

PREMESSA

Stefania Ninatti

L'età moderna, secondo un'opinione diffusa, avrebbe relegato la questione religiosa in un ruolo marginale: è innegabile, invece, che essa sia oggi al centro di un delicato dibattito politico e giuridico in tutti gli Stati appartenenti all'Europa.

La raccolta degli interventi pubblicati in questo volume nasce, così, dall'esigenza di affrontare i diversi interrogativi che la variegata composizione religiosa europea – arricchitasi ulteriormente a seguito dell'incedere dei flussi migratori degli ultimi decenni – pone agli operatori del diritto. Da un lato, infatti, emerge la necessità di ricalibrare il rapporto dello Stato con la libertà religiosa, individuale e collettiva, nonché la posizione stessa dell'ordinamento rispetto alla religione *tout court*; dall'altro, occorre considerare le molteplici ricadute del principio di non discriminazione sul fenomeno religioso e viceversa.

Se tale discussione era solitamente confinata all'interno della cornice nazionale – come unica area competente a regolare la materia della libertà religiosa – le “questioni di religione” oggi in Europa occupano gli spazi del dibattito sovranazionale. Esse, infatti, si trovano spesso a essere negoziate in un'arena più ampia, che si compone non solo del dialogo fra l'ordinamento giuridico interno e quello convenzionale e/o comunitario, ma anche del reciproco interloquire dei due sistemi giuridici europei (l'Unione europea e la Convenzione europea dei diritti dell'uomo).

Per quanto riguarda, in particolare, l'ambito euro-unitario, la questione si presenta quanto mai spinosa poiché, se da un lato lo status delle confessioni religiose non è competenza dell'UE (art. 17, comma 1 del TFUE), dall'altro il contributo fondamentale delle Chiese e delle confessioni al processo di integrazione europea era già emerso nel dibattito sul Preambolo del Trattato costituzionale riguardo le “radici cristiane” dell'Europa, nonché in numerosi atti dell'Unione europea (vincolanti e non) che attestano l'importanza della religione nelle politiche dell'UE. *In primis*, si può ricordare il divieto generale di discriminazione religiosa ex artt. 10 e 19 TFUE e art. 21 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'UE (cfr. anche la Direttiva 78/2000) nonché il riconoscimento della libertà di religione così

come previsto nell'art. 10 della Carta (ma similmente si veda anche l'art. 9 della CEDU e l'art. 18 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 1948); altrettanto rilevante per il tema in esame appare anche il rispetto delle identità nazionali degli Stati membri (art. 4, comma 2, TUE) e della loro diversità culturale, religiosa e linguistica (art. 22 TFUE). *Last but not least*, la questione è venuta alla ribalta anche dal punto di vista della politica estera dell'UE: già le "Linee guida dell'UE per la promozione e la protezione della libertà di religione o di credo" del Consiglio dell'UE, adottate il 24 giugno 2013, hanno ampiamente ribadito come "*its free exercise directly contributes to democracy, development, rule of law, peace and stability. Violations of freedom of religion or belief may exacerbate intolerance and often constitute early indicators of potential violence and conflicts*" (par. I, a).

In altre parole, se allo stato attuale manca una competenza sostanziale sulle questioni riguardanti la materia religiosa, un intervento indiretto o trasversale del diritto dell'UE volto a proteggere l'esistenza del pluralismo religioso in Europa è già possibile, e i recenti casi esaminati del libro lo confermano senza alcuna ulteriore incertezza.

Una prospettiva (anche) europea diventa, quindi, cruciale: del resto, l'inclusione della diversità religiosa rappresenta un passaggio obbligato per la costruzione di un'identità europea condivisa e, con essa, di una società democratica. Tale approccio trova, d'altro canto, ulteriore conferma nella storia d'Europa, che mostra un'esperienza millenaria di coesistenza più o meno pacifica di tante e diverse realtà religiose oltre i confini nazionali.

È da questa presa d'atto che è sorta l'esigenza di attivare un corso universitario finanziato dal programma europeo *Jean Monnet*, impartito congiuntamente da docenti di diritto costituzionale e di diritto ecclesiastico, volto ad approfondire lo studio del fenomeno religioso oltrepassando le frontiere statali così da intrecciare tale problematica con le alterne vicende dell'integrazione europea *latu sensu*. Ed è all'interno di tale esperienza che è poi maturata la decisione di raccogliere alcuni degli interventi più significativi che si sono svolti durante le lezioni.

Il presente volume ospita, quindi, contributi volti ad affrontare da diverse angolature alcune delle questioni più dibattute che interrogano oggi la convivenza religiosa e il pluralismo in Europa e nel mondo. Essi vengono distinti secondo due direttrici fondamentali: in una prima parte sono analizzati casi esemplari tratti dalla giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione Europea e della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo nonché dalla ricca esperienza della Commissione europea per la Democrazia attraverso il Diritto, mentre una seconda parte si confronta con problematiche aperte o di "frontiera", secondo un approccio sia spaziale che temporale.

LA LIBERTÀ RELIGIOSA *IN ACTION*

JE SUIS ACHBITA!

Joseph H.H. Weiler

SOMMARIO: 1. L'inquadramento della fattispecie. – 2. Un breve *excursus* teologico e sociologico. – 3. Proporzionalità. – 4. Neutralità. – 5. Discriminazione diretta o indiretta. – 6. Da Chaya a Samira.

Il caso *Achbita*, deciso dalla Corte di giustizia nel marzo del 2017, non è certo una vicenda di ordinaria amministrazione. La fattispecie solleva questioni giuridiche assai complesse dal punto di vista concettuale. Si inserisce anche in un momento storico particolarmente delicato per la vita politico-sociale dell'Europa, in cui la stessa Corte di giustizia dell'Unione europea sta giocando un ruolo determinante nella definizione dell'identità etica e culturale in Europa e dell'Europa. Personalmente non ritengo che la pronuncia pregiudiziale adottata dai giudici del Lussemburgo rispecchi quanto ci si potrebbe attendere da una Corte suprema in un caso simile.

Il fatto riguarda una lavoratrice musulmana a cui il proprio datore di lavoro, in nome di una *policy* aziendale improntata alla neutralità, aveva imposto di non indossare lo *hijab* (un particolare tipo di velo islamico, che ottempera alle norme minime di copertura delle donne, lasciando scoperto il volto) e che, essendosi rifiutata di adempiere a questa prescrizione, era poi stata licenziata. Penso sia una lettura onesta del dispositivo inviato al giudice belga sostenere che – al di là del fatto di controllare se, senza un aggravio eccessivo, l'impresa non potesse effettivamente destinare la lavoratrice a un'altra mansione che non comportasse il contatto con il pubblico – la Corte non abbia incontrato particolari problemi nel giudicare la *policy* aziendale legittima ai sensi della direttiva europea, facendo così rientrare il caso sotto il mantello della propria giurisdizione e del rispetto dei diritti umani, come previsti dalla CEDU e dalla Carta UE.

Per le ragioni che illustrerò più avanti, intendo presentare il caso attraverso una ricostruzione dei fatti leggermente diversa.

Chaya Levi vive ad Anversa, fa parte della comunità chassidica della propria città e, come molti altri membri della sua congregazione, segue rigorosamente le prescrizioni dell'ebraismo più tradizionale. Anzi, taluni si riferirebbero a lei come a un'esponente ultra-ortodossa. Chaya lavora come *receptionist* in una società di servizi, che, tra le altre cose, offre assistenza sia nel settore pubblico, sia in ambito privato. Nell'esercizio delle sue mansioni, la signora Levi entra stabilmente in contatto con la clientela e ha sempre svolto egregiamente il proprio lavoro. Chaya Levi si innamora e sposa Moses Cohen, un membro della sua comunità, per cui, secondo la legge ebraica, d'ora in avanti, dovrà indossare un velo – non molto diverso da quello islamico – che copra i capelli e che ha l'effetto di indicare chiaramente la sua appartenenza alla religione ebraica.

Immediatamente, i suoi superiori le comunicano che, in base alle consolidate regole interne della società, quel tipo di velo non può essere liberamente indossato, dal momento che l'approccio neutrale adottato dalla compagnia vieta l'ostensione di simboli politici, filosofici e religiosi¹.

Chaya Levi in Cohen si rifiuta di togliere il velo e viene licenziata. Presenta dunque ricorso al giudice belga competente, il quale, per risolvere la questione, decide di sollevare di fronte alla Corte di giustizia una questione pregiudiziale di interpretazione con riferimento alla Direttiva 2000/78². La Direttiva, al considerando 1, fa esplicito riferimento alle libertà fondamentali protette dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo che, all'art. 9, tutela, a sua volta, la libertà di pensiero, di coscienza e di religione, salvaguardando in particolare il diritto di manifestare il proprio credo individualmente o collettivamente, in pubblico o in privato, mediante il culto, l'insegnamento, le pratiche e l'osservanza dei riti.

In proposito, la Corte di giustizia sottolinea che quelle stesse libertà sono garantite anche dall'art. 10, comma 1, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Al riguardo, i riferimenti alla CEDU e alla Carta di Nizza sono fondamentali, perché, sebbene la Direttiva si riferisca apertamente solo al concetto di non-discriminazione, la Convenzione e la Carta, invece, rimandano più ampiamente all'esercizio della libertà religiosa ed entrambi questi principi entrano in gioco nella decisione.

¹ Causa C-157/15, G4S Secure Solutions (“Achbita”), paragrafo 15.

² Direttiva del Consiglio dell'Unione europea 2000/78/CE del 27 novembre 2000, che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e condizioni di lavoro.

1. L'inquadramento della fattispecie

Citata dalla stessa Corte di giustizia, che ne condivide l'argomentazione, la Cassazione belga "... ha notato che [...] è *pacifico che* [Chaya Cohen] *non è stata licenziata per la sua fede* [ebraica], *ma per il fatto che ha insistito nel volerla manifestare, in maniera visibile, durante l'orario di lavoro, indossando il velo* [ebraico]"³.

Il primo grande problema dell'approccio seguito dalla Corte di giustizia in questa decisione riguarda proprio l'inquadramento della fattispecie.

Vi invito perciò a considerare due diverse ricostruzioni.

Opzione 1: Chaya Cohen, in aggiunta al velo, indossa anche un pendaglio a forma di "stella di Davide".

Opzione 2: Anche Moses Cohen lavora nella stessa azienda. Abituamente indossa una collana con la stella di Davide, una *kippah* (il copricapo correntemente impiegato dagli ebrei osservanti maschi, in segno di rispetto verso Dio) e porta lunghi riccioli ai lati del viso, proprio come prescrive la legge ebraica (probabilmente avrete visto uomini simili girare per gli aeroporti).

Informati della *policy* aziendale relativa all'ostensione di simboli ideologici e religiosi in pubblico durante l'orario di lavoro, entrambi i dipendenti si offrono immediatamente di rimuovere la stella di Davide, che è tradizionalmente riconosciuta come un segno chiaro e univoco dell'appartenenza alla religione ebraica. Moses propone, altresì, di indossare un cappello e di nascondere i propri riccioli dietro le orecchie. I suoi superiori, però, restano comunque perplessi: chi potrebbe mai indossare un copricapo all'interno di un edificio, se non un ebreo? Pertanto, anche questa pratica sarebbe vista come un chiaro segno della sua appartenenza religiosa e dunque si porrebbe in contrasto con le regole stabilite dalla compagnia. I suoi riccioli, a quanto pare, sono troppo lunghi e, ahinoi, sono ancora troppo visibili, occorrerebbe tagliarli per uniformarsi alle prescrizioni aziendali e non essere licenziati.

Ad ogni modo, Moses e Chaya provano a spiegare che indossando il velo e la *kippah* oppure sistemando i riccioli in un certo modo non intendono affatto "*manifestare*" il proprio credo: la stella di Davide può essere rimos-

³ *Ibidem*, paragrafo 18. Dico "in modo concorde", perché, quando la Corte di Lussemburgo esamina il caso, la sua attenzione è focalizzata sulla qualificazione del diritto di manifestare liberamente il proprio credo sulla base delle diverse norme internazionali ed europee (cfr. il paragrafo 28), senza quindi considerare altre disposizioni al riguardo (cfr. paragrafo 26 e i relativi riferimenti).

sa in un batter d'occhi, ma attraverso la *kippah* e il velo, entrambi stanno “*praticando*” la propria fede. Secondo il diritto ebraico, che per loro deve prevalere – *quelle horreur* – anche sul diritto europeo, non hanno altra scelta.

Consentitemi di dire che, dal punto di vista fenomenologico, esiste una sostanziale differenza tra il desiderio di manifestare la propria identità religiosa e la volontà di osservare i precetti della propria fede mettendo in pratica certi comportamenti o – detto diversamente – tra proibire a qualcuno di esprimere la sua identità religiosa e costringerlo deliberatamente a violare alcune norme che questi considera sacre.

Ecco due esempi che possono contribuire a chiarire questa distinzione. Un conto è chiedere a un vegetariano o a un vegano di non esibire durante le ore di lavoro una spilla sul bavero della giacca che testimoni il suo sostegno per i diritti degli animali, un altro è costringerlo a mangiare carne. Analogamente, una cosa è chiedere a un gay di non indossare una sciarpa arcobaleno, un'altra è obbligarlo ad astenersi dall'aver relazioni omosessuali.

Ne consegue che, dal mio punto di vista, la base comune a cui allude il giudice belga e su cui la stessa Corte di giustizia fonda la propria decisione non dovrebbe essere: [Chaya Cohen] non è stata licenziata per la sua fede [ebraica], ma per il fatto che seguitasse a manifestarla, in maniera visibile, durante l'orario di lavoro, indossando il velo [ebraico]”, bensì, in termini leggermente diversi, “[Chaya Cohen] è stata licenziata proprio a motivo della sua fede ebraica, una fede che si manifesta necessariamente anche attraverso un *corpus* normativo – un *nomos* che (per lo sconcerto di qualcuno) impone alle donne di indossare il velo una volta sposate”.

In altri termini, “[Chaya Cohen] è stata licenziata non tanto perché ha sempre voluto manifestare apertamente il proprio credo durante le ore di lavoro indossando il velo ebraico, ma perché ha sempre rispettato ciò che lei stessa, in quanto donna adulta e consapevole – o suo marito (nella seconda variante del nostro caso), in quanto uomo adulto e consapevole – riteneva essere un obbligo imposto da norme religiose, nate da un patto eterno, al quale ella ha liberamente deciso di rimanere fedele, come espressione di un dovere di lealtà e amore nei confronti dell'Onnipotente”.

Innanzitutto, Moses indossa la sua *kippah* anche quando si trova da solo in casa: a chi sta manifestando il proprio credo in questo caso? “A Dio”, sarebbe l'unica risposta sensata. Qualcuno, però, potrebbe filosoficamente eccepire – riproponendo in parte il dibattito relativo agli effetti e agli scopi del diritto del commercio internazionale – che Chaya non sia stata licenziata a causa della propria fede, ma semplicemente in applicazione della poli-

tica di neutralità abbracciata dalla sua azienda. Credo che, in un caso simile, sollevare un'obiezione di questo tipo sia come spaccare il capello in quattro. Se, per esempio, la facoltà di legge della Columbia University avesse adottato questo stesso approccio, avrebbe dovuto vietare l'insegnamento anche al Chiarissimo Professor Lou Henkin, uno dei padri fondatori del diritto internazionale umanitario. Vi assicuro, infatti, che Henkin non avrebbe mai accettato di togliersi la *kippah* e se gli aveste domandato come mai avesse perso il lavoro, molto probabilmente vi avrebbe risposto: "A causa della mia fede, perché sono un ebreo osservante". E se, per ipotesi, anche l'Unione europea applicasse il medesimo concetto di "neutralità" nei confronti degli avvocati abilitati a patrocinare nelle cause incardinate di fronte alla Corte di giustizia, l'insigne giurista britannica Shaheed Fatima QC resterebbe esclusa continuerebbe a indossare il proprio *hijab* e la sua esclusione sarebbe dovuta all'osservanza dei precetti islamici: "Non posso comparire di fronte a questa Corte" – vi direbbe verosimilmente – "perché sono una musulmana praticante".



Shaheed Fatima QC

Nota bene: Questo significa forse che, ritenendo legittimo il licenziamento di Chaya come receptionist, la Corte ha sicuramente sbagliato⁴? Non necessariamente. Ma, a mio giudizio, questa distinzione produce due conseguenze giuridiche piuttosto rilevanti.

In definitiva, in questa sentenza, la Corte di giustizia, ricorrendo al consueto giudizio di proporzionalità, ha dovuto bilanciare "la volontà del-

⁴Oppure trasferendola ad un'altra mansione che non prevesse il contatto diretto con il pubblico. Non sia mai che qualcuno possa rimanere turbato dalla sua vista. Vedi *infra*.

l'azienda di promuovere una certa immagine di neutralità nei confronti dei propri clienti", che, più in generale, costituisce una manifestazione della libertà di impresa riconosciuta e garantita dall'art. 16 della Carta di Nizza e che, in linea di principio, deve ritenersi pienamente legittima con i diritti di Chaya protetti dalla Direttiva 2000/78/CE, dalla Carta e dalla CEDU⁵.

Nella ponderazione tra i diritti di Chaya e gli interessi della società, la prima conseguenza giuridicamente rilevante sarebbe, o dovrebbe essere, che il piatto della bilancia è più leggero dalla parte di Chaya se vi è poggiata la semplice manifestazione del suo credo religioso, piuttosto che la stessa possibilità di praticare e osservare la sua fede religiosa o l'obbligo di violare la sua religione. Detto diversamente, la Corte (e l'azienda delle cui istanze i giudici del Lussemburgo sembrano essersi fatti portatori) avrebbero dovuto permeare di una *gravitas* molto maggiore il diritto della società a "promuovere una certa immagine di neutralità nei confronti della propria clientela", se il riconoscimento di questo diritto avesse posto Chaya nella condizione di scegliere tra perdere il proprio posto di lavoro o violare le norme della sua religione, piuttosto che solo comportarle di nascondere la stella di Davide sotto la camicia. E con ciò non voglio affatto sottovalutare la libertà di "manifestare il proprio credo". Nel caso Eweida, anche la Corte europea dei diritti dell'uomo qualifica questo diritto come fondamentale e ne spiega chiaramente l'importanza, definendolo "un valore per qualsiasi individuo che abbia inteso fare della religione un elemento cardine della sua vita, consentendogli di comunicare la propria appartenenza agli altri"⁶. Sto quindi sostenendo che limitare o comprimere il diritto di esprimere la propria religiosità, chiedendo di non indossare qualsiasi simbolo religioso, non è paragonabile alla volontà di impedire a chiunque di praticare e vivere concretamente la propria fede o di costringerlo a violarne i precetti (riportate per favore alla mente l'esempio dei vegani). Dal mio punto di vista, non distinguere tra le circostanze che impediscono a una persona di "manifestare" apertamente la sua fede e quelle che invece la costringono deliberatamente ad infrangerne i comandamenti rischia di compromettere nella sostanza, se non addirittura in modo irrimediabile, il risultato finale del test di proporzionalità operato dalla Corte.

Consentitemi di essere ancora più esplicito: il diritto all'osservanza delle pratiche religiose non è considerato sacro nei nostri sistemi costituzionali ed esistono numerosi casi in cui è possibile violare giustamente le libertà

⁵ Caso "Achbita", paragrafo 38.

⁶ Corte europea dei diritti dell'uomo, caso Eweida e altri contro Regno Unito, ricorsi n. 48420/10, 59842/10, 51671/10 e 36516/10, sentenza del 15 gennaio 2013, paragrafo 94.

confessionali in nome di altri e più importanti valori sociali – per fare un esempio, quando si tratta di vietare la mutilazioni rituali sui genitali femminili – tuttavia, ogni volta che neghiamo la possibilità di esercitare un diritto tanto fondamentale come la libertà religiosa dobbiamo sempre trovare un controvalore, quanto meno equivalente, che giustifichi questo tipo di scelta.

Sapendo che la Corte ha omesso di operare tale distinzione e ha – erroneamente, dal mio punto di vista – ritenuto che Chaya “non è stata licenziata a causa della sua fede [ebraica], ma perché ha seguito a manifestare il proprio credo”, non dovremmo aspettarci che gli stessi giudici daranno troppo peso agli interessi contrapposti. Ma anche inquadrando il problema come un mero divieto di “manifestare” la propria fede (che in ogni caso resta un diritto esplicitamente protetto), si dovrebbero parimenti individuare delle valide contro-argomentazioni.

Il secondo aspetto giuridicamente rilevante che scaturisce dalla mancata distinzione tra “manifestare” il proprio credo e “praticare” la propria religione è che la Corte non si rende conto degli effetti intrinsecamente discriminatori che la politica di neutralità adottata dalla compagnia produce sulle diverse confessioni. Questo aspetto è solamente adombrato nel ragionamento dei giudici come mera ipotesi e in modo assai problematico nei ventitré brevi paragrafi che compongono la motivazione della sentenza⁷.

Dove sta la discriminazione?

Tendiamo spesso a parlare di tradizione giudaico-cristiana come se le due fedi fossero in qualche modo assimilabili. In effetti, però, nella prospettiva che qui ci interessa, le due religioni realmente sorelle sono l’islam e l’ebraismo, perché in entrambe le confessioni la presenza di Dio si manifesta massimamente attraverso la costante incidenza di norme – *nomos* – di origine divina, che accompagnano i credenti durante l’arco della giornata, da quando si alzano a quando si coricano, dettando loro l’abbigliamento, l’alimentazione, la condotta da seguire sul posto di lavoro e perfino alcune regole sessuali. Da questo punto di vista, la *Sharia* e la *Halakha* sono davvero molto simili e si discostano parecchio dalla tradizione paolina che si pone alla base del Cristianesimo.

Prendiamo Maria, una collega di Chaya, che, come lei, desidera manifestare il proprio credo, recandosi al lavoro con una croce al collo simile alla stella di Davide; oppure Samira, che, invece, vuole appuntare sulla sua camicetta una spilla a forma di mezzaluna. Con riferimento a questi due episodi, la politica aziendale di neutralità produrrebbe i medesimi effetti. Per

⁷ Si veda “Achbita”, paragrafo 44 (secondo capoverso).

costringere tutte a rimuovere quei simboli religiosi visibili si lederebbe sicuramente la libertà di espressione o di coscienza, ma non si comprometterebbe l'osservanza in senso stretto dei precetti religiosi. Eppure, al di là di alcune piccole eccezioni riguardanti i cristiani, l'applicazione delle regole di neutralità adottate dalla compagnia produrrà diverse conseguenze nei confronti delle donne – e, per certi versi, anche degli uomini – ebreo o musulmane rispetto alle loro colleghe cristiane, il che costituisce l'elemento fondamentale di qualsiasi discriminazione indiretta. È molto difficile evitare questa conclusione, sulla base di alcune risultanze fattuali. Potrebbe persino passare come fatto notorio e non come elemento da accertare in giudizio.

Se così fosse, la stessa Direttiva 2000/78/CE, al pari della legislazione antidiscriminatoria in materia di diritti umani, imporrebbe di rintracciare motivazioni più convincenti (da scandagliare solitamente nella terza fase del test di proporzionalità) che giustificano discriminazioni di questo tenore e non considerare questo aspetto integrerebbe un'ulteriore, grave violazione da parte di qualsiasi giudice.

2. *Un breve excursus teologico e sociologico*

Prima di procedere ad analizzare se e in che modo la Corte di giustizia dell'Unione europea ha affrontato queste due conseguenze giuridiche più rilevanti sottese al caso di specie, vorrei svolgere due considerazioni di ordine teologico e sociale.

1. Non sto affatto sostenendo che i credenti cristiani, diversamente dai loro fratelli ebrei o musulmani, lascino la loro fede al di fuori del luogo di lavoro; ma il loro modo di vivere la propria appartenenza religiosa sul lavoro si manifesta mediante la loro condotta etica e l'amore per i colleghi e simili, che costituisce il cuore della testimonianza a Cristo. Il Cristianesimo ha rinunciato alla maggior parte dei riti e delle pratiche religiose, che invece caratterizzano ancora oggi il *nomos* islamico e quello ebraico: è principalmente una religione del cuore. La cristianità in queste circostanze non si esprime mediante quello che si indossa oppure quello che si mangia e simili, ma piuttosto nel proprio comportamento. Forse è necessario dissipare l'equivoco comune secondo cui l'islam e l'ebraismo sono due religioni caratterizzate quasi esclusivamente da pratiche rituali, tanto che frasi del tipo “non mangiano carne di maiale, ma imbrogliano” oppure “non bevono alcol, ma lanciano bombe” sono diventati classici luoghi comuni dell'antisemitismo e dell'islamofobia. La legge morale e gli imperativi etici sono un

aspetto centrale del *nomos* e davvero rendono inutile il rituale privo della sua componente etica, come una breve digressione tratta dal libro del Levitico (da cui, peraltro, origina il comandamento “ama il prossimo tuo come te stesso”) o ben delineata da Profeti come Isaia e Amos può aiutare a chiarire. Questa è anche la sede più opportuna per evocare alcuni casi simili: ad esempio, un cattolico vi direbbe che l’esercizio di un diritto individuale come l’aborto comporta la violazione di una libertà garantita dalla sua religione, non tanto perché si tratta di un precetto rituale, ma perché infrange un comandamento morale di origine divina stabilmente radicato. Qualsiasi Tribunale dovrebbe quindi misurarsi con la stessa delicata fase del test tripartito di proporzionalità riguardante diritti ugualmente tutelati. Se esiste un modo per proteggere il diritto ad abortire senza forzare nessuno a violare le proprie convinzioni religiose, tale misura sarebbe probabilmente la più indicata sia sotto il profilo della necessità (fase due) sia per quanto concerne il bilanciamento dei valori (fase tre). Questa nuova tecnica di “accomodamento” si sta sempre più diffondendo per risolvere fattispecie controverse (si veda poco oltre il mio discorso sulla proporzionalità).

2. Posso comprendere le ragioni per cui la Corte – in totale buona fede (concedetemi il gioco di parole) – non si è curata di distinguere tra “manifestare” e “praticare” la propria religione e nemmeno la considera, anche solo per rigettarla. Il che non sorprende perché a produrre questa miopia, due massicce forze culturali – che spesso si trovano contrapposte – hanno agito congiuntamente per condizionare l’attuale insensibilità su questi temi. Queste due forze sono la Rivoluzione cristiana iniziata da Gesù e proseguita da Paolo di Tarso e la tradizione laica della Rivoluzione francese.

Come si accennava in precedenza, un elemento centrale (non l’unico) della Rivoluzione cristiana si trova nell’insegnamento (contenuto, per esempio, nel “Discorso della montagna”) secondo cui la Legge era compiuta e la natura del patto tra Dio e l’uomo era mutato per sempre. Solo per fare un esempio emblematico, non è più decisivo che cosa entra nella bocca di un uomo, ma le parole che ne escono; e con ciò la sofisticata matrice di rituali che ancora oggi costituisce uno (non l’unico) degli aspetti fondamentali del *nomos* è stata buttata nel cestino della comprensione religiosa cristiana e praticata come se fosse una reliquia di uno stadio precedente e più primitivo nel mondo di Dio.

Un giudizio di valore veniva associato a questo aspetto della Rivoluzione cristiana: i rituali tipici del *nomos* rappresentano la buccia. La polpa del frutto religioso è rappresentata dall’interiorità dell’essere umano. Non occorre circoncidere il proprio pene, come avviene nella tradizione giudaica e mu-

sulmana, ma il proprio cuore. Questo giudizio di valore era (ed è) spesso accompagnato da un certo disprezzo per lo stadio primitivo di quelle pratiche dell'Islam e dell'Ebraismo e, sebbene tale disprezzo sia in parte scomparso – o abbiamo quanto meno imparato a mascherarlo – rimane comunque una totale incomprendenza per il profondo significato spirituale del *nomos*.

La sottostante miopia rispetto alla distinzione tra “manifestare” e “praticare” deriva più precisamente da quella intuitiva, e quasi naturale, sensibilità maturata in oltre due millenni di cultura cristiana, tale per cui “sicuramente non può importare troppo quello a Chaya se le si chiede di rimuovere il velo. Sicuramente il velo è solo la buccia, non la vera polpa del frutto”. E sì, “sicuramente questa è soltanto una manifestazione della sua fede, non la fede in sé”⁸.

Ora, aggiungete pure il pervasivo impatto della Rivoluzione francese di cui, fortunatamente, tutti noi per molti versi siamo figli ed eredi. Per fare giusto un esempio simile al nostro, la Rivoluzione francese, quale passaggio epocale nel processo di smantellamento dello stato confessionale, ha affrancato gli ebrei, rendendoli “liberi e uguali” nel celebre motto della stessa rivoluzione. Tuttavia, questo processo si è accompagnato alla regola “sii un uomo in pubblico e un ebreo in privato”, in piena armonia con quella concezione di laicità che ritiene la religione come una questione privata. Il luogo appropriato della religione è dunque la casa e la Chiesa, non lo spazio pubblico, che deve rimanere “neutrale”. Storicamente, gli ebrei hanno adottato questo approccio, in parte come il giusto prezzo da pagare per la loro emancipazione (e molti, probabilmente i più, come catalizzatore per l'emancipazione dal giogo del *nomos*).

Con questa sensibilità, dire a Chaya che è benvenuta nel portare il velo a suo piacere in privato, ma non sul luogo di lavoro, sembrerebbe essere la più naturale e innocente richiesta possibile. Anzi, la sua continua insistenza nell'indossarlo potrebbe essere considerata – e il tenore della sentenza tradisce questa impostazione – come un'ostinazione irrazionale e ingiustificata.

Abbinando queste due forze, che sono i pilastri della civilizzazione dell'Occidente, aggiungendo un contesto sociale ampiamente secolarizzato

⁸È altrettanto chiaro, d'altra parte, come l'Ebraismo e l'Islam, proprio come il Cristianesimo, non siano religioni monolitiche e che per questo contemplanò al loro interno anche correnti e movimenti, che, per dirne una, non considerano obbligatoria la pratica di indossare lo *hijab* o la *kippab*, mentre altri lo fanno. Certamente, non compete a noi discutere i comandamenti di una religione e decidere noi per Chaya (o Achbita) quale siano i loro obblighi religiosi. Similmente, anche se il comportamento religioso di Chaya è piuttosto recente, chi siamo noi per giudicare quando qualcuno ha avuto la sua “folgorazione sulla via di Damasco”?

che ha perso la sua conoscenza, sensibilità e, talvolta, perfino la pazienza nei confronti della religione, la totale assenza assoluta di questa distinzione cruciale tra “manifestare” e “praticare” non dovrebbe sorprenderci.

3. *Proporzionalità*

Invece dovrebbe sorprenderci molto il modo, a dir poco sconcertante, con cui la Corte impiega il test di proporzionalità nel caso di specie, essendo la proporzionalità sempre al centro di questioni di questo tipo.

Anche in una versione minimale di proporzionalità, dovremmo di norma attenderci tre passaggi successivi:

1. La disposizione o la regola, che limita un certo diritto (in questo caso la libertà religiosa o la libertà di coscienza), persegue uno scopo legittimo?

2. È “necessaria”, nel senso che si tratta della “misura meno restrittiva”? Lo scopo legittimo può essere raggiunto, con oneri e costi ragionevoli, attraverso una misura diversa meno restrittiva del diritto tutelato?

3. Il terzo passaggio si suppone sia il più decisivo dal punto di vista socio-normativo. Infatti, anche se la misura persegue uno scopo legittimo ed è “necessaria” (cioè, non sono disponibili misure meno restrittive), il giudice, qualsiasi giudice, deve ancora dimostrare perché i valori inseriti e riflessi nello scopo legittimamente perseguito da una misura considerata necessaria per raggiungere tale scopo sono più importanti dei valori ricompresi nella libertà colpita e compromessa da quel provvedimento. È il conseguente bilanciamento che stabilisce la gerarchia di valori attraverso cui le nostre società ambiscono a definire loro stesse e, in effetti, sono spesso una cartina al tornasole delle loro differenze valoriali.

Con riferimento alla prima fase, la Corte di giustizia nel caso Achbita ha ritenuto che lo scopo di “*tutelare una certa immagine di neutralità*” è legittimo.

Riguardo al secondo passaggio, la Corte rinvia al giudice nazionale il compito di valutare il secondo elemento del giudizio di proporzionalità, chiedendogli di esaminare, in base alle circostanze del caso concreto, se “il divieto di indossare in modo visibile qualsiasi segno o indumento che possa essere associato a un credo religioso o a una convinzione politico-filosofica *interessi unicamente i dipendenti [della compagnia] che hanno rapporti con la clientela*” (il corsivo è nostro). Se, comunque, e questo è il nostro caso, la Corte ritenesse che “il divieto debba essere considerato strettamente necessario per conseguire la finalità perseguita [...] spetta al giudice del rinvio verificare se, tenendo conto dei vincoli inerenti all’impresa, e senza

che quest'ultima debba sostenere un onere aggiuntivo, sia possibile per [l'azienda], di fronte al rifiuto [opposto da una lavoratrice di dismettere il velo [ebraico] –, proporle un incarico che non comporti il contatto diretto con [...] il pubblico”, anziché licenziarla⁹.

Vorrei ora concentrarmi sul terzo elemento del test di proporzionalità, in quanto più strettamente correlato agli aspetti generali esplorati poco sopra ed è una questione al cuore di qualsiasi caso sui diritti umani, in particolare modo quando la fattispecie riguarda il contrasto tra due libertà protette che, pertanto, necessitano di essere bilanciate.

Ci si aspetterebbe che, quando raggiunge questo punto dell'analisi, la Corte (i) esplori e bilanci i valori sottesi a una politica aziendale di neutralità, se non con il diritto di praticare la propria religione, almeno con la libertà di manifestarla; e, in aggiunta, (ii) se la *policy* aziendale provoca veramente una discriminazione tra le religioni, verifichi anche se la rilevanza della *policy* è tale da giustificare la suddetta discriminazione.

Esiste un'infinità di esempi di questo genere. Istruttiva appare al riguardo la soluzione offerta dalla Corte europea dei diritti dell'uomo nel caso del *burka*¹⁰. Il *burka*, diversamente dal velo di Chaya o dal *hijab* portato dal Samira, copre interamente il volto delle donne musulmane. Numerosi Paesi ne hanno proibito l'utilizzo in pubblico, compromettendo chiaramente una libertà religiosa. Davanti a tali divieti, la Corte europea si è impegnata molto seriamente a bilanciare il sistema di valori che si cela dietro a quel divieto – quali una società “aperta”, la natura delle relazioni umane, che abbiamo tanto care, la dignità delle donne – con la libertà religiosa del singolo. Nel complesso e con varie motivazioni, la Corte ha concluso che questi valori potrebbero giustificare una legittima restrizione della libertà religiosa di indossare il *burka*.

Ecco l'esempio di una fattispecie ancora più simile ad Achbita decisa dalla Corte europea dei diritti dell'uomo. Nel caso Eweida, i giudici di Strasburgo si sono anch'essi trovati di fronte al divieto imposto da una società (la *British Airways*) ai suoi assistenti di volo, in quanto lavoratori che operano a stretto contatto con il pubblico, di indossare qualsiasi simbolo che possa manifestare la loro religione. Inoltre, nel valutare la proporziona-

⁹Caso “Achbita”, paragrafi 42 e 44.

¹⁰Corte europea dei diritti dell'uomo, caso Belcacemi e Oussar contro Belgio, ricorso n. 3779/13, sentenza del 11 luglio 2017 e Corte europea dei diritti dell'uomo, caso Dakir contro Belgio, ricorso n. 4619/12, sentenza del 11 luglio 2011, nonché, naturalmente, Corte europea dei diritti dell'uomo, caso S.A.S. contro Francia, ricorso n. 43835/11, sentenza del 1° luglio 2014.

lità delle misure adottate da un'azienda privata nei confronti dei propri dipendenti, le istituzioni nazionali – e in particolar modo i giudici – godono di un certo margine di apprezzamento. Ciò nonostante, la Corte ha stabilito che, nel caso di specie, non era stato raggiunto un corretto bilanciamento. Su un piatto della bilancia, è stato posto il desiderio della signora Eweida di manifestare il proprio credo religioso. Come si è già notato, questa è una libertà fondamentale non soltanto perché una società democratica sana deve accogliere e sostenere il pluralismo e la diversità, ma anche per il valore che assume per un singolo, che ha fatto della religione il pilastro della propria vita, il poterlo comunicare ad altri. Sull'altro piatto della bilancia è stata, invece, posta la volontà del datore di lavoro di promuovere una certa immagine aziendale. La Corte ritiene che, sebbene tale scopo sia certamente legittimo, i giudici nazionali gli abbiano accordato un peso eccessivo. La croce indossata dalla Signora Eweida era discreta e non pregiudicava il suo abbigliamento professionale. Non esistevano prove che l'aver precedentemente autorizzato altri dipendenti ad utilizzare certi capi di abbigliamento religioso, come un turbante o un hijab, avesse prodotto un impatto negativo sullo stile o sull'immagine della *British Airways*. Inoltre, il fatto stesso che la società fosse in grado di modificare le proprie uniformi per consentire di portare apertamente taluni accessori religiosi dimostra come il precedente divieto non fosse poi così importante¹¹.

Tra le altre cose, si nota in questo passaggio la distinzione del problema sulla legittimità dello scopo perseguito (prima fase) dal suo bilanciamento con i corrispettivi diritti individuali (terza fase).

Consentitemi ora di richiamare per esteso il percorso logico-argomentativo attraverso cui la Corte di Lussemburgo approccia questo fondamentale terzo passaggio del test di proporzionalità. Come conciliamo il diritto garantito di un'impresa di promuovere una politica di neutralità (art. 16 della Carta) con il diritto garantito dei suoi dipendenti di manifestare (o praticare) la loro religione (art. 10 della Carta)?

No, lo spazio bianco tra i due capoversi non è un errore di stampa o del computer. Semplicemente non c'è assolutamente nulla. Il terzo passaggio del test di proporzionalità è stato omissis. I giudici di Lussemburgo hanno

¹¹ Caso Eweida, paragrafo 94.

accorpato la prima e la terza fase. In maniera piuttosto categorica hanno sostenuto che in linea di principio una prassi, tesa a salvaguardare l'immagine neutrale di una società nei confronti della propria clientela, è legittima, "segnatamente quando il datore di lavoro, nel raggiungimento di questo scopo, impiega del personale chiamato a entrare in contatto diretto con i clienti della società per cui lavora"¹². In base a queste premesse, è del tutto comprensibile come l'unica preoccupazione della Corte sia verificare se l'azienda, senza oneri aggiuntivi, possa nascondere persone come Chaya nel *back office* mentre non affronta la questione centrale del conflitto di valori.

La Corte cerca di corroborare la sua decisione sulla legittimità della *policy* aziendale proprio sulla base delle argomentazioni prodotte dai giudici di Strasburgo nel caso Eweida. E, ovviamente, in forza della libertà di impresa citata dalla stessa Corte di giustizia Unione europea ci potrebbero anche essere delle ragioni per giustificare un comportamento che circoscrive l'esercizio della concorrente libertà religiosa.

È senza dubbio corretto che la pronuncia Eweida sostenga, come afferma la Corte, che in linea di principio un'azienda può limitare la libertà dei propri dipendenti di manifestare la propria identità religiosa. I giudici di Strasburgo hanno persino costruito la loro argomentazione centrale su tale statuizione: mantenere un'immagine altamente professionale nell'erogazione di un servizio, presumibilmente, senza offendere o allontanare i potenziali destinatari di questi stessi servizi.

Tuttavia, la comparazione tra il caso Eweida e il caso Achbita è niente meno che imbarazzante. In primo luogo, in Eweida si prende atto dell'esistenza di due diritti contrapposti. C'è una breve ma significativa articolazione dei rispettivi valori ad essi sottostanti e, soprattutto, si procede a soppesare e bilanciare, giudizio che è diverso dal secondo passaggio del test di proporzionalità sulla necessità della misura. Questo è il pane quotidiano di qualsiasi test di proporzionalità sui diritti umani. Questo è come si dovrebbero proteggere i diritti umani in casi simili. In secondo luogo, diversamente da quanto avviene per la sentenza Achbita, nel bilanciamento tra i valori in questione la Corte EDU arriva alla conclusione che la compagnia (la *British Airways*) ha commesso una violazione e, più specificamente, che non esiste alcuna prova che l'uso di altri capi di indumenti religiosi, come un turbante o un *hijab* da parte di altri dipendenti abbia avuto un impatto negativo sullo stile o sull'immagine della *British Airways*.

È questo silenzio quasi totale da parte del Lussemburgo a risultare così sconcertante. Paragoniamo l'argomentazione di Eweida con l'unica statui-

¹²Caso "Achbita", paragrafo 38.

zione presente in Achbita, che in parte allude alle stesse sensibilità: la volontà di un datore di lavoro di fornire ai propri clienti un'immagine di neutralità rientra nella libertà d'impresa riconosciuta dall'art. 16 della Carta e, in linea di principio, è legittima, specialmente quando l'azienda coinvolge nel perseguimento di tale obiettivo soltanto quei dipendenti che entrano in contatto con i clienti.

Dove sta l'analogia? Il breve cenno all'espressione "in linea di principio", nient'altro. Il fallimento espresso da questo silenzio è nello stesso tempo un fallimento professionale e morale. È veramente difficile spiegare l'assenza di un adeguato confronto con la questione relativa a diritti contrapposti. È davvero sufficiente, sul piano teorico, solo che una misura persegua uno scopo legittimo e sia realmente la meno restrittiva per adottarla anche quando confligge con un altro diritto fondamentale? E che messaggio si trasmette assumendo l'interesse economico senza articolare, più o meno solidamente, i valori del pluralismo e della tolleranza che sono alla base dei diritti compromessi dalla rivendicazione alla libertà religiosa violata dall'esercizio della libertà di impresa?

Nel caso Bougnaoui, deciso quasi contestualmente ad Achbita, la Corte ha lodevolmente stabilito che "la Direttiva 2000/78 deve essere interpretata nel senso che la volontà del datore di lavoro di tenere in considerazione i desideri della propria clientela a che i servizi offerti non siano più assicurati da una dipendente che indossa un velo islamico non può essere considerata come un requisito essenziale e determinante per lo svolgimento dell'attività lavorativa ai sensi del diritto europeo"¹³. Questo, volente o nolente, dovrebbe rientrare nella terza fase del test di proporzionalità. Ma, ahimè, nella decisione sulla vicenda Achbita, che in ragione della sua fattispecie più generale sembrerebbe essere il caso più importante, non c'è nessuna traccia di questo sentire. Tale principio potrebbe, o dovrebbe, essere limitato da una certa interpretazione restrittiva dei "requisiti professionali"? Non avrebbe forse dovuto essere parte del dispositivo della sentenza richiedere a tutti i giudici nazionali, in applicazione della Direttiva, di assicurare che l'asserita "neutralità" non sia determinata da tali desideri dei clienti?

Ma si potrebbe anche andar oltre: questo principio è di per sé sufficiente? Cosa succede, poi, se non c'è un desiderio effettivamente espresso dai clienti, ma è il datore di lavoro ad anticiparli comunque e ad agire di conseguenza? Abbiamo così reso il maiale kosher? E ancora di più, alla luce di quanto stabilito nel caso Bougnaoui e sapendo come funziona il mondo, la

¹³Caso C-188/15, Asma Bougnaoui e Association de défense des droits de l'homme (ADDH) contro Micropole SA ("Bougnaoui"), paragrafo 41.

Corte non ha involontariamente fornito una soluzione ingannevole? D'ora in poi, nessun datore di lavoro ammetterà mai una discriminazione del genere e si trincererà dietro una generica "politica di neutralità", che la stessa Corte di giustizia sembra avallare nella sentenza Achbita. Non sarebbe stato meglio creare una presunzione giuridica di illegittimità per tutte quelle *policy* aziendali che richiedono a un lavoratore di violare i precetti della propria religione o che "semplicemente" ne impediscono la manifestazione, in quanto si presumono contrarie alla Direttiva e alla Carta di Nizza, a meno che l'azienda non fornisca motivi impellenti (e la preferenza del cliente di non essere servito da una dipendente che indossa il velo non conta come impellente) per tali requisiti?

Siamo tutti consapevoli del fatto che, nonostante l'asserita centralità del principio di proporzionalità, esistono centinaia di casi in cui la Corte non va al di là del secondo passaggio del relativo test. Allora perché tutto questo clamore? In effetti, ci sono fattispecie in cui per la Corte non è necessario spingersi oltre alla seconda fase. Molte di queste vicende riguardano solo il funzionamento del mercato unico, che è per eccellenza il territorio della Corte, e in cui i giudici di Lussemburgo adottano di fatto decisioni dispositive. Pertanto, in molte di queste fattispecie, la Corte è realmente in grado di decidere fermandosi anche solo alla seconda fase del giudizio di proporzionalità. Altri esempi di queste fattispecie son, invece, quelli in cui i giudici europei valutano le misure statali a tutela di un principio proprio del loro ordinamento, per esempio, un'eccezione alla libera circolazione. In altri termini, si tratta di casi riguardanti principi che derivano dal sistema giuridico interno e dove l'obiettivo principale, oltre a dover accertare che lo scopo della misura statale rientri nella lista degli scopi ammessi o in esigenze imperative, è appunto quello di valutare solamente la seconda fase del test di proporzionalità (mettere un'etichetta sarebbe sufficiente) e non di contestare i valori costitutivi degli Stati membri.

Questo però non è il nostro caso. Ai sensi della Direttiva, la problematica sottostante al caso di specie ricade nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione. La tutela accordata ai singoli (sia Chaya sia la società per cui lavora) è assicurata dal diritto europeo ed è per questo che spetta alla Corte di giustizia definire almeno i parametri e i criteri che dovrebbero presiedere al bilanciamento tra due interessi contrapposti.

Il secondo motivo è che qui si tratta di diritti fondamentali. Come si è già visto negli esempi tratti dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, la terza fase del test di proporzionalità si situa al cuore dell'analisi sui diritti umani soprattutto, e inevitabilmente, come problema di logica giuridica, quando si ha a che fare con libertà contrapposte fra due individui, come

appunto in questo caso. Come altrimenti si potrebbe decidere fra questi due diritti contrapposti se non attraverso il terzo elemento del test di proporzionalità?

Si potrebbe allora sostenere che, sebbene la stessa Corte non compia il terzo passaggio del test di proporzionalità, indispensabile per decidere un caso su diritti umani contrapposti e ugualmente tutelati, affidi comunque tale compito al giudice nazionale?

Esaminiamo attentamente il secondo capoverso del paragrafo 44 della sentenza: “siffatta norma interna di un’impresa privata può invece costituire una discriminazione indiretta ai sensi dell’articolo 2, paragrafo 2, lettera b), della Direttiva 2000/78, qualora venga dimostrato che l’obbligo apparentemente neutro da essa previsto comporta, di fatto, un particolare svantaggio per le persone che aderiscono ad una determinata religione o ideologia, a meno che esso sia oggettivamente giustificato da una finalità legittima, come il perseguimento, da parte del datore di lavoro, di una politica di neutralità politica, filosofica e religiosa nei rapporti con i clienti, e che i mezzi impiegati per il conseguimento di tale finalità siano appropriati e necessari, circostanza, questa, che spetta al giudice del rinvio verificare”.

La Corte fa riferimento alla possibilità che una misura effettivamente in grado di creare uno svantaggio per una particolare confessione religiosa possa costituire una discriminazione indiretta e per questo violi la Direttiva, tuttavia, omette di aggiungere che ciò non accadrebbe se la misura in questione perseguisse uno scopo legittimo. Ma come era già stato notato poco prima nella sentenza e come viene poi ripreso nel paragrafo 38 “la volontà di un datore di lavoro di dare ai clienti un’immagine di neutralità rientra nella libertà d’impresa, riconosciuta dall’articolo 16 della Carta, e ha, in linea di principio, carattere legittimo, in particolare quando il datore di lavoro coinvolge nel perseguimento di tale obiettivo solo i dipendenti che si suppone entrino in contatto diretto con i clienti”. Avendo in mente questo passaggio, ritengo che il modo più naturale di leggere il paragrafo 44 sia che ciò che viene lasciato al giudice di rinvio nazionale è solamente di accertare se i mezzi per raggiungere un certo scopo siano proporzionati nel senso indicato dalla Corte, cioè se non sia possibile trovare a Chaya un’altra mansione che non comporti il contatto con i clienti, senza ulteriori oneri per la compagnia. Non pare chiedere alle Corti nazionali di preoccuparsi di affrontare la terza fase del giudizio di proporzionalità.

Ma anche se fornissimo una lettura “generosa” del paragrafo 44, e più precisamente che la locuzione “in linea di principio” significhi che questa debba essere verificata in ogni caso e che al giudice di rinvio non spetti soltanto di accertare la seconda fase sulla “misura meno restrittiva”, ma anche

il bilanciamento previsto dalla terza fase del test di proporzionalità. Anche se propendessimo per questa interpretazione generosa del paragrafo 44, la Corte avrebbe comunque tralasciato i suoi doveri. Poiché le libertà tutelate in questo caso sono diritti sanciti a livello europeo dalla Direttiva e dalla Carta di Nizza, non si può esternalizzare integralmente la loro interpretazione e articolazione ai giudici nazionali. Spetta alla Corte di giustizia definire gli standard di protezione in base al diritto dell'Unione, mentre i giudici degli Stati membri dovrebbero applicarli alla specificità del caso affrontato.

Partendo da questa ipotesi opinabile (cioè che la Corte di giustizia stia in realtà invitando i Tribunali nazionali a svolgere la terza fase del test di proporzionalità), essa non avrebbe dovuto almeno specificare i parametri sulla cui base effettuare il bilanciamento richiesto nel rinviare la questione al giudice interno? Traendo ispirazione dal caso Eweida, cui la stessa Corte di giustizia fa riferimento, non avrebbe forse dovuto esplicitare i valori insiti nei diritti previsti? E avrebbe anche dovuto spiegare ai giudici nazionali che, vista l'importanza dei diritti compromessi, l'impresa dovrebbe dimostrare in via empirica e normativa che l'esercizio del suo diritto, nello specifico del suo tipo di attività, la condizione dell'ambiente sociale e così via annullerebbero l'effetto negativo di una simile politica rispetto a un diritto tutelato dalla Direttiva, dalla Carta e dalla CEDU. Parallelamente al richiamo al diritto della società di condurre liberamente la propria attività d'impresa, la Corte di Lussemburgo non avrebbe dovuto far almeno un cenno, per esempio, anche alla necessità per "un sistema democratico maturo [...] di sostenere e promuovere il pluralismo e la diversità" e istruire il giudice nazionale di fare qualcosa in più che semplicemente esplorare se Chaya potesse essere nascosta nel *back-office*? In altri termini, avrebbe dovuto esplorare se la preoccupazione dell'azienda di mantenere una certa "neutralità" nei rapporti con i clienti non fosse semplicemente ispirata da esigenze professionali (come una legittima insistenza sul vestirsi bene), ma fosse invece un modo per assecondare i pregiudizi dei clienti – pregiudizi che son nemici di una concezione sana della democrazia che accetta il pluralismo e la diversità – e per prendere posizione al riguardo? Cioè, c'è una evidenza empirica che indossare un *hijab* o un turbante è accettato e questa pratica deve essere ovunque incoraggiata proibendone limitazioni, salvo motivi impellenti (come le sale operatorie).

Non mi sorprende che molti commentatori nel mondo dei blog abbiano accusato la Corte di sembrare più preoccupata dei diritti economici dell'impresa che dei diritti fondamentali degli individui.

I giudici, in una conversazione privata, vi diranno: "semplicemente non potevamo farlo; avrebbe significato capovolgere una prassi ampiamente