loyalty requirement might have a different impact on men and women” dal momento che “it is often only with pregnancy that a breach of a requirement to abstain from sexual activity outside marriage will become known to the employer”, L.Vickers, *Religious Freedom, Religious Discrimination at the Workplace*, Oxford, Hart Publishing, 2008, p.166.

44 M. Malik, *Religious Freedom, Free Speech and Equality: Conflict or Cohesion?*, in *Res Publica*, 17, 2011, p. 38.

45 Sul punto cfr. A. Shachar, *The Paradox of Multicultural Vulnerability: Individual Rights, Identity Groups, and the State*, in *Multicultural questions*, C. Joppke e S. Lukes (ed.), Oxford, Oxford University Press, 1999.

gruppi culturali e identità religiose che devono poter vivere secondo *la loro differenza*, il rischio è quello di sacrificare i diritti di alcuni soggetti (la minoranza all'interno della minoranza) che si riconoscono come parte del gruppo: nel caso in esame, le persone omosessuali che si professano seguaci della *Church of England*. Quando il diritto si apre alla prospettiva del multiculturalismo, la varietà delle caratteristiche identitarie che contraddistinguono l'esperienza umana può essere dimenticata in ragione di una caratteristica principale che in alcuni casi nega implicitamente o non tutela tutte le altre. Così accade che le donne e le persone omosessuali che si professano seguaci di una determinata fede religiosa possano subire discriminazioni all'interno del gruppo perché la dottrina della religione si fonda su un modello patriarcale discriminatorio nei confronti delle donne e ostile all'omosessualità<sup>46</sup>. L'individuo si trova quindi a scegliere quale identità deve prevalere, a quale rinunciare, e sopportare il costo di tale rinuncia.

La decisione in *Reany* solleva tuttavia una problematica ancora più complessa, a cui difficilmente si dare trovare soluzione: l'esistenza di un rapporto di lavoro è sufficiente per giustificare in ogni caso — anche in riferimento a una mansione ideologica — la valutazione della legittimità delle regole interne di selezione? L'ordinamento statale può spingersi fino a influire sulle prassi e sulle norme che riguardano tanto la selezione ma anche il trattamento riservato ai ministri di culto o a quei soggetti con funzioni rappresentative dell'ideologia della tendenza?

Ma ancora più controversa e dubbiosa è la sostanza della conclusione della Corte in *Reany*: una persona omosessuale può (deve) fare parte di una religione organizzata solo se rinuncia a vivere una vita di coppia? Lo stesso criterio vale per le persone eterosessuali? Se la risposta è negativa, il risultato è che un'autorità statale sembra chiedere ai dipendenti omosessuali di *ritornare dentro l'armadio* e rinunciare a vivere liberamente (costruirsi una vita di coppia e una famiglia) la propria omosessualità, quando una simile richiesta non vale per le persone eterosessuali.

In Germania è stata data una diversa attuazione della Direttiva 2000/78. La *Gesetz zur Umsetzung europäischer Richtlinien zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung – Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz* del 14 agosto 2006 prevede che le organizzazioni di tendenza, in virtù dell'autonomia che le caratterizza, possano richiedere ai loro dipendenti una piena sintonia ideologica<sup>47</sup>, senza prestare rilevanza alla natura della mansione effettivamente esercitata. Le norme nazionali precisano peraltro che chiunque eserciti un ufficio di culto non è considerato un dipendente a norma dell'*Allgemeines Gleichbehandlungsrecht*, testo unico in materia di diritto antidiscriminatorio. L'obbligo di lealtà è comunque ugualmente stringente per tutti i lavoratori dell'istituzione, così che la distonia dal nucleo ideologico caratterizzante l'organizzazione di tendenza può legittimamente giustificare un licenziamento, a prescindere dal ruolo svolto dal lavoratore. Anche in Germania, l'orientamento sessuale non è però di per sé sufficiente a giustificare una discriminazione in ambito lavorativo. Il Tribunale di *Baden-Württemberg* ha ritenuto illegittima l'esclusione di un candidato perché omosessuale dalla selezione per una posizione all'interno di un'organizzazione religiosa che si occupava dell'educazione e della cura di persone con disabilità<sup>48</sup>. Al contrario, un asilo cattolico può rifiutare l'assunzione come direttore di una persona omosessuale che abbia registrato una *civil partnership*<sup>49</sup>.

L'assenza di qualsiasi distinzione nella normativa tedesca in riferimento alle mansioni svolte solleva dubbi sulla corretta trasposizione della normativa UE e di compatibilità con la giurisprudenza Corte Edu.

In Spagna, l'art 6 della *Ley Orgánica* stabilisce che “[l]e Chiese registrate, le fedi e le comunità religiose devono essere totalmente indipendenti e possono stabilire regole interne per il proprio personale. Tali regole come quelle degli enti che [le chiese] creano per perseguire i propri scopi, possono includere clausole di salvaguardia dell'identità religiosa e di rispetto delle credenze, senza pregiudizio ai diritti e alle libertà riconosciute dalla Costituzione ed in particolare ai principi di libertà, eguaglianza e non discriminazione.

Il testo della norma chiaramente non risolve il potenziale conflitto, lasciando all'interpretazione giurisprudenziale l'opera di bilanciamento. Il Tribunale costituzionale si è pronunciato in merito al

46 Per una dettagliata ricostruzione di questi aspetti e di come la dottrina religiosa possa influenzare i sistemi giuridici cfr. N. Bamforth, D. Richards, *Patriarchal Religion, Sexuality, and Gender, A Critique of New Natural Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008.

47 La scelta di rinunciare all'appartenenza ad una determinata denominazione religiosa giustifica la decisione di licenziare un lavoratore in un asilo nido gestito dalla congregazione perché in violazione dell'obbligo di buone fede *Landesarbeitsgericht Rheinland-Pfalz, LAG Rheinland-Pfalz, 02.07.2008, 7 Sa 250/08*, confermata in appello, *Bundesarbeitsgericht, 21.12.2010, 2 AZR 516/09*; sempre il *Bundesarbeitsgericht* con la decisione del 25.4.2013, 2 AZR 579/12 conferma tale impostazione per un educatore di un'istituzione pubblica gestita però da un'organizzazione cattolica.

48 Tribunale di Baden-Württemberg, sentenza del 24 giugno 1993, 11 Sa 39/93, NZA 1994, 416.

49 Tribunale di Stuttgart, sentenza del 28 aprile 2010, 14 Ca 1585/09, NJOZ 2011, 1309.

conflitto tra autonomia religiosa collettiva e il divieto di discriminazione sulla base dell'orientamento sessuale in materia di occupazione all'interno delle scuole religiose e ha stabilito che la risoluzione di tale conflitto (come più in generale di tutti quelli che si possono porre tra la tendenza e i diritti dei suoi dipendenti) si radica su un'analisi in concreto della mansione svolta. Se la mansione ha lo scopo di diffondere l'ethos su cui si fonda il messaggio educativo della scuola, l'autonomia religiosa collettiva potrà prevalere sui diritti individuali al contrario di quando la mansione ha la funzione di trasmettere conoscenze e sviluppare competenze tecniche<sup>50</sup>. Anche in Spagna, la giurisprudenza del Tribunale costituzionale precisa che l'orientamento sessuale non può di per sé essere una ragione sufficiente per discriminare. Nelle prime pronunce in materia, sembrava però che, nel momento in cui l'omosessualità del dipendente diventasse nota (nel momento quindi in cui la persona omosessuale decidesse di vivere liberamente una vita di coppia), egli potesse non vedersi più accordata tale tutela<sup>51</sup>. Soccorre a evitare questa conclusione controversa la giurisprudenza più recente, che distingue nettamente tra quei ruoli all'interno dell'organizzazione deputati alla diffusione dell'etica e quelli invece pertinenti l'insegnamento di materie che non hanno nulla a che fare con il messaggio religioso della scuola. In riferimento a queste mansioni, le scelte di vita personali del docente non incidono sulle sue capacità come insegnante e sulla sua conoscenza della materia<sup>52</sup>. In Spagna, prevale la dottrina duale o funzionale del rapporto di lavoro.

## 5. Lavorare e vivere insieme: quali strade?

Lo scopo di questo contributo è stato quello di riordinare e discutere alcuni profili di complessità della materia senza la pretesa che in poche pagine si possa fornire una teoria risolutiva di una fattispecie tanto articolata.

Nei paragrafi precedenti si è cercato di mettere in luce come le norme di diritto creino sottocategorie interpretative per bilanciare caso per caso due pretese contrapposte che vengono formulate in termini di diritti di eguale rilievo costituzionale e che, per molti aspetti, appaiono difficilmente conciliabili. Il rischio è che le norme positive, se brandite con pretesa risolutiva di certezza, stentino a dominare e comprendere la complessità della questione — e della dinamica sociale da cui la stessa sorge.

Si fa riferimento alla dimensione collettiva della libertà religiosa, ma essa stessa, come qualsiasi diritto, presenta dei limiti e nessun legislatore e nessuna corte potrebbero ritenere aprioristicamente legittime le violazioni dei diritti dell'individuo in nome di una supposta idoneità del diritto all'autonomia collettiva religiosa a giustificarle. Al tempo stesso, dare un contenuto alla dimensione collettiva della libertà religiosa impone che siano previsti regimi derogatori che, a determinate condizioni, giustifichino una diversa regolamentazione. Il diritto richiede quindi che si adotti una convenzione per determinare quando le organizzazioni religiose possano trasformarsi in *"islands of exclusivity and how big those islands could be"*<sup>53</sup>.

La difficoltà nasce dal fatto che quando l'ordinamento stabilisce un divieto di discriminazione in ragione di un fattore in determinati ambiti della vita pubblica (l'accesso al lavoro e l'occupazione), fatica a mantenere coerenza se consente al tempo stesso che esistano soggetti che, all'interno di quell'ambito, possono sottrarsi al rispetto del divieto. Si potrebbe ritenere che un'organizzazione religiosa sia la manifestazione collettiva della dimensione privata della libertà religiosa e questa lettura porterebbe a far propendere per un grado di autonomia più elevato. Tuttavia, questa interpretazione non si attaglia alla realtà. Non si può sottovalutare come i gruppi religiosi, nel momento in cui si qualificano come attori della comunità sociale e.g. in veste di datori di lavoro, entrino a fare parte della sfera pubblica, magari accettando finanziamenti pubblici, aprendosi alla società e interagendo con essa in quei domini quale l'istruzione o la sanità che non hanno carattere prettamente religioso; soprattutto, per quanto riguarda l'istruzione, laddove si tratti dell'insegnamento di discipline che nulla hanno a che fare con la religione<sup>54</sup>.

50 Tribunal Constitucional, sentenza del 12 giugno 1996, 106/1996.

51 Tribunal Constitucional, sentenza del 13 Febbraio 1981, 5/1981.

52 Tribunal Constitucional, sentenza del 14 Aprile 2011, *Galera c. Ministero dell'Istruzione e il Vescovo di Almeria* 51/2011.

53 L.Vickers, 2012, *ivi*;

54 A. McColgan, *Discrimination, Equality and the Law*, Oxford, Hart Publishing, 2014, cap 5;

Vi è di più. Le *religious exemptions* sono riconosciute in alcuni ordinamenti per tutelare gli individui appartenenti a minoranze religiose in riferimento a regole generalmente applicabili a tutta la collettività che, in quanto risultato di una deliberazione della maggioranza, tendono a trascurare gli interessi e le specificità dei gruppi di minoranza<sup>55</sup>. Ma anche un regime derogatorio pluralista di questo tipo non guarda con favore alle eccezioni ai divieti di discriminazione perché esse non farebbero altro che legittimare la perpetuazione di quelle stesse condotte che il divieto vuole eradicare. Non si tratta di tutelare minoranze “*overlooked by the legislator*”<sup>56</sup>, ma al contrario consentire a chi ha resistito al cambiamento di poter proseguire come se nulla fosse, limitando l’applicazione della legge. Queste considerazioni sono tanto più stringenti se si passa dal piano individuale a quello collettivo, perché, riconoscendo un indeterminato regime di eccezioni ogni volta i gruppi religiosi si aprono alla *mainstream society*, l’effetto sarebbe la sistematizzazione su larga scala dei comportamenti discriminatori per tramite dell’operato in numerosi settori della vita pubblica di gruppi organizzati<sup>57</sup>.

Come stabilito nella decisione del Tribunale di Rovereto (e nelle altre decisioni riportate nell’analisi comparata), si va delineando in modo netto una distinzione tra mansioni ideologiche, a cui è ricondotto un regime derogatorio più ampio, e mansioni neutre che non possono giustificare trattamenti derogatori in merito ai divieti di discriminazione. La ragione di questo bilanciamento sta nell’irrilevanza che alcune caratteristiche individuali possono avere rispetto all’attività svolta e alle competenze richieste per svolgerla. Di fronte a due posizioni morali contrapposte, il sistema giuridico utilizza come criterio risolutivo del giudizio di bilanciamento la rilevanza della caratteristica identitaria in relazione alla attività materiale oggetto del conflitto. Così, quest’ultimo “può verificarsi solamente nei confronti di quegli insegnamenti [e dei relativi docenti] che caratterizzano la tendenza; nell’ambito di una scuola cattolica vi sono mansioni [quelle del personale esecutivo e tecnico] e insegnamenti del tutto indifferenti rispetto alla tendenza della scuola”<sup>58</sup>.

Allo stesso modo, l’incerto riferimento all’obbligo di lealtà e buona fede, che sembra concepito in modo del tutto peculiare per i lavoratori e le lavoratrici dell’ODT, incontra il limite del divieto di discriminazione sulla base dell’orientamento sessuale. Si deve tuttavia prestare attenzione al fatto che tale limite non si può intendere solo in una prospettiva statica e formale, così da imporre ai lavoratori omosessuali, e non a quelli eterosessuali, di rinunciare di fatto a vivere per esempio una vita di coppia o a costruirsi una famiglia. Questo è forse lo scoglio più complesso da superare perché non esiste, in alcune tradizioni religiose, un *modo* accettabile di *essere* omosessuali o, se esiste, sembra inconciliabile con il nuovo paradigma di eguaglianza che i sistemi giuridici hanno accolto per restituire dignità a livello sociale alle persone omosessuali.

La decisione del Tribunale di Rovereto non tratta questo profilo o, più precisamente, applica la dottrina della discriminazione per associazione per risolvere a monte la questione. Si può tuttavia ipotizzare che, anche ove la relazione dell’insegnante fosse stata confermata, l’esito della causa sarebbe stato il medesimo, dal momento che l’approccio adottato è netto nel ritenere che l’orientamento sessuale sia un elemento estraneo all’ideologia della tendenza e la mansione svolta rientri tra quelle considerate *neutre*.

Se le norme risolvono il conflitto dal punto di vista giuridico, non necessariamente riescono, per il solo fatto che stabiliscono quale comportamento è ritenuto conforme alla legge e quale no, a risolvere il conflitto sociale tra gruppi identitari portatori di istanze contrapposte: *one should not expect law to change behaviour by simple “command and control”*<sup>59</sup>.

In un momento storico, in cui le persone omosessuali rivendicano pubblicamente e si vedono finalmente riconosciuti i diritti di cittadinanza per lungo tempo negati, i potenziali casi di conflitto aumentano perché la loro condizione giuridica è mutata. Si rende quindi necessario, in riferimento al governo delle dinamiche sociali nelle quali il conflitto può emergere, un paradigma diverso rispetto alla contrapposizione dei due interessi di fronte al giudice o nel dibattito politico. Questa modalità di risoluzione rischia di accentuare i toni conflittuali dell’interazione tra le due parti ed essere fagocitata, per quanto riguarda il dibattito politico, dalla retorica della minaccia che l’Altro rappresenta.

55 Cfr. D. NeJaime e R. Siegel, *Conscience Wars: Complicity-Based Conscience Claims in Religion and Politics*, 124 *Yale Law Journal*, 2015, pp. 2516 e ss. e, degli stessi autori, *Conscience and the Culture Wars*, in *The American Prospect*, Summer Issue, 29 giugno 2015.

56 Ibid.

57 A. McColgan, *ivi*;

58 Corte di cassazione, sentenza del 16 giugno 1994, n. 5832.

59 B. Hepple, *Enforcing Equality Law: Two Steps Forward and Two Steps Backwards for Reflexive Regulation*, in *Industrial Law Journal*, 40, 4, 2011, pp. 315 e ss.

Il diverso paradigma che si può adottare è quello della *reflexive/responsive regulation*<sup>60</sup>. L'assunto da cui muove questa concezione del diritto è che la società non sia un sistema con una struttura gerarchica, al cui vertice stanno le norme giuridiche, ma un insieme di sottosistemi che operano autonomamente. Ogni sistema adotta un suo linguaggio interno, si autoriproduce senza necessità di riferirsi direttamente all'esterno. Tra i sottoinsiemi che esistono all'interno della società possiamo di certo inserire anche le minoranze o i gruppi culturali, che costruiscono una propria autonoma narrazione che acquisisce significato per la più ampia comunità sociale man mano che le minoranze acquistano e rivendicano visibilità. Quando queste comunità sono più radicate e sviluppate si può notare più facilmente come esse "*characteristically construct their own myths, lay down their own precepts, and presume to establish their own hierarchies of norms. More importantly, they identify their own paradigms for lawful behavior and reduce the state to just one element, albeit an important one, in the normative environment*". L'autorità della legge e dello stato è riconosciuta ma "*it does not create the inner world*", *their nomos*<sup>61</sup>.

Tuttavia, i sottoinsiemi o le comunità che compongono la società sono tuttavia aperti al cambiamento che proviene dagli stimoli esterni (degli altri sottoinsiemi, il sistema giuridico, gli altri gruppi sociali). Gli input che provengono dall'esterno sono filtrati e riconcepiti nel linguaggio, nelle regole e nella cultura che caratterizzano ogni sistema<sup>62</sup>.

A questo punto il diritto, che non rinuncia alla sua funzione regolativa e non può del tutto lasciare all'autonomia dei gruppi il perseguimento degli obiettivi che si pone con l'adozione di una determinata legge, adotta meccanismi e istituzioni il cui obiettivo è la proceduralizzazione di queste modalità di autoregolamentazione. Ne deriva un nuovo modello di governo del processo legislativo che si radica non solo su un complesso di istituzioni dotate di poteri di controllo e comando e capaci di sanzionare, ma che include anche organismi (e.g. le istituzioni di garanzia) a cui è assegnato un ruolo di monitoraggio, di promozione e di guida<sup>63</sup>. In questo processo, è centrale il coinvolgimento diretto e la partecipazione dei gruppi coinvolti nella specifica dinamica di cui si vuole raggiungere la regolamentazione e che sono portatori di interessi contrapposti, così che la soluzione che si adotta sia il risultato di un processo di incontro e dialogo tra coloro che saranno poi tenuti a rispettare le norme. Si rende così più condiviso e, in ultima istanza, certo il rispetto dei obiettivi regolativi che le norme si pongono. La rilevanza di questa concezione per la questione affrontata sta nella capacità di costruire un dialogo tra due parti (le Chiese e le associazioni che promuovono i diritti delle persone omosessuali) che raramente interagiscono in modo cooperativo e nell'obiettivo di raggiungere un accordo volontario tra le parti per risolvere il conflitto. Si declina in termini pratici la teoria dell'agire comunicativo di Habermas, stabilendo una struttura comunicativa che favorisce la formazione di una volontà comune. I meccanismi e i presupposti, tanto pratici quanto teorici, sono del tutto analoghi a quelli fondanti la concertazione nelle relazioni industriali e il dialogo tra le parti sociali.

Accade così che conflitti tra gruppi portatori di istanze *prima facie* irrisolvibili vengono risolti perché questo meccanismo di governo assicura "*greater transparency so that local people feel involved in and can challenge public decision-making*"<sup>64</sup>. Ed è proprio nell'operato di organismi di garanzia sia a livello europeo (cfr. *Fundamental Rights Agency* dell'Unione Europea) o a livello nazionale (cfr. *Equality and Human Rights Commission*) in tema di diritti umani e dell'eguaglianza che questo modello — che si affianca al contenzioso di fronte alle corti, abbandonando però la contrapposizione *litigiosa* che contraddistingue quest'ultimo — trova la conferma della sua efficacia. La strategia di coordinare una risposta da parte dei rappresentanti del *Muslim British Council* ha fatto sì che venisse reinterpretata la norma religiosa che riteneva i cani impuri, facendo cadere l'obiezione dei tassisti di fede musulmana che rifiutavano di trasportare le persone cieche con cani guida ed eliminando così in modo permanente il conflitto<sup>65</sup>. Le agenzie per l'adozione delle diocesi cattoliche di Boston e San Francisco hanno previsto la possibilità

60 In dottrina, G. Teubner, *Law as an Autopoietic System*, tradotto da A. Bankowska and R. Adler, Oxford, Blackwell, 1993, pp. 64 ss. e N. Luhmann, tradotta da K.A. Ziegert, F. Kastner et al, *Law as a Social System*, Oxford, Oxford University Press, 2004, p.80 ss. Per l'applicazione di questo paradigma nel campo delle politiche antidiscriminatorie si veda B. Hepple, *ivi*;

61 R.M. Cover, *The Supreme Court, 1982 Term-Foreword: Nomos and Narrative*, in *Harvard Law Review*, 97, 4 1983, ristampato in, *Narrative, Violence, And The Law, The Essays Of Robert Cover*, M. Minow et al. (eds), 1992, pp. 95 ss.

62 B. Hepple, *ivi*.

63 Si veda in tal senso l'esempio dell'Agenzia Europea dei diritti fondamentali, su cui si rimanda per un'analisi a A. Von Bog Dandy e J. Von Berj'istorff, *The EU Fundamental Rights Agency within the European and international human rights architecture: the legal framework and some unsettled issues in a new field of administrative law*, in *Common Market Law Review*, 46,, 2009, pp.1035 ss.

64 M. Malik, *From conflict to cohesion: competing interests in equality law and policy*, in *Equality and Diversity Forum*, www.edf.org.uk, 2008.

65 *Eadem*, p. 37.

per le coppie omosessuali di adottare minori disabili perché, a seguito di iniziative di incontro e dialogo tra i due gruppi promosse dalle autorità statali, entrambe le parti hanno convenuto che questa soluzione fosse la migliore nell'interesse degli stessi minori<sup>66</sup>.

Il dibattito pubblico sui diritti LGBT ha portato in alcuni casi a una riflessione interna da parte di alcune denominazioni religiose, che hanno manifestato il loro supporto all'estensione del matrimonio alle persone dello stesso sesso e l'accettazione all'interno della comunità delle persone e delle coppie omosessuali<sup>67</sup>.

Il modello della *reflexive regulation* funziona però se i meccanismi di dialogo, consultazione e negoziazione sono istituzionalizzati e sistematizzati e mantengono un carattere di autonomia e indipendenza rispetto al potere politico.

Ulteriore presupposto per l'efficacia di questo modello regolativo è la volontà dei gruppi coinvolti di cooperare, riconoscendo la rispettiva identità e dignità. In Italia, il dibattito sui diritti delle persone omosessuali, come da ultimo nel caso dell'adozione della legge sulle unioni civili, manca di questo presupposto<sup>68</sup>. Lo sviluppo di un modello di diritto riflessivo sembra impraticabile in questo ambito. Il governo e le istituzioni sono spesso incapaci a separare il discorso politico dal governo della cosa pubblica e rinunciano di fatto al compito di guida nella mediazione tra interessi contrapposti. Gli organismi di garanzia mancano di risorse e il loro ruolo nell'assetto complessivo è svalutato e privo dell'indipendenza che dovrebbe caratterizzarli. Le posizioni né concilianti né propositive manifestate dalle autorità e dalle organizzazioni religiose vengono poi fagocitate e strumentalizzate dalla retorica politica<sup>69</sup>. Il riconoscimento dei diritti dell'Altro è veicolato come un attacco alla tradizione, che mina alla base i supposti costrutti sociali e giuridici su cui si è fondano tanto l'assetto sociale quanto quello costituzionale.

In questo panorama, riecheggiano le parole del dialogo sul tema del multiculturalismo tra Habermas e Taylor. Se è infatti vero, come ricorda Taylor, che il riconoscimento delle diverse culture può avvenire solo se si realizza una "fusione di orizzonti" che porti a rivedere i criteri di valore con i quali le stesse culture vengono valutate, è altrettanto vera l'obiezione di Habermas che lo stato di diritto può tollerare, per raggiungere la coesistenza tra culture diverse, solo orizzonti (culture) non fondamentalistici, che diano spazio ad un ragionevole dissenso perché non si basano su una pretesa di infallibilità<sup>70</sup>.

Nonostante il quadro italiano presenti elementi di criticità che rendono più lento il percorso verso la coesione sociale tra i gruppi religiosi e le persone omosessuali, è un panorama nuovo quello che si sta delineando nel nostro paese in questi ultimi mesi. Il cambiamento giuridico, la rottura del paradigma eteronormativo, non può essere che il segno di un cambiamento nel sentire sociale che infonde nuovo significato alle norme giuridiche.

Come è stato sottolineato, "[a]ccommodation and negotiation can identify practical solutions where abstract principles sometimes cannot—and, in the meantime, build mutual trust"<sup>71</sup>. Accanto quindi al contenzioso, si devono promuovere iniziative di dialogo e incontro che vadano oltre una forma conflittuale di risoluzione della questione, ma che mirino, al contrario, a sistematizzare l'(auto)gestione conciliativa del conflitto stesso, così che l'interazione sociale tra identità culturali diverse si fondi su un meccanismo di cooperazione collaborativa, tesa non solo a rimuovere il conflitto sotto il profilo giuridico ma, soprattutto, a rinsaldare la coesione sociale e il mutuo riconoscimento tra gruppi portatori di istanze contrapposte.

"Quando soffia il vento del cambiamento alcuni costruiscono muri, altri mulini a vento"<sup>72</sup>. C'è da augurarsi che chi ha il potere di costruire i mulini — tutti noi, non solo le istituzioni — lo voglia usare in modo appropriato.

66 M. Minow, *Should Religious Groups be Exempt from Civil Rights Laws?* in *Boston College Law Review*, 48, 1, 2007, pp.1 ss.

67 Ricostruiscono il processo di cambiamento all'interno di alcune denominazioni religiose e il sostegno pubblico alla promozione di pari diritti per le coppie *same-sex*, J. G. Oliva, and H. Hall, *Same-Sex Marriage: An Inevitable Challenge to Religious Liberty and Establishment?*, in *Oxford Journal of Law and Religion*, 3, 1, 2014, pp. 25 ss.

68 Illustra in modo dettagliato il dibattito pubblico sul tema dell'unioni tra persone dello stesso sesso D. Accolla, *DiCo, unioni civili e narrazione eteronormativa nel dibattito pubblico italiano*, in corso di pubblicazione.

69 *Ibid.*

70 Propone questa riflessione in merito al dialogo sul multiculturalismo tra Habermas e Taylor, M. Barbera, *I rom e i paradossi del diritto antidiscriminatorio*, in *La condizione giuridica di Rom e Sinti in Italia*, P. Bonetti (a cura di), Milano, Giuffrè, 2011.

71 M. Minow, *ivi*.

72 Proverbio cinese.