



**Stefano Testa Bappenheim**

(Ph.D. in diritto ecclesiastico europeo, *doctor Communitatis Europaeae*,  
Paris XI, Marie Curie Fellow,  
professore a contratto di Diritto ecclesiastico nella Facoltà di  
Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Camerino)

***L'Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (AGG): Lex sum, nihil humani a  
me alienum puto***<sup>1</sup>

**SOMMARIO:** 1. Introduzione – 2. Il contesto europeo maieuta delle «4 direttive» -  
3. Le «4 direttive» - 4. *L'ubi consistam* costituzionale tedesco - 5. Le discriminazioni  
vietate – 6. Fenotipi laburistici dell'AGG - 7. Fenotipi civilistici dell'AGG – 8. Le  
discriminazioni ammesse - 9. Il § 9, *extra Ecclesiis nulla exceptio*.

**1 - Introduzione**

Il progetto di legge originario risale al 16 dicembre 2004 (BT-Drucksache 15/4538); il 7 marzo 2005 si conclusero le audizioni degli esperti; il 17 giugno 2005 la legge venne approvata al *Bundestag*, passando poi al *Bundesrat*, che, tuttavia, pur avendo iniziato ad occuparsene già nella seduta dell'8 luglio 2005, ove era al IX punto all'ordine del giorno, non riuscì ad approvarla nemmeno nell'ultima seduta, il 4 settembre 2005, prima delle elezioni politiche nazionali.

Fatto proprio, l'8 giugno 2006, dal nuovo Governo della *Bundestanzlerin* Angela Merkel, il progetto di legge venne riproposto al punto 21 dell'ordine del giorno della DCCCXXIIIa seduta del *Bundesrat*, il 16 giugno 2006, ed approvato: prima da questa Camera, poi, alle 15,59 del 29 giugno 2006, dal *Bundestag*, con 443 voti favorevoli, 111 contrari e 17 astenuti.

Firmato, infine, il 14 agosto 2006, dal Presidente Horst Köhler, l'AGG è stato pubblicato sul *BGBl* il 17 agosto, ed è entrato in vigore il giorno successivo.

La legge si compone di 4 articoli. L'articolo 1 comprende l'intera legge per la protezione contro le discriminazioni, l'articolo 2 la legge sulla parità di trattamento di soldatesse e soldati (*SoldGG*), l'articolo 3 varie modifiche ad altre leggi, ed il 4 le disposizioni sulla sua entrata in vigore.

---

<sup>1</sup> Testo destinato alla pubblicazione sul prossimo numero della rivista "*Diritto e religioni*", ed. Pellegrini



L'AGG accoglie quattro direttive europee<sup>2</sup>, che parlano del divieto di discriminazioni basate su differenti motivi, in un campo d'applicazione ben definito. Le cause di discriminazione considerate dalle singole direttive sono differenti, e parimenti differenti ne sono i fenotipi concreti. L'AGG cerca di trasformare le quattro direttive in una legge unitaria, con una gran parte di disposizioni comuni.

## 2 - Il contesto europeo maieuta delle «4 direttive»

Se oggi i rappresentanti cattolici e protestanti incontrano annualmente il presidente della UE, ed ogni sei mesi il Capo del governo dello Stato che abbia assunto la presidenza del Consiglio europeo, ciò è frutto del regolare, ancorché informale, dialogo, instaurato, da gran tempo, fra le Chiese e l'UE<sup>3</sup>: i Gesuiti, fin dal 1963, aprirono a Bruxelles una sezione dell'Ufficio cattolico d'iniziativa ed informazione per l'Europa, dopo aver creato il loro primo ufficio a Strasburgo, nel 1957, chiamativi dall'Ordinario del luogo, Mons. Weber; nel 1980, poi, anche la Commissione degli Episcopati della Comunità europea (COMECE<sup>4</sup>) s'installò a Bruxelles, ove si trovano, oggi, anche la Commissione «*Iustitia et pax*», l'associazione «*Espaces*» (dei Domenicani), *etc.*

I Protestanti, dal canto loro, dettero vita prima all'Associazione Ecumenica per la Chiesa e la Società, poi, nel 1973, alla Commissione Ecumenica Europea per Chiesa e Società, la quale, nel 1999, diventerà la Commissione «Chiesa e Società» della Conferenza delle Chiese Europee<sup>5</sup>.

Anche il Santo Sinodo della Chiesa ortodossa russa, infine, decise, il 17 luglio 2002, di creare una propria rappresentanza permanente presso le istituzioni europee<sup>6</sup>.

---

<sup>2</sup> La 2000/43/CE, del 29 giugno 2000 (direttiva antirazzismo, in *GUCE*, n. L 180, 19 luglio 2000, p. 22), la 2000/78/CE, del 27 novembre 2000 (direttiva per l'occupazione, in *GUCE*, n. L 303, 2 dicembre 2000, p. 16), la 2002/73/CE, del 23 settembre 2002 (direttiva sulla parità dei sessi, che modifica la 76/207, in *GUCE*, n. L 269, 5 ottobre 2002, p. 15), la 2004/113/CE, del 13 dicembre 2004 (in *GUCE*, n. L 373, 21 dicembre 2004, p. 37).

<sup>3</sup> V. S. TESTA BAPPENHEIM, *Fenotipi della laicità costituzionale in Turchia (Türkiye Cumhuriyeti)*, in [www.dirittiuomo.it/Bibliografia/2007/Laicita\\_turchia.pdf](http://www.dirittiuomo.it/Bibliografia/2007/Laicita_turchia.pdf); P. CHABAL – A. DE RAULIN (a cura di), *Les chemins de la Turquie vers l'Europe*, Artois Presses Université, Arras, 2002, *passim*.

<sup>4</sup> Sull'attività della quale, v. [www.comece.org](http://www.comece.org).

<sup>5</sup> V. P. DE CHARENTENAY, *Les relations entre l'Union européenne et les religions*, in *RMCUE*, n. 465, 2003, pp. 90 ss.

<sup>6</sup> V. [www.orthodoxeurope.org](http://www.orthodoxeurope.org).



Quando Jacques Delors, nel 1992, creò la «*Cellule de prospective*», affidò ad uno dei suoi componenti, Marc Luyckx, l'incarico di seguire e strutturare le relazioni fra l'UE e le Chiese e religioni; affidata poi a Thomas Jansen, Michael Weninger, Raymond Lévy, la «*Cellule*» diventò, nel 2001, il *GOPA* (*Group of Policy Advisers*).

La stessa Santa Sede nominò, nel 1999, un Nunzio apostolico presso la CEE<sup>7</sup>, probabilmente sull'onda del sostegno al processo di costruzione europea espresso da Giovanni Paolo II, sia nell'allocuzione pronunciata in occasione della visita al Parlamento europeo, nel 1988<sup>8</sup>, sia in molte altre occasioni<sup>9</sup>.

Si giunse così, in questo contesto, alla vicenda delle «radici cristiane»: la Convenzione nominata per preparare la nuova Carta costituzionale ne rese pubblica, il 28 luglio 2000, una prima versione, recante un preambolo che non evocava affatto le religioni: «*L'Unione è fondata sui principî indivisibili ed universali della dignità della persona... etc.*».

Alcuni parlamentari tedeschi della CSU bavarese, però, si rivolsero direttamente all'allora *Bundespräsident*, Roman Herzog, bavarese egli stesso, per chiedergli d'intervenire a favore d'un riferimento alle radici cristiane, peraltro presenti nelle Costituzioni tedesche di numerosi *Länder* ed in quella federale<sup>10</sup>: ecco l'origine della seconda bozza, del 14 settembre, con il riferimento all' «eredità culturale, umanistica e religiosa» dell'Europa; a questo punto, però, intervenne la Francia, ed ecco la terza bozza, del 2 ottobre, con il riferimento al solo «patrimonio spirituale e morale», con tutte le ben note polemiche che ne seguirono<sup>11</sup>.

---

<sup>7</sup> Il Nunzio presso l'UE è, attualmente, Mons. André Dupuy, Arcivescovo di Selsea.

<sup>8</sup> *Discorso al Parlamento Europeo, durante la visita nel Palazzo dell'Europa a Strasburgo* (11 ottobre 1988), in *Oss. Rom.*, 12 ottobre 1988.

<sup>9</sup> Si veda (in [http://www.vatican.va/holy\\_father/john\\_paul\\_ii/travels/documents/hf\\_jp-ii\\_spe\\_20061998\\_austria-autorita\\_it.html](http://www.vatican.va/holy_father/john_paul_ii/travels/documents/hf_jp-ii_spe_20061998_austria-autorita_it.html)) ad ex., l'allocuzione del 20 giugno 1998, a Vienna, diventata famosa per il concetto dei «due polmoni» (n. 4).

<sup>10</sup> V. S. TESTA BAPPENHEIM, *Cenni sulla costituzionalizzazione delle radici cristiane in Germania*, in *Ius Eccl.*, 2006, pp. 755 ss.; F. FEDE – S. TESTA BAPPENHEIM, *Dalla laicità di Parigi alla nominatio Dei di Berlino, passando per Roma*, Giuffrè, Milano, 2007.

<sup>11</sup> V. L. GARLICKI, *Les aspects collectifs de la liberté de religion*, in *AIJC*, 2000, pp. 402 ss.; C. HAGUENAU-MOIZARD, *États et religions en Europe*, PUG, Grenoble, 2000, pp. 61 ss. Il Card. Lustiger, Arcivescovo di Parigi, tenne tuttavia a precisare come i Vescovi francesi non avessero accettato la nuova formula, ma vi si fossero rassegnati (v. *Le Monde*, 15 aprile 2003, p. 11).



Ciò perché, anche nelle nostre società descritte come “uscite dalla religione”<sup>12</sup>, permane, secondo alcuni, un ancoraggio di fondo alla cultura religiosa<sup>13</sup>, ed appare dunque chiaro come “sebbene politica e religione individuino realtà differenti, l’una volta verso aspetti esterni e contingenti all’esistenza, l’altra interiori ed ultraterreni, il termine religione ha assunto rilevanza a livello giuridico in una dimensione quasi esclusivamente politica. Ciò non può essere spiegato attraverso il c.d. «primato della politica», poiché gli aspetti religiosi, almeno nella loro dimensione noumenica, sono addirittura precedenti e accompagnano tutta la vita dell’uomo”<sup>14</sup>; lo stesso Jacques Delors, infatti, sottolineava come sarebbe stato “impossibile mettere in pratica le potenzialità di Maastricht senz’anima, senza spiritualità”<sup>15</sup>; all’uopo, perciò, da un lato, la Commissione Europea lanciò, nel 1995, il programma «Dare un’anima all’Europa», preordinato alla riflessione sul senso spirituale ed etico della costruzione europea<sup>16</sup>, mentre, dall’altro, il Consiglio d’Europa avviò il parallelo Rapporto su «Religione e democrazia», infine presentato il 28 gennaio 1998.

“Quando oggi [...] si ricercano le radici religiose del proprio Paese o del proprio pensiero – se cristiane, o meramente cattoliche o altro - [...] non sarebbe più corretto rilevare che, essendo la religione una delle forze profonde della storia, solo attraverso questa essa assurge a una dimensione politica?”<sup>17</sup>.

“Sarebbe molto semplice dire che politica e religione procedono su piani separati, che è meglio tenerle separate. Così in effetti non è, perché entrambe sono portatrici di valori, hanno una dimensione ideologica, si occupano della vita dell’uomo, in modo immanente l’una, trascendente l’altra, rispondendo, cioè, a due diverse esigenze. Ma, mentre i giuristi hanno un’idea abbastanza chiara del politico, in specie per l’epoca più recente, allorché si immedesima nel c.d. Stato di diritto, essi hanno opinioni molto diversificate sul significato stesso della religione [...], quasi fosse questione della quale il diritto non deve,

---

<sup>12</sup> V. D. HERVIEU-LÉGER, *Les formes contemporaines de l’affirmation communautaire*, in *Religions, droit et société dans l’Europe communautaire*, PUAM, Aix-en-Provence, 2000, p. 120.

<sup>13</sup> ID., *Les tendances du religieux en Europe*, in *Croyances religieuses, morales et éthiques dans le processus de construction européenne*, in *La documentation française*, 2001, pp. 11 ss.; W. KALINOWSKI, *Les institutions communautaires et l’âme de l’Europe: la mémoire religieuse en jeu dans la construction de l’Europe*, *ivi*, pp. 44 ss.

<sup>14</sup> M. TEDESCHI, *Politica, religione e diritto ecclesiastico*, in *Dir. Fam. Pers.*, 1996, p. 1520.

<sup>15</sup> Cit. da R. MEHDI, *L’UE et le fait religieux. Éléments du débat constitutionnel*, in *Rev. fr. dr. const.*, 2003, p. 229.

<sup>16</sup> Cfr. C. LINK, *Staat und Kirche im Rahmen des europäischen Einigungsprozesses*, in *ZevKR*, 1997, pp. 129 ss.

<sup>17</sup> M. TEDESCHI, *Politica, religione e diritto ecclesiastico*, *cit.*, p. 1523.



*non può occuparsi, poiché la religione ha una portata metafisica e quindi metagiuridica, che nulla in comune ha con la realtà del diritto?"<sup>18</sup>.*

### 3 - Le «4 direttive»

Sulla base del criterio dei motivi di discriminazione affrontati, la direttiva più ampia è la 2000/78, estendendosi ai pregiudizi per razza, origine etnica, religione o *Weltanschauung*<sup>19</sup>, handicap, età od orientamento sessuale. L'ambito d'applicazione concreto è limitato all'impiego, alla professione, all'istruzione, alla protezione sociale.

Una seconda direttiva, la 2000/43, di poco precedente, quantunque si riferisca solo alle discriminazioni su base razziale od etnica, ha un ambito d'applicazione concreto più ampio, che include non solo tutte le fattispecie della 2000/78, ma anche le discriminazioni relative all'acquisto ed alla fornitura di beni e servizi offerti al pubblico, comprese le abitazioni.

Le ultime due direttive riguardano la parità di uomini e donne negli ambiti dell'occupazione e formazione professionale (2002/73), e dell'acquisto e fornitura di beni e servizi (2004/113). Quest'ultima direttiva definisce il proprio raggio d'azione sulla base non dell'oggetto, bensì dei suoi destinatari, ovvero tutte le persone che offrano beni e servizi al pubblico, senza riguardo alle caratteristiche specifiche della singola persona<sup>20</sup>.

L'AGG, muovendo da queste quattro direttive, combina l'ambito d'applicazione concreto delle direttive antirazzismo con l'ulteriore catalogo delle cause di discriminazione illecite, proibendo così di fare, nelle prestazioni offerte al pubblico, una discriminazione sulla base non solo di razza od origine etnica, ma anche delle altre cause di discriminazione previste dalla direttiva, con eccezione della *Weltanschauung*.

L'AGG avrà probabilmente i suoi maggiori effetti nel diritto del lavoro<sup>21</sup>, mentre pare che, nei rapporti di diritto civile, la legge vada *ultra petita*<sup>22</sup>.

---

<sup>18</sup> *Ibidem*, p. 1524.

<sup>19</sup> Sebbene il termine '*Weltanschauung*' renda bene il concetto nella traduzione tedesca, esso è stato messo in discussione; la versione inglese usa il concetto di '*Belief*' (fede), e quella francese di '*Convictions*'. V. W. DÄUBLER, *Weltanschauung auf europäisch*, in NJW, 2006, pp. 2608 ss.

<sup>20</sup> Art. 3.1 della 2004/113.

<sup>21</sup> V. H.-J. WILLEMSSEN – U. SCHWEIBERT, *Schutz der Beschäftigten im Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz*, in NJW, 2006, pp. 2583 ss.; R. RICHARDI, *Neues und Altes – Ein Ariadnefaden durch das Labyrinth des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes*, in NZA, 2006, pp. 881 ss.; M. DILLER – S. KRIEGER – Ch.





Fondamentalmente, l'AGG proibisce discriminazioni basate su "razza, origine etnica, sesso, religione o Weltanschauung, età od identità sessuale" (§ 1)<sup>23</sup>. Nei rapporti di diritto civile, però, questo divieto non vale per le discriminazioni basate sulla *Weltanschauung* (§ 19 I). È illecita una discriminazione basata su uno di questi motivi, in un ambito d'applicazione concreto, ma "secondo le disposizioni di questa legge" (§ 2). Per il diritto civile, l'ambito d'applicazione concreto viene più dettagliatamente delimitato.

In una parte introduttiva generale, l'AGG definisce il proprio scopo ed ambito d'applicazione, e contiene la definizione centrale di discriminazione. La seconda parte regola il divieto di discriminazione nell'ambito occupazionale; la terza prevede la protezione contro le discriminazioni nei rapporti di diritto civile in generale; la quarta dà disposizioni generali sulla protezione giuridica; la quinta una disposizione estensiva ai legami di servizio di diritto pubblico; la sesta istituisce un ufficio di controllo antidiscriminazioni presso il *Bundesministerium für Familien, Senioren, Frauen und Jugend* (Ministero federale per la famiglia, gli anziani, le donne e la gioventù). Le disposizioni di diritto civile promanano dalla parte generale in combinato disposto con le norme sui rapporti di diritto civile (terza parte) e con quelle sulla protezione giuridica (quarta parte).

Le disposizioni della legge valgono per tutti i datori di lavoro, a prescindere dal numero di dipendenti o dalla veste giuridica dell'azienda. L'AGG, perciò, vale tanto per le piccole aziende con un

---

ARNOLD, *Kündigungsschutzgesetz plus Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz: sind Arbeitnehmer in Zukunft doppelt vor Kündigungen geschützt?*, *ivi*, pp. 887 ss.; M. GROBYS, *Die Beweislast im Anti-Diskriminierungsprozess*, *ivi*, pp. 898 ss.; S. KLUMPP, § 23 BetrVG als Diskriminierungssanktion, *ivi*, pp. 904 ss.

<sup>22</sup> V. H. VON DER GROEBEN – J. SCHWARZE, *EU-/EG Vertrag*, Nomos, Baden-Baden, 2003, art. 13, n. 12; C. CALLIESS – M. RUFFERT, *EU- und EG- Vertrag*, Luchterhand, Neuwied, 2002, art. 13; J. SCHWARZE, *EU-Komm.*, Nomos, Baden-Baden, 2000, art. 13, n. 5; R. GEIGER, *EUV-EGV*, C.H. Beck, München, 2002, art. 13, nn. 1 e 6; H.M. HEINIG, *Die Religion, die Kirchen und die europäische Grundrechtscharta*, in *ZevKR*, 2001, pp. 440 ss.; ID., *Art. 13 EGV und die korporative Religionsfreiheit nach dem Grundgesetz*, in A. HARATSCH (a cura di), *Religion und Weltanschauung im säkularen Staat*, Boorberg, Stuttgart, 2001, pp. 214 ss.; G. ROBBERS, *Religionsrechtliche Gehalte der Europäischen Grundrechtscharta*, in M.E. GEIS (a cura di), *Staat, Kirche, Verwaltung. Festschrift für Hartmut Maurer zum 70. Geburtstag*, C.H. Beck, München, 2001, pp. 424 ss.; S. MUCKEL, *Die Rechtsstellung der Kirchen und Religionsgemeinschaften nach dem Vertrag über eine Verfassung für Europa*, in *DÖV*, 2005, pp. 190 ss.

<sup>23</sup> Di «orientamento sessuale» parlava già il § 75 della *BetrVG*, v. R. RICHARDI, *BetrVG*, 2006, § 75, n. 24; P. KREUTZ, *GK BetrVG*, Luchterhand, Neuwied, 2005, § 75, nn. 75 ss.



solo dipendente quanto per i colossi industriali, e dovranno osservare e rispettare questa legge anche quei liberi professionisti che avessero dei dipendenti. La legge vale, da un lato, per l'ambito del diritto del lavoro, e, dall'altro, per quello del diritto civile, nei casi d'acquisto e fornitura di beni e servizi a disposizione del pubblico.

La protezione giuridica del diritto del lavoro vale non solo per i (potenziali, passati e futuri) dipendenti ed apprendisti, ma anche per i lavoratori parasubordinati (come gli agenti di commercio).

La legge vuole prevenire ogni forma di trattamento pregiudiziale (diretto od indiretto).

L'AGG contiene un certo numero di concetti molto ampi (adeguato scopo legittimo, requisiti lavorativi essenziali e decisivi), il cui preciso significato deve ancora essere chiarito dalla giurisprudenza.

I concetti di religione e visione del mondo, *ad ex.*, non sono stati definiti giuridicamente dall'AGG. La giurisprudenza, in ogni caso, ha ritenuto che non debba essere protetto solo il *forum internum*, ma anche il diritto individuale di comportarsi conformemente alle regole della propria religione o visione del mondo. In generale, per religione si intende la fede in una realtà trascendente, mentre per visione del mondo la fede in un sistema di regole per la realtà immanente<sup>24</sup>.

Il concetto di visione del mondo crea grandi difficoltà, non essendovi, ai giorni nostri, quasi nulla che non venga ricondotto al concetto di visione del mondo. Nell'ambito d'applicazione dell'AGG, il concetto dovrebbe avere la stessa ampiezza dell'art. 4-I GG<sup>25</sup>.

Si noti, peraltro, come l'«eccezione religiosa» sia prevista anche in altre normative introducenti il divieto di discriminazione: negli Stati Uniti, *ad ex.*, già da quasi 40 anni la disposizione centrale della norma statunitense contro le discriminazioni venne inserita nel diritto del lavoro: il *Title VII Civil Rights Act* vieta, infatti, al datore di lavoro discriminazioni basate su razza, colore della pelle, religione, sesso o nazionalità, eccezione fatta per le Chiese: secondo il § 702, infatti, "*This title shall not apply [...] to a religious corporation, association, educational institution, or society with respect to the employment of individuals of a particular religion to perform work connected with the carrying on by such corporation, association, educational institution or society of its activities*".

Le istituzioni ecclesiali, quindi, sono completamente esentate dal divieto di discriminazione. L'origine di questa disposizione si trova nel diritto costituzionale, contenendo la costituzione americana una

---

<sup>24</sup> V. BAG, 22 marzo 1995 – 5 AZB 21/94, AP n. 21 sul § 5 ArbGG 1979, in *BB*, 1995, pp. 1492 ss.

<sup>25</sup> V. G. ANNUß, *Das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz im Arbeitsrecht*, cit., pp. 1630 ss.



garanzia della libertà religiosa, basata sulla separazione fra Chiesa e Stato<sup>26</sup>.

Il legislatore, inoltre, ha previsto un'ulteriore clausola per il datore di lavoro che, pur non essendo giuridicamente espressione d'una qualche Chiesa, volesse tuttavia egualmente seguire una determinata tendenza religiosa: anche questi potrà, ex § 703, differenziare su base religiosa: "*Notwithstanding any other provision of this subchapter, ...*

*(2) it shall not be an unlawful employment practice for a school, college, university, or other educational institution or insitution of learning to hire and employ employees of a particular religion if such school, college, university, or other educational insitution od institution of learning is, in whole or in substantial part, owened, supported, controlled, od managed by a particular religion or by a particular religious corporation, association, or society, or if the curriculum of such school, college, university, or other educational insitution or institution of learning is directed toward the propagation of a particular religion"*<sup>27</sup>.

#### 4 - *L'ubi consistam* costituzionale tedesco

Il *Grundgesetz* tedesco riconosce senza restrizioni, negli articoli dall'1 al 19, gli inviolabili ed inalienabili diritti dell'uomo come fondamento d'ogni comunità umana, della pace e della giustizia nel mondo.

Il GG, pur consentendo una differenziazione giuridica fra i cittadini tedeschi e gli altri, esige, tuttavia, nell'art. 3, la parità di trattamento, e proibisce nei riguardi di tutti, anche dei non tedeschi, un pregiudizio, una preferenza od una discriminazione basata su razza, famiglia di provenienza, origini, lingua, religione<sup>28</sup>.

---

<sup>26</sup> V. il I emendamento: "*Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof*". V. **M. TEDESCHI**, *Alle radici del separatismo americano*, in *Dir. eccl.*, 1984, pp. 83 ss., e, in versione inglese, *At The Roots of American Separatism*, in *Hispania Sacra*, XL (1988), pp. 825 ss.; **ID.**, *Stato e Chiesa negli Stati Uniti d'America*, in **S. GHERRO** (a cura di), *Studi sui rapporti tra la Chiesa e gli Stati*, CEDAM, Padova, 1989, pp. 97 ss.

<sup>27</sup> V. **W. HEUN**, *Die Trennung von Kirche und Staat in den Vereinigten Staaten von Amerika*, in **K.-H. KÄSTNER** (a cura di), *Festschrift für Martin Heckel zum siebzigsten Geburtstag*, Mohr Siebeck, Tübingen, 1999, pp. 341 ss.

<sup>28</sup> V. **M. WOLLENSCHLÄGER** – **B. JOHN**, *Schutzgesetz gegen ethnische Diskriminierung*, Müller, Berlin, 1993, pp. 136 ss.; **M. TEDESCHI**, *Secolarizzazione e libertà religiosa*, in *Studi in onore di G. Saraceni*, Jovene, Napoli, 1988, pp. 499 ss.; **M.G. BELGIORNO DE STEFANO**, *La cittadinanza culturale e religiosa come discriminazione di genere*, in *Integrazione europea e società multi-etnica. Nuove dimensioni della libertà religiosa*, Giappichelli, Torino, 2000, pp. 167 ss.





Nell'art. 3-I GG, il principio di parità proclama: "Tutti gli uomini sono uguali dinanzi alla legge"; nel 3-II si dice: "Uomini e donne hanno gli stessi diritti", e, nella IIa frase, "Lo Stato promuove la reale eguaglianza di donne e uomini e agisce per la rimozione degli svantaggi esistenti". Nel diritto del lavoro, il § 611a BGB serve all'attuazione di questo principio di parità<sup>29</sup>.

L'art. 3-III GG dispone: "Nessuno può venir discriminato o favorito per il suo sesso, la sua discendenza, la sua razza, la sua lingua, la sua patria od origine, la sua fede, le sue opinioni religiose o politiche". Nel 1994 fu introdotto anche un art. 3-III-2, che continua: "Nessuno può venir discriminato a causa del suo handicap".

Il concetto d'eguaglianza del GG, massime dell'art. 3, si riverbera anche, *in primis*, nel diritto privato<sup>30</sup>. Esso è di particolare importanza per il legame fra il divieto di discriminazione e la – contenuta nel fondamentale principio di inclusione sociale – possibilità di discriminazione positiva per chi fosse sino ad allora stato svantaggiato. I divieti di discriminazione nell'art. 3 sono ampi, ricomprendendo tutti i criteri elencati nelle direttive. L'art. 3 prevede, però, solo in due ambiti la possibilità di discriminazione positiva: nella discriminazione basata sul sesso e nel caso di handicappati<sup>31</sup>. Altri importanti pilastri d'una valutazione costituzionale sono la protezione dell'autonomia contrattuale (art. 2-I GG), e la protezione della libertà lavorativa (art. 12 GG).

Basato parimenti sull'art. 3 GG è, *in secundis*, il *Betriebsverfassungsgesetz (BetrVG)*, il cui § 75 contiene una norma che – in combinato disposto con l'art. 3 GG – vieta ogni forma di discriminazione nel diritto privato, ma solo per i comportamenti delle controparti aziendali, cioè il datore di lavoro ed i consigli di fabbrica: "Datore di lavoro e consiglio di fabbrica debbono badare che tutte le persone attive nell'azienda vengano trattate secondo i principî della giustizia e dell'equità, in particolare che non si verifichino trattamenti discriminatorî

<sup>29</sup> V. BVerfG, 16 novembre 1993.

<sup>30</sup> V. **B. SCHÖBENER – F. STORK**, *Europäischen Union im Zivilrecht: zur Bedeutung der Vertragsfreiheit und des Rechts auf Privatleben*, in *Zeus*, 2004, pp. 43 ss.; BVerfGE, 73, 339 ss., in *NJW*, 1987, pp. 577 ss.; BVerfGE, 102, 147 ss., *ivi*, 2000, pp. 3124 ss.; BVerfG, *ivi*, 2001, pp. 1267 ss.; BVerfGE, 89, 155 ss., *ivi*, 1993, pp. 3047 ss.

<sup>31</sup> V. **U. WENDELING-SCHRÖDER**, *Diskriminierung und Privilegierung*, in **J.H. BAUER** (a cura di), *Festschrift für Peter Schwerdtner zum 65. Geburtstag*, Luchterhand, München, 2003, pp. 269 ss. V. anche **E.W. BÖCKENFÖRDE**, *Freiheitssicherung gegenüber gesellschaftlicher Macht*, in **ID.**, *Staat, Verfassung, Demokratie. Studien zur Verfassungstheorie und zum Verfassungsrecht*, Suhrkamp, Frankfurt a.M., 1991, pagg. 264 ss.; **U. RUST** (a cura di), *Die Gleichbehandlungsrichtlinien der EU und ihre Umsetzung in Deutschland*, Evang. Akad. Loccum, Rehburg-Loccum, 2003.



basati su discendenza, religione, nazionalità, origine, attività od opinioni politiche o sindacali, sesso, identità sessuale. Essi debbono fare attenzione a che i lavoratori non vengano discriminati a causa del superamento d'una determinata età". È da sottolineare come il § 75 BetrVG si riferisca, secondo il suo senso letterale, solo ai dipendenti dell'azienda. L'opinione dominante in dottrina, però, include tanto gli aspiranti ad un posto di lavoro quanto i pensionati, in ogni caso nella misura in cui il consiglio di fabbrica possa qui esercitare dei diritti, come *ad ex*. nel caso della definizione dei criteri per le assunzioni. È controverso, però, se il § 75 BetrVG sia idoneo come fondamento giuridico d'un diritto individuale, e se valga anche in aziende prive di consiglio di fabbrica<sup>32</sup>. I divieti di discriminazione del § 75 vengono completati con determinati doveri di rappresentanza aziendale<sup>33</sup>.

In riferimento alla discriminazione basata sul sesso, *in tertiis*, v'è un divieto generale di discriminazione nel § 611a BGB. Esso viene completato dalla normativa sulle offerte di lavoro sessualmente neutrali, *ex* § 611b BGB, e dal divieto di discriminazione basata sul sesso nella retribuzione, *ex* § 612 BGB.

L'assunzione specifica di donne sarebbe, secondo il GG, possibile anche nel diritto privato, ma non è obbligatoria, valendo, per lo Stato, la «legge federale sulla parità».

In riferimento al diritto degli handicappati, è da applicare il § 81 SGB IX. In questa norma si trovano tanto un divieto di discriminazione negativa quanto le norme per la discriminazione positiva, che sono, come detto sopra, costituzionalmente lecite. L'eventualità, poi, che da ciò possa scaturire un fenomeno di «concorrenza» fra le categorie

---

<sup>32</sup> D. SCHIEK, *Gleichbehandlungsrichtlinien der EU - Umsetzung im deutschen Arbeitsrecht*, in NZA, 2004, pp. 873 ss. V. anche H. DE WALL, *Neue Entwicklungen im Europäischen Staatskirchenrecht*, in ZevKR, 2002, pp. 205 ss.; ID., *Von der individuellen zur korporativen Religionsfreiheit*, in J. RENZIKOWSKI (a cura di), *Die EMRK im privat-, straf- und öffentlichen Recht*, Mnz, Wien, 2004, pp. 236 ss.; C. LINK, *Antidiskriminierung und kirchliches Arbeitsrecht*, in ZevKR, 2005, pp. 402 ss.; M. TRIEBEL, *Der Kirchenartikel im Verfassungsentwurf des Europäischen Konvents*, *ivi*, 2004, pp. 643 ss.

<sup>33</sup> Così il consiglio di fabbrica, *ex* § 80-I, nn. 2a e 2b, deve favorire l'affermazione della reale parità di donne e uomini come pure la conciliabilità di famiglia e attività remunerata, *ex* n. 4 deve favorire l'integrazione degli handicappati e delle altre persone particolarmente bisognose di protezione, *ex* n. 6 deve favorire l'impiego di lavoratori anziani ed *ex* n. 7 deve favorire l'integrazione di lavoratori stranieri con quelli tedeschi nell'azienda e la comprensione reciproca, come pure misure per combattere il razzismo e la xenofobia nell'azienda. Tali misure possono *ex* § 88 n. 4 essere oggetto di libera contrattazione aziendale. Piani speciali di assunzioni femminili possono essere proposti, *ex* § 92-III. V. U. WENDELING-SCHRÖDER, *Neue Mitbestimmungsrechte im neuen Betriebsverfassungsgesetz?*, in NZA, Sonderheft 2002, pp. 49 ss.



privilegiate è stato risolto dal legislatore prevedendo, nel § 122 SGB IX, che l'assunzione di persone handicappate abbia la precedenza su tutte le altre categorie.

## 5 - Le discriminazioni vietate

L'AGG non utilizza il termine «discriminazione», ma quello di «pregiudizi», la cui definizione viene precisata dalle quattro direttive, con la distinzione fra pregiudizi diretti e pregiudizi indiretti. Di pregiudizio diretto si potrà parlare se una persona, a causa d'una delle ragioni su ricordate, *“abbia ricevuto o possa ricevere un trattamento meno favorevole di quello che avrebbe ricevuto un'altra persona nella medesima situazione”* (§ 3 I). Un pregiudizio si avrà, però, solo se il comportamento discriminatorio avesse davvero avuto luogo: si ritiene, al riguardo, che sarebbe sufficiente un *“pericolo sufficientemente concreto che un tale pregiudizio si compia”*<sup>34</sup>.

Un pregiudizio indiretto, d'altro canto, si avrà quando *“una disposizione, un criterio, una prassi, un atto, un patto o un comportamento apparentemente neutrali possono mettere le persone [sulla base d'uno dei motivi di discriminazione su ricordati] in una situazione di particolare svantaggio rispetto ad altre persone”* (§ 3 II).

Elementi soggettivi non rientrano nella fattispecie della discriminazione. Nel caso d'un pregiudizio diretto, però, una premeditazione è naturale presupposto della fattispecie oggettiva: senza una motivazione di collegamento, il pregiudizio non può essere fatto risalire ai criteri di discriminazione. Nel caso di pregiudizi indiretti, la cosa è, ovviamente, diversa. La costruzione concettuale delle idee di pregiudizio diretto ed indiretto e la loro definizione viene illustrata dalle direttive.

La legge definisce – in accordo con le direttive – due ulteriori casi di pregiudizio, ossia le molestie e le molestie sessuali: secondo la giurisprudenza, una molestia è un trattamento pregiudiziale se un comportamento indesiderato, che si trovasse in interdipendenza con una delle cause indicate dell'AGG, ferisse o si proponesse di ferire la dignità della persona interessata, e ci fossero intimidazioni, ostilità, umiliazioni, degradazioni od offese (*ad ex.*, commenti sfavorevoli o degradanti su origini, colore della pelle, difficoltà linguistiche, deformazioni fisiche, handicap, religione, simboli religiosi, *etc.*); offese, oltraggi o intimidazioni per le origini; occhiate e gesti sfavorevoli per una delle cause di discriminazione, angherie o dispetti dai colleghi di

---

<sup>34</sup> BT-Dr 16/1780, pag. 32.



lavoro dovuti a motivi di discriminazione (*ad ex.*, informazioni volutamente lacunose, isolamento, deliberata indifferenza o maltrattamenti, compiti umilianti, comportamenti xenofobi o razzisti, lesioni fisiche); nelle molestie sessuali, invece, rientrano, in particolare, atti sessuali ed inviti a compierne, contatti corporali a scopo sessuale, osservazioni a contenuto sessuale, come pure ogni esposizione indesiderata ad immagini pornografiche.

Per queste evenienze, tuttavia, vi erano già norme di legge: v. i §§ 611a, 611b e 612-III *BGB*, la legge per la protezione dei dipendenti dalle molestie sessuali sul luogo di lavoro, del 1994 (*BSchG*)<sup>35</sup>, i §§ 81-II *SGB-IX* e 75 *BetrVG*. Queste disposizioni sono state in parte riprese, letteralmente o *lato sensu*, dall'*AGG*, che ha apportato loro alcuni cambiamenti ed ampliamenti: il § 2 I, nn. 1-4, il § 6 ed il § 24 regolano la portata dell'*AGG* in maniera più dettagliata dei sino ad allora vigenti § 611a I 1 *BGB*, e § 1 II *BSchG*, dando pure, altresì, alcune chiarificazioni.

Poiché, *ad ex.*, il tenore del § 611a I 1 *BGB* limita la portata d'applicazione ai rapporti di lavoro dipendente, era necessaria, conformemente alle direttive, un'analogia applicazione alle persone parasubordinate, agli amministratori ed ai liberi professionisti<sup>36</sup>. Nel § 6 *AGG* è ora espressamente stabilito che anche tali persone rientrino nell'ambito d'azione della norma. Più o meno lo stesso vale per il § 24 *AGG*: un'esplicita norma che ricompredesse i dipendenti pubblici mancava nel § 611 a *BGB*<sup>37</sup>, sicché l'applicazione della norma anche a queste persone era possibile solo su base analogica<sup>38</sup>.

Chiarito, in contrasto con il § 611a *BGB*, è ora il fatto che vengano ricompresi nell'*AGG* non solo gli accordi contrattuali con i lavoratori,

---

<sup>35</sup> In *BGBI* I, 1994, 1406, 1412. V. **J.H. BAUER – M. EVERS**, *Schadensersatz und Entschädigung bei Diskriminierung – Ein Fass ohne Boden?*, cit., pp. 893 ss.; **M. GROBYS**, *Die Beweislast im Anti-Diskriminierungsprozess*, cit., pp. 898 ss.; **S. KLUMPP**, § 23 *BetrVG als Diskriminierungssanktion?*, cit., pp. 904 ss.; **R. MÜLLER-GLÖGER**, *Kommentierung zu § 611a BGB*, in **K. REBMANN – F.J. SÄCKER – R. RIXECKER** (a cura di), *Münchener Kommentar zum BGB*, 4, C.H. Beck, München, 2005; **H.-J. MUSILAK**, *Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz*, Vahlen, München, 2005.

<sup>36</sup> **M. SCHLACHTER**, *Kommentierung zu § 611a Bürgerliches Gesetzbuch*, in **T. DIETERICH – R. MÜLLER-GLÖGE – U. PREIS – G. SCHAUB** (a cura di), *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht*, C.H. Beck, München, 2006, § 611a, nota 6.

<sup>37</sup> *Ex* § 1-II nn. 2-4, però, la *BSchG* valeva anche per i dipendenti pubblici.

<sup>38</sup> **M. SCHLACHTER**, *Kommentierung zu § 611a Bürgerliches Gesetzbuch*, cit., § 611a, nota 6.



ma anche quelli con terzi, che si ripercuotessero sfavorevolmente sugli occupati, come contratti tariffari od accordi aziendali (§ 2-I-2 AGG)<sup>39</sup>.

È da tener presente, comunque, come, essendo l'applicazione di questa legge ai primordi, non vi siano ancora molta dottrina né giurisprudenza al riguardo<sup>40</sup>.

Per quanto riguarda, invece, la discriminazione basata sull'età, la Corte di Giustizia europea, nell'*affaire* «Mangold»<sup>41</sup>, ha forse aperto una nuova strada<sup>42</sup>, postulando un giuridicamente primario, anche se non scritto, divieto di discriminazione basato sull'età<sup>43</sup>. Certo vi sono qui ancora molte incertezze, che l'ulteriore evoluzione non ha pienamente chiarito; il BAG, tuttavia, ha ripreso e fatto propria la sentenza della Corte Europea<sup>44</sup>.

Il § 2 IV AGG, inoltre, contempla la protezione dal licenziamento, partendo dal presupposto che AGG e regole sulla protezione del licenziamento siano due ambiti giuridici nettamente distinti e separati, che non s'influenzano reciprocamente. Ciò è vero nel caso di particolari protezioni dal licenziamento: se, *ad ex.*, una madre venisse licenziata durante il periodo di gravidanza, questo licenziamento sarebbe già ora illecito *ex* § 9 *Mutterschutzgesetz*, a prescindere dal fatto che costituirebbe anche una discriminazione vietata *ex* § 611a I 1 *BGB*.

Diversa è la situazione nella fattispecie dei licenziamenti in generale, regolata dalla legge sulla protezione dai licenziamenti e dal *BGB*<sup>45</sup>, essendovi, in tal caso, una clausola generale che rende possibile un collegamento fra differenti materie, anche perché dottrina<sup>46</sup> e giurisprudenza non sono concordi.

---

<sup>39</sup> R. RICHARDI, *Neues und Altes – Ein Ariadnefaden durch das Labyrinth des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes*, cit., pp. 882 ss.

<sup>40</sup> V., per l'impostazione generale, Corte di Giustizia Europea, C-397/01 – 403/01, in *NJW*, 2004, pp. 3547 ss.; BAG, 18 febbraio 2003, in *NZA*, 2003, pp. 742 ss.; M. HERDEGEN, *Europarecht*, C.H. Beck, München, 2005, § 9.

<sup>41</sup> U. PREIS, *Verbot der Alterdiskriminierung als Gemeinschaftsgrundrecht – Der Fall 'Mangold' und die Folgen*, in *NZA*, 2006, pp. 401 ss.

<sup>42</sup> 144/04, in *EuZW*, 2006, pp. 17 ss.

<sup>43</sup> V. U. PREIS, *Verbot der Alterdiskriminierung als Gemeinschaftsgrundrecht – Der Fall 'Mangold' und die Folgen*, cit., p. 402; G. THÜSING, in J.-H. BAUER – G. THÜSING – A. SCHUNDER, *Das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz – Alter Wein in neuen Schläuchen?*, *ivi*, 2006, p. 777.

<sup>44</sup> BAG, 26 aprile 2006, 7 AZR 500/04.

<sup>45</sup> F.J. DÜWELL, *Das AGG – Ein neuer Versuch zur Umsetzung der Antidiskriminierungsrichtlinien in das Arbeitsrecht. Juris PraxisReport-Arbeitsrecht 28*, Juris, Saarbrücken, 2006, n. 9.

<sup>46</sup> V. però A. NICOLAI, *Das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz – AGG in der anwaltlichen Praxis*, Deutscher Anwaltverlag, Bonn, 2006, pp. 54 ss., che considera possibile l'applicazione del § 134 *BGB* in correlazione con il § 7 *AGG*.





Era riconosciuto dalla giurisprudenza che una discriminazione *ex* § 611a *BGB* sussistesse anche nel caso in cui vi fossero state, accanto alla discriminazione sessuale, pure altre ragioni valide per il provvedimento. Era sufficiente che, nell'insieme di motivi che avevano determinato il provvedimento (*ad ex.*, il licenziamento), fosse rientrato anche il sesso della persona interessata<sup>47</sup>. Sostanzialmente diversa, invece, è l'opinione dominante nella dottrina del diritto dei licenziamenti. Così, *ad ex.*, un licenziamento *ex* § 1 *KSchG* sarà valido, se vi fossero motivi validi, quindi nella misura in cui vi fosse una ragione oggettiva. Il diritto dei licenziamenti distingue nettamente fra i motivi oggettivi (e sostanziali) del licenziamento, e quelli soggettivi (ed accidentali)<sup>48</sup>. Nel diritto previgente, quindi, era concepibile che un licenziamento potesse essere inefficace per i divieti previsti dal § 611a I 1 *BGB*, in correlazione con il § 134 *BGB*. Se si esclude, secondo la nuova legislazione *ex* § 2 IV *AGG*, la possibilità di applicare il § 134 *BGB* in correlazione con il § 7 *AGG*, allora un licenziamento, che non sia dovuto esclusivamente al sesso, è ora sempre efficace, nella misura in cui vi fossero anche altre (e legittime) cause<sup>49</sup>.

La giurisprudenza sul divieto di licenziamenti discriminatori è stata, però, sviluppata in applicazione dei principî fondamentali di protezione<sup>50</sup>, ed è controverso<sup>51</sup> il fatto che questa giurisprudenza possa veder minate le proprie fondamenta dal § 2-IV *AGG*<sup>52</sup>, massime tenendo conto<sup>53</sup> di come il § 3 I 2 *AGG* faccia infine propria la giurisprudenza della Corte europea di giustizia, secondo la quale un trattamento sfavorevole d'una donna a causa della gravidanza o del periodo di

---

<sup>47</sup> BVerfG, 16 novembre 1993, 1 BvR 258/86, in BVerfGE, 89, 276; BAG, 5 febbraio 2004, 8 AZR 112/03, in NZA, 2004, pp. 540 ss.: in entrambi i casi si tratta d'una discriminazione per l'assunzione.

<sup>48</sup> Giurisprudenza uniforme a partire da BAG, 2 giugno 1960, AP n. 42 sul § 626 *BGB*.

<sup>49</sup> V. M. DILLER – S. KRIEGER – C. ARNOLD, *Kündigungsschutzgesetzes plus Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz – Sind Arbeitnehmer in Zukunft doppelt vor Kündigungen geschützt?*, cit., pp. 890 ss.

<sup>50</sup> V. BVerfG, 27 gennaio 1998, 1 BvL 15/87, in BVerfGE, 97, 169 ss.

<sup>51</sup> V. M. DILLER – S. KRIEGER – C. ARNOLD, *Kündigungsschutzgesetzes plus Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz – Sind Arbeitnehmer in Zukunft doppelt vor Kündigungen geschützt?*, cit., pp. 890 ss.; H.-J. WILLEMSSEN – U. SCHWEIBERT, *Schutz der Beschäftigten im Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz*, cit., pp. 2584 ss.

<sup>52</sup> F.J. DÜWELL, *Das AGG – Ein neuer Versuch zur Umsetzung der Antidiskriminierungsrichtlinien in das Arbeitsrecht*. *Juris PraxisReport-Arbeitsrecht* 28, cit., n. 9; R. RICHARDI, *Neues und Altes – Ein Ariadnefaden durch das Labyrinth des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes*, cit., pp. 886 ss.

<sup>53</sup> G. ANNUß, *Das allgemeine Gleichbehandlungsgesetz im Arbeitsrecht*, in *BB*, 2006, pp. 163 ss.



maternità è una discriminazione indiretta basata sul sesso, cosa peraltro già prevista dal § 611a BGB<sup>54</sup>.

Il divieto d'una discriminazione sui salari basata sul sesso – precedentemente contenuto nel § 612 III 1 BGB – emerge ora ex § 7 AGG, in correlazione con il § 2 I 2, ed il § 8-II<sup>55</sup>.

Per l'ambito del diritto del lavoro, una particolarità è da segnalare nel § 7-I AGG: una discriminazione si avrebbe anche nel caso in cui chi la commettesse avesse soltanto supposto l'esistenza d'uno dei motivi di discriminazione elencati nel § 1, mentre non accade la stessa cosa con il § 611a BGB.

Ex § 3-III e IV AGG, poi, la molestia e la molestia sessuale sono da considerare come discriminazioni nell'ottica dell'AGG, più preciso rispetto al precedente BSchG.

## 6 - Fenotipi laburistici dell'AGG

Il § 12 stabilisce precisi obblighi organizzativi: il datore di lavoro è obbligato a prendere tutte le misure necessarie per proteggere i suoi dipendenti contro le discriminazioni sul luogo di lavoro, e ciò include anche misure preventive, come, *ad ex.*, la formazione dei dipendenti<sup>56</sup>; è da notare, inoltre, l'obbligo del datore di lavoro di vigilare sulle discriminazioni operate tanto da suoi dipendenti (§ 12 III AGG) quanto da terzi (§ 12 IV AGG): se, *ad ex.*, il datore di lavoro si rivolgesse ad un terzo per la ricerca di personale, e questo violasse l'obbligo alla parità, sarà il datore di lavoro, e non il terzo, a doverne rispondere<sup>57</sup>.

Disposizioni simili, comunque, erano già previste nel BSchG (§§2 I, 4 I, e, per i pubblici dipendenti, § 5), ma, se il § 12-III AGG è basato sul § 4-I BSchG, non si trova nel diritto previgente nessuna norma simile al § 12-IV AGG<sup>58</sup>.

Il § 12-V, infine, prescrive che l'AGG ed il § 61b dell'*Arbeitsgerichtsgesetz (ArbGG)* debbano essere portati a conoscenza dei dipendenti.

---

<sup>54</sup> M. SCHLACHTER, *Kommentierung zu § 611a Bürgerliches Gesetzbuch, cit.*, § 611a, nota 12.

<sup>55</sup> R. RICHARDI, *Neues und Altes – Ein Ariadnefaden durch das Labyrinth des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes, cit.*, pp. 886 ss.

<sup>56</sup> J.-H. BAUER, in J.-H. BAUER – G. THÜSING – A. SCHUNDER, *Das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz – Alter Wein in neuen Schläuchen?*, cit., pp. 776 ss.

<sup>57</sup> BAG, 5 febbraio 2004, 8 AZR 112/03.

<sup>58</sup> H.-J. WILLEMSSEN – U. SCHWEIBERT, *Schutz der Beschäftigten im Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz, cit.*, pp. 2583 ss.



Altro motivo di discriminazione proibita è un *handicap*; ove il divieto venisse violato, il § 13 AGG prevede un diritto al reclamo, norma mutuata dal § 3 BSchG, ma in parte considerata superflua, giacché il § 84 BetrVG già prevede un diritto di reclamo dei dipendenti.

Fra le possibili sanzioni nell'AGG, però, il § 14 contempla il rifiuto della prestazione. Già il § 4-III BSchG, invero, configurava un simile diritto nel caso di molestie sessuali, ma il § 14 AGG ne amplia la portata nell'ottica del § 3-III AGG. Il § 14 sanziona – similmente al § 4-III BSchG – violazioni del datore di lavoro dei suoi obblighi organizzativi e preventivi, concedendo il diritto al rifiuto della prestazione: se “il datore di lavoro non avesse preso nessuna misura, o misure palesemente insufficienti, per troncare una molestia o una molestia sessuale” sul posto di lavoro, i dipendenti interessati saranno legittimati ad interrompere la loro attività, senza perdita del salario.

Il diritto al risarcimento, inoltre, rappresenta - secondo la volontà del legislatore – una protezione, efficace ed indipendente da colpa, nel caso di violazione d'un divieto di discriminazione da parte del datore di lavoro. Il concetto fondamentale espresso dal § 611a BGB viene qui esteso a tutte le fattispecie di discriminazione. Il § 15 II AGG, perciò, è una norma speciale rispetto al § 253 BGB.

L'ammontare del risarcimento dev'essere adeguato, e corrisponde alla normativa sullo *Schmerzensgeld* del § 253 BGB: resta affidato alle Corti, dunque, il necessario spazio di manovra per tener conto di tutti gli elementi del singolo caso specifico. Nell'applicazione di contratti di lavoro collettivi, ad ogni modo, il datore di lavoro sarà obbligato al risarcimento solo se avesse agito con premeditazione o grande negligenza.

In base alla normativa previgente, il § 611a-II-5 BGB, si aveva diritto al risarcimento *in re ipsa* solo nel caso di discriminazioni illegittime al momento dell'assunzione o nella progressione di carriera, mentre ogni altro accordo o misura discriminatoria avrebbe originato l'obbligo al risarcimento solo nel caso in cui fossero state violate anche altre disposizioni normative (*ad ex.* violazioni contrattuali, violazioni ai diritti della personalità)<sup>59</sup>.

La nuova normativa, il cui *ubi consistam* è il § 15 AGG, distingue fra diritto al risarcimento per danni materiali, nel comma 1, e diritto al risarcimento per danni immateriali, nel comma 2<sup>60</sup>, ed entrambi i diritti non sono più limitati all'assunzione od alla carriera.

---

<sup>59</sup> M. SCHLACHTER, *Kommentierung zu § 611a Bürgerliches Gesetzbuch, cit.*, § 611a, nota 31.

<sup>60</sup> H.-J. WILLEMSSEN – U. SCHWEIBERT, *Schutz der Beschäftigten im Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz, cit.*, p. 2589.



Nel caso d'una violazione del divieto di discriminazione, il datore di lavoro è obbligato a risarcire il danno prodottosi. Ciò non vale se il datore di lavoro non dovesse altrimenti rispondere della violazione anche d'ulteriori obblighi. Un diritto all'indennizzo di danni materiali, quindi, si ha solo – a differenza del risarcimento – se il datore di lavoro deve rispondere di violazione contrattuale. In questo contesto valgono anche le disposizioni dei §§ 276-278 BGB.

Fatta salva la cornice del diritto generale, che lo stesso CIC accetta (v. can. 1290), le Chiese possono darsi autonomamente ulteriori regole interne di diritto del lavoro<sup>61</sup>. Ad esse è anche garantito un ordinamento ecclesiastico proprio, garanzia che è basata “*nel suo significato funzionale sul ricorso e sull'attuazione del diritto fondamentale della libertà collettiva ecclesiale di religione e di culto*”<sup>62</sup>. In questa garanzia lo Stato non può interferire, né con leggi speciali né con leggi generali: esso, dunque, rispetta i limiti che si è imposto, orientandosi secondo l'autocomprensione delle Chiese<sup>63</sup>.

Poiché, però, alle società religiose, ex art. 140 GG in correlazione con l'art. 137-III WRV, viene riconosciuto un diritto all'autoregolamentazione garantito dallo Stato, i confini fra diritto del lavoro generale e quello ecclesiastico non sono definiti con molta precisione. Vi sono, infatti, norme dalla cui applicazione l'ambito ecclesiale è espressamente esentato: rientrano in questa categoria la *BetrVG* (§ 118-II), la *SprAuG* (§ 1-III-2), la *BPersVG* (§ 1127), la *MitbestG* (§ 1-IV-2).

Per una clausola ecclesiastica talmente ampia da abbracciare e ricomprendere l'intero diritto ecclesio-laburistico, non vi sono, tuttavia, argomenti costituzionali, e solo in poche sentenze, fino ad ora, il *BVerfG* s'è occupato dell'autonomia ecclesiastica nel diritto del lavoro<sup>64</sup>. La Corte mise innanzitutto fine ad una giurisprudenza del *BAG*, che, per i licenziamenti di dipendenti ecclesiali, voleva legittimare gli obblighi di lealtà imposti a seconda della contiguità fra l'attività del lavoratore e l'attività di predicazione della Chiesa. I giudici di Karlsruhe stabilirono, invece, che sia “*fondamentalmente affidato alle Chiese costituite il potere di stabilire in maniera vincolante cosa richieda la credibilità della Chiesa e della sua predicazione, quali siano i compiti specifici della Chiesa, e quali attività siano ad essi contigue, quali i principî fondamentali di fede e morale, e cosa sia da considerare come loro intollerabile violazione*”<sup>65</sup>. In altre parole, su tutto

<sup>61</sup> BVerfGE, 46, 73; BVerfGE 53, 366; BVerfGE, 57, 220.

<sup>62</sup> BVerfGE 42, 312.

<sup>63</sup> BVerfGE 53, 404.

<sup>64</sup> V. BVerfGE 50, 366; BVerfGE 70, 138; BVerfGE 66, 1, 22; BVerfGE 72, 278.

<sup>65</sup> BVerfGE, 70, 138, 168, in JZ, 1986, pagg. 131-134.



ciò che sia necessario per il *sentire cum Ecclesia*, le Corti statali non possono intervenire. L'autonomia ed i compiti ecclesiali da essa risultanti non possono, però, essere in contrasto con i principî generali dell'ordinamento, come il generale divieto di agire in modo arbitrario, la tutela del buon costume<sup>66</sup> e dell'ordine pubblico.

## 7 - Fenotipi civilistici dell'AGG

È illecito, in ambito civilistico, il pregiudizio basato su razza od origine etnica, *handicap*, età od identità sessuale, nella conclusione, nell'adempimento o nella risoluzione d'un contratto regolato dal diritto civile.

Il § 19 prevede il divieto di discriminazioni nei rapporti obbligatori contrattuali. Il I comma contiene la definizione dell'ambito oggettivo per le discriminazioni sulla base d'una delle ragioni indicate nel § 1 AGG, ovvero sulla base di razza, origine etnica, sesso, religione o *Weltanschauung*, *handicap*, età od identità sessuale. Il § 2 AGG ne concretizza, con riferimento al § 2-I, nn. 5-8 (che recepisce l'art. 3-I, lett. e-h, della direttiva europea 2000/43/CE), la portata reale, riferendole a discriminazioni dovute a razza od origine etnica. Il § 3 tiene conto dei proprietari di immobili, in special modo delle società immobiliari, disponendo che possano tener conto, nel dare abitazioni in locazione, dei principî d'una politica abitativa sociale. Il § 4 dice chiaramente che l'AGG non vale per obbligazioni di diritto di famiglia o successorio. Il § 5, infine, regola la portata generale del paragrafo.

Il § 1 riguarda tutti gli articoli relativi a rapporti obbligatori. Tratta dell'acquisto e fornitura di beni e servizi, ma riguarda solo alcuni rapporti obbligatori. Per un «negozio di giuridico massa», quindi, debbono valere i seguenti criteri: *in primis*, non fattispecie *una tantum*, bensì casi che si ripetano spesso, cosa da appurare *ex ante*, dal punto di vista dell'offerta, quindi di per sé (e non *ex post* dal numero di clienti effettivamente presentatisi)<sup>67</sup>: la vendita d'un'automobile usata, *ad ex.*, è un «negozio di massa» se posto in essere da chi per mestiere fosse

---

<sup>66</sup> Non è contrario al buon costume il licenziamento nel lasso di tempo fra morte e funerali del compagno di vita, v. BAG, 5 aprile 2001, in NZA, 2001, p. 890; v. anche BAG, 23 novembre 1961, e BAG, 19 luglio 1973.

<sup>67</sup> Anche la legge olandese contro le discriminazioni esonera (§ 7-III) dal divieto di discriminazioni, previsto per i beni e servizi offerti al pubblico, le private circostanze delle conclusioni contrattuali private: "*Het eerste lid, onderdelen a en d, is niet van toepassing op eisen die gelet op het privé-karakter van de omstandigheden waarop de rechtsverhouding ziet in redelijkheid kunnen worden gesteld*": cfr. G. THÜSING, *Religion und Kirche in einem neuen Anti-Diskriminierungsrecht*, in JZ, 2004, pp. 172 ss.





venditore abituale di automobili usate, mentre non lo sarebbe nel caso d'un privato che volesse vendere il proprio autoveicolo usato. Di norma, perciò, sono ricomprese nel generale divieto di discriminazioni solo le prestazioni fornite da imprese, cioè da persone giuridiche o fisiche, nell'esercizio della loro autonomia economica (§ 14 BGB).

L'intervento nella libertà contrattuale, indubbiamente legato al divieto di discriminazioni, è, nel caso delle imprese, più legittimo, poiché queste si propongono, con la loro offerta di beni e servizi, nella sfera pubblica, rivolgendosi per antonomasia alla collettività<sup>68</sup>.

Si deve trattare, inoltre, d'un rapporto obbligatorio, che normalmente sorga, venga adempiuto e si concluda a prescindere dalle caratteristiche personali della controparte, ed a pari condizioni: ciò avviene se gli elementi indicati nel § 1 non avranno al riguardo nessun rilievo.

Nell'ambito dell'economia dei beni di consumo e dei servizi, in particolare, di norma i contratti vengono conclusi senza aver riguardo della persona. Nel commercio al minuto, nella ristorazione o nei trasporti, gli imprenditori concludono contratti con le persone che vogliano e possano pagare, senza fare distinzioni basate sui motivi del § 1. Il contratto, naturalmente, dipende spesso, anche in questi casi, da ulteriori elementi, costituiti dalla buona fede, dalle consuetudini contrattuali e dagli specifici obblighi nascenti dal contratto. Un tassista non è obbligato a trasportare un cliente con un abito indecentemente sporco; un oste può cacciare dall'osteria un cliente troppo chiassoso; un ristoratore può rifiutare un cliente non rispettoso delle norme sull'abbigliamento, *etc.*

La norma resterà pienamente applicabile anche se l'imprenditore differenziasse in un singolo caso, basando la scelta della controparte contrattuale sulla base degli elementi del § 1. La classificazione come negozi di massa, infatti, risulta da un generale e tipico modo di considerare. In effetti, le attività per il tempo libero (piscine, palestre, *etc.*) sono tipicamente per clienti d'ogni sesso ed età. La differenziazione secondo questi elementi distintivi in singoli casi (*ad ex.* orari di apertura della piscina riservati alle donne, limiti di età per l'iscrizione ad una palestra) è, perciò, legittima solo nella misura in cui fosse giustificata, *ex* § 20, per una ragione oggettiva.

Negozi di massa, dunque, sono, secondo la legge, quelli nei quali la considerazione personale della controparte avesse un ruolo pari a zero o, comunque, del tutto marginale. In particolare, nell'ambito

---

<sup>68</sup> V. F. BYDLINSKI, *Zu den Grundlagen des Kontrahierungszwanges*, in *AcP*, 1980, pp. 1 ss.



dell'economia di consumo e nelle prestazioni standardizzate, i contratti nascono senza tener conto della persona: nei negozi singoli (acquisto al supermercato), nella gastronomia o nei trasporti, gli imprenditori concludono i loro affari sulla base della loro capacità, a prescindere da altre formalità, con numerose persone, senza che queste vengano suddivise sulla base delle caratteristiche su ricordate. Nessun negozio di massa si ha, invece, nelle operazioni a credito, poiché, in quei casi, la controparte contrattuale viene, di norma, individualmente valutata secondo numerosi e precisi criteri.

Differenziazioni dettate da disposizioni di legge, come *ad ex.* la minore età, sono senz'altro ammesse.

Le assicurazioni private possono, da un punto di vista strutturale, essere negozi di massa, ma in ogni caso, se l'accertamento dei fattori di rischio è tipicamente legato alla copertura assicurativa, esse sono ricomprese nella norma speciale del § 19 I 2 AGG.

Il § 19 II AGG estende la portata del divieto civilistico di discriminazioni, basate su razza ed origine etnica, alla protezione sociale, alle agevolazioni sociali, alla formazione, e parimenti a tutte le obbligazioni d'ogni tipo che abbiano ad oggetto l'accesso ed il godimento di beni e servizi, che siano a disposizione del pubblico. Per servizi non s'intendono solo contratti di lavoro o contratti d'opera (§§ 611 e 631 BGB), ma anche i contratti commerciali, di locazione ed i servizi finanziari, quindi anche i contratti bancari ed assicurativi, di *leasing*, *etc.* Beni e servizi, sul piano pratico, vengono messi a disposizione del pubblico se, alla conclusione del contratto, viene fatta un'offerta mediante annunci economici, annunci pubblicitari, annunci su *internet*, *aut similia*. Secondo il legislatore, perciò, anche negozi di privati rientrano nella previsione, nella misura in cui l'offerta dell'affare fosse stata fatta pubblicamente, come la vendita d'un'automobile usata mediante un annuncio sul giornale.

Escluse dall'ambito di applicazione delle prescrizioni legislative sulle discriminazioni sono le obbligazioni familiari e successorie, come pure quelle fondate su un particolare rapporto di fiducia delle parti o dei loro parenti (genitori, figli, coniugi, *partner*, fratelli).

Nell'affitto di abitazioni per un uso non temporaneo, l'AGG trova applicazione se il locatore affittasse più di 50 appartamenti; di norma, quindi, il tipico locatore privato non si trova nell'ambito di applicazione della legge. Nella misura in cui la legge trovasse applicazione, un trattamento differenziato potrà essere lecito in riferimento alla creazione ed al mantenimento di strutture abitative popolari e di equilibrate strutture di urbanizzazione (§ 19 III AGG).



## 8 - Le discriminazioni ammesse

Il § 20 regola in quali casi un differente trattamento, dovuto a *handicap*, religione o *Weltanschauung*, età, identità sessuale o sesso, sia lecito, non costituendo una violazione del principio di non discriminazione. Il comma 1 contiene il principio fondamentale: differenze di trattamento sono lecite se dovute ad un motivo oggettivo.

La legge enumera alcuni casi, non esclusivi, nei quali questa fattispecie può prodursi (§ 20 I 2 AGG), esempî riferiti a tutti i motivi di discriminazione (eccezion fatta per razza ed origine etnica):

- a) evitare pericoli, prevenire danni, *aut similia*;
- b) tener conto della necessità di proteggere la vita privata o la sicurezza personale;
- c) portare comunque vantaggi, se mancasse un interesse alla difesa della parità di trattamento.

L'ultima eccezione affida al giudice il potere di stabilire se effettivamente sussista o meno un interesse alla difesa della parità di trattamento. In tutti e tre i casi "*un motivo oggettivo può esservi*", ma non può non esservi: ciò significa che non sarebbe sufficiente la semplice motivazione personale di chi avesse posto in essere il comportamento differenziante. La verifica della ragione oggettiva richiede una valutazione caso per caso<sup>69</sup>.

Nell'ambito dell'evenienza a), *ad ex.*, rientrerebbero, per persone con *handicap* corporei, limitazioni all'accesso a determinate attrazioni nei parchi di divertimento, oppure la protezione delle vittime di violenza sessuale mediante istituzioni che offrissent rifugio solo agli appartenenti ad un sesso.

L'evenienza b), considerando come vi siano molte discriminazioni basate sul sesso, introduce norme ispirate dalla necessità di proteggere la vita privata e la sicurezza personale. Strutturalmente parlando, questa disposizione assomiglia ad una forma di discriminazione positiva (*ex* § 4, queste misure vengono viste non come discriminatorie, bensì, al contrario, funzionali ad un realmente armonico ed equilibrato sviluppo della società); *ad ex.*, partendo dal presupposto che le donne siano in generale più esposte degli uomini al pericolo d'essere vittima di violenza sessuale, la norma autorizza a predisporre, nei parcheggi, posti riservati alle donne, anche se nel singolo caso dovesse venir dimostrata l'assenza di particolari pericoli, come nell'eventualità d'un parcheggio ben illuminato in un centro commerciale sicuro. Non ogni bisogno soggettivo di sicurezza, però,

---

<sup>69</sup> Bt-Dr 16/1780, pp. 43-44.



rende lecita una discriminazione, dovendo il timore per la sicurezza essere fondato. Perciò, *ad ex.*, una paura basata sulla xenofobia contro «i Musulmani» o «gli Ebrei» *tout court* non può legittimare una discriminazione basata sul motivo della religione.

L'evenienza c) comprende i casi in cui alle persone venisse arrecato un danno a causa d'un *handicap*, della loro religione o *Weltanschauung*, dell'età, dell'identità sessuale o del sesso.

Sono, infine, regolate le azioni discriminatorie legittime, basate (direttamente o indirettamente) sulla religione o sulla *Weltanschauung*. Se qualcuno svolgesse un'attività espressione del suo orientamento religioso, ciò sarà protetto non solo dalla generale libertà d'iniziativa economica, *ex art. 2-I GG*, ma anche dalla libertà religiosa, *ex art. 4-I GG*.

Già adesso i contratti che impongono ad altri di cambiare religione sono immorali e nulli, *ex § 138 BGB*<sup>70</sup>; il § 826 *BGB*, inoltre, vieta l'invito al boicottaggio per motivi politici, religiosi o di visione del mondo<sup>71</sup>.

Se un fedele svolgesse un lavoro richiedente il rispetto di specifici precetti religiosi, come, *ad ex.*, un macellaio islamico od ebreo, che volessero vendere carne nel rispetto delle rispettive prescrizioni religiose<sup>72</sup> al riguardo, allora questo commercio sarà protetto dall'art. 12-I e 2-1 *GG*, in correlazione con l'art. 4-I *GG*<sup>73</sup>. La stessa cosa varrà per attività ideologicamente orientate. È da tener presente, inoltre, che l'art. 140 *GG*, in correlazione con l'art. 137-III *WRV*, assicura alle comunità religiose ed alle loro istituzioni l'autonomia organizzativa ed amministrativa, nel limite della legge uguale per tutti<sup>74</sup>.

La normativa, dunque, abbraccia non solo le comunità religiose od ideologicamente orientate *stricto sensu*, ma anche le loro istituzioni, senza tener conto della loro veste giuridica, se l'istituzione della

---

<sup>70</sup> BVerfGE 12, 1, in *JZ*, 1961, pp. 120 ss.

<sup>71</sup> OLG München, in *AfP*, 2002, p. 235.

<sup>72</sup> V. M. TEDESCHI, *Cristianesimo e Islamismo. Presupposti storico-giuridici*, in *Dir. eccl.*, 1995, pp. 928 ss.; M.G. BELGIORNO DE STEFANO, *La comparazione del diritto delle religioni del Libro*, IANUA, Roma, 2002; R. PUZA, *The Rights of Moslems and Islam in Germany*, in *EJSCR*, 2001, pp. 61 ss.; A.M. RABELLO, *Introduzione al diritto ebraico*, Giappichelli, Torino, 2002; S. TESTA BAPPENHEIM, *I rapporti fra Stato e Comunità Ebraiche in Spagna, Francia e Germania*, in M.G. BELGIORNO DE STEFANO (a cura di), *Cosmovisioni a confronto*, Palombi, Roma, 2003.

<sup>73</sup> BVerfGE 104, 337 ss., in *NJW*, 2002, pp. 663 ss.

<sup>74</sup> *Amplius*, sul rapporto fra confessione e comunità religiosa, v. M. D'ARIENZO, *Confessioni religiose e comunità*, in M. TEDESCHI (a cura di), *Comunità e soggettività*, Pellegrini, Cosenza, 2006, pp. 279 ss.



comunità religiosa od ideologica perseguisse gli scopi di quest'ultima, adempiendone i precetti relativi<sup>75</sup>.

Sono da definire meglio, quindi, i concetti di «organizzazione» ed «amministrazione».

Essi comprendono certo le attività caritative ed il diritto ecclesio-laburistico, ma anche l'amministrazione patrimoniale. Se una Chiesa, una sua istituzione od una comunità ideologicamente orientata, diventasse parte d'un rapporto giuridico privato, bisognerà *in primis* chiedersi se l'attività in questione rientri nel suo ambito specifico oppure no. È decisiva, al riguardo, l'autonomia delle Chiese, costituzionalmente garantita. Se il negozio giuridico è di natura caritativa, allora rientra nel diritto d'autodeterminazione della Chiesa, con il limite delle leggi valide per tutti<sup>76</sup>.

Ciò non significa, però, che ogni motivo religioso od ideologico renda lecita una violazione del divieto di differenziazione stabilito dall'AGG. L'art. 4-I GG protegge il diritto dei singoli d'uniformare ogni atto della propria vita ai precetti della propria religione. Un divieto di discriminare le clienti senza velo, d'altronde, rientrerà nell'ambito di protezione della legge solo se il macellaio potesse richiamarsi ad un precetto religioso che gli vietasse di vendere carne a donne senza velo<sup>77</sup>. Il macellaio avrebbe l'onore della prova<sup>78</sup> (*ex* § 138 ZPO), e dovrebbe dimostrare di dover seguire precetti religiosi non solo nel macellare gli animali, ma anche nello scegliere la clientela, giacché se libertà religiosa, *ex* art. 4 GG, significa, nelle parole del BVerfG, "diritto dei singoli di orientare la propria intera vita secondo gli insegnamenti della propria fede, e parimenti di poterne adempiere le pratiche di culto"<sup>79</sup>, un legittimo esercizio

---

<sup>75</sup> BVerfG, 4 giugno 1985, in BVerfGE 70, 138, ed in NZA, 1986, pp. 28 ss.; BVerfGE, 57, 220, in NJW, 1981, pp. 1829 ss.; BVerfGE, 53, 366, *ivi*, 1980, pp. 1895 ss.; BVerfGE, 46, 73, *ivi*, 1978, pp. 581 ss.

<sup>76</sup> BVerfGE 66, 1, *ivi*, 1984, pp. 2401 ss. V. **B. GRZESZICK**, *Staatlicher Rechtsschutz und kirchliches Selbstbestimmungsrecht*, in AÖR, 2004, pp. 128 ss.

<sup>77</sup> Sul tema del foulard islamico, v. **M.G. BELGIORNO DE STEFANO**, *Foulard islamico e Corte europea dei diritti dell'uomo*, in Riv. coop. giur. int., 2001, pp. 73 ss.; EADEM, *Foulard islamico e Corte Europea dei Diritti dell'Uomo (Modello laico e modelli religiosi di genere di fronte al diritto alla libertà di coscienza e religione)*, in **M. TEDESCHI** (a cura di), *La libertà religiosa*, Rubbettino, Soveria Mannelli, 2002, III, pp. 975 ss., ed in *Nomos*, 2001, pp. 73 ss.; **F. SUDRE - J.-P. MARGUÉNAUD - J. ANDRIANTSIMBAZOVINA - A. GOUTTENOIR - M. LEVINET**, *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, PUF, Paris, 2003, pp. 413 ss.

<sup>78</sup> BVerwGE 94, 82, in NVwZ, 1994, pp. 578 ss.

<sup>79</sup> BVerfGE, 32, 98, 106.





della religione potrà perciò trovare fenotipo nel preferire i propri correligionari, se vi fosse un precetto religioso a fondamento<sup>80</sup>.

Il § 20 II AGG contiene norme per i contratti assicurativi privati, nelle quali la disparità di trattamento per *handicap*, religione, età, identità sessuale o sesso, è legittima per stabilire i premi e le prestazioni; tali differenziazioni, viceversa, sono vietate ove fossero basate su razza od origine etnica, che non possono essere considerate come fattori di rischio.

Se, però, un pregiudizio indiretto è escluso, se “*prescrizioni, criteri o procedimenti... sono oggettivamente giustificati da uno scopo giuridicamente legittimo, ed i mezzi sono necessari per il raggiungimento di questo scopo*” (§ 3 II )<sup>81</sup>, il § 4 dice chiaramente che la legittimità d’ogni differenza di trattamento debba essere dimostrata: qualora, infatti, una differenza di trattamento fosse legittima sulla base d’una delle ragioni indicate dal § 1, ciò non implicherebbe al tempo stesso l’automatica legittimità d’un differente trattamento basato su un’altra ragione contenuta nel § 1. La norma tiene conto del fatto che, solitamente, alcuni gruppi di persone sono esposti al pericolo di discriminazioni sulla base di più d’una delle ragioni contenute nel § 1.

Nelle discriminazioni basate sul sesso, possibilità di giustificazione sono previste solo nei §§ 5 ed 8 AGG, che, però, legittimano solo trattamenti differenti più favorevoli, giammai molestie o molestie sessuali.

Il § 5 AGG prevede una possibilità di giustificazione non prevista dal § 611a BGB, ovvero la c.d. «discriminazione positiva»: un differente trattamento diventa lecito se, mediante misure specifiche, debbano venir eliminati od evitati svantaggi causati dal sesso (o da un altro motivo indicato nel § 1). Non solo il legislatore, ma anche il datore di lavoro, il contratto collettivo di lavoro e la controparte aziendale, debbono attivarsi in merito. In precedenza era controverso se tali misure attive fossero vietate *ex* § 611a BGB<sup>82</sup>; la situazione è, ora, chiara, e c’è già chi ha descritto quali misure positive siano legittime nei singoli casi<sup>83</sup>. La norma, tuttavia, viene considerata incostituzionale da alcuni Autori, vietando l’art. 3-III GG ogni differenziazione, quand’anche positiva. Un’eccezione vale solo per il sesso (art. 3-II 2 GG) e l’*handicap* (art. 3-III 2).

---

<sup>80</sup> V. J.-H. BAUER – M. EVERS, *Schadensersatz und Entschädigung bei Diskriminierung – Ein Fass ohne Boden?*, in NZA, 2006, pp. 893 ss.

<sup>81</sup> M. SCHLACHTER, *Kommentierung zu § 611a Bürgerliches Gesetzbuch, cit.*, § 611a, nota 17.

<sup>82</sup> *Ibidem*, nota 18.

<sup>83</sup> *Ibidem*, note 19 ss.



Nel § 80-I *BetrVG*, peraltro, già da tempo, ed in più punti, si parlava di discriminazioni positive: *“La commissione interna ha i seguenti doveri generali:*

[...]

2a: *affermare della reale parità di donne e uomini, in particolare nell’assunzione, nell’occupazione, nella formazione, perfezionamento ed aggiornamento professionale, e nella carriera;*

2b: *favorire la conciliabilità di famiglia e lavoro;*

[...]

4: *incrementare l’inserimento di persone gravemente handicappate e delle altre persone bisognose di protezione;*

[...]

6: *propiziare l’occupazione dei lavoratori più anziani;*

7: *incentivare l’integrazione di lavoratori stranieri e la comprensione fra costoro ed i lavoratori tedeschi, come pure proporre misure per combattere il razzismo e la xenofobia;*

8: *migliorare e rendere più sicuro il lavoro in azienda;*

9: *incrementare misure di protezione del lavoro e dell’ambiente aziendale”.*

L’obbligo a misure attive è prescritto anche dal § 1 dell’AGG: *“Obiettivo della legge è prevenire ed eliminare trattamenti pregiudiziali o discriminazioni basate su razza, origine etnica, sesso, religione o Weltanschauung, handicap, età o identità sessuale”.*

Rilevante, poi, è il cambiamento operato dal § 8-I AGG rispetto al § 611a-I *BGB*: mentre quest’ultimo diceva che il sesso del dipendente interessato dovesse essere «condizione irrinunciabile» per l’attività da svolgere, il § 8 AGG ammette ora come lecita una differenza di trattamento se il sesso (od un’altra delle caratteristiche indicate nel § 1) fosse «requisito lavorativo essenziale e decisivo»: *“Un trattamento differente sulla base d’una delle ragioni indicate nel § 1 è lecito, se questa ragione a causa del tipo di attività da intraprendere o delle circostanze del suo svolgimento costituisca un requisito lavorativo sostanziale e decisivo, nella misura in cui lo scopo sia lecito ed il requisito ragionevole”.*

Il concetto di «irrinunciabile», comunque, non è mai stato interpretato troppo restrittivamente<sup>84</sup>, ed è difficile prevedere, perciò, quanto durerà la definizione datane dal BAG<sup>85</sup>.

---

<sup>84</sup> Così il LAG di Colonia ha ritenuto (in *AuR*, 1996, pp. 504 ss.), che il sesso femminile fosse requisito irrinunciabile per vendere costumi da bagno femminili.

<sup>85</sup> BAG, 12 novembre 1998 – 8 AZR 365/97: il sesso è requisito irrinunciabile *“se un dipendente dell’altro sesso non potrebbe svolgere le medesime prestazioni, e se quest’impossibilità sia basata su motivi che sono conformi alla parità dei sessi stabilita per legge”.*



Il § 8-1 recepisce l'art. 4-I delle direttive europee 2000/43/CE e 2000/78/CE, che modificano l'art. 2-VI della direttiva 76/207/CE, dicendo chiaramente in quali circostanze eventuali differenze di trattamento possano essere lecite, mentre la liceità è esclusa per molestie o molestie sessuali.

Un diverso trattamento non può diventare lecito sulla base della semplice convenienza; viceversa, il requisito richiesto ai dipendenti deve essere decisivo, e rispondere al principio fondamentale della correlazione fra scopo lavorativo e protezione del dipendente: una differenza di trattamento lecita può aversi, *ad ex.*, se le organizzazioni che in Germania riuniscano minoranze nazionali e minoranze linguistiche assumessero preferibilmente persone appartenenti a questi gruppi.

Il § 8-II riprende il principio fondamentale della parità di salario *ex* § 612 III BGB, nel caso di lavoro eguale od equiparabile.

### 9 - Il § 9: *extra Ecclesiis nulla exceptio*

In altri tempi, la Costituzione della Prussia (ALR) disponeva: “*Le idee che gli abitanti dello Stato hanno di Dio, delle questioni religiose, della fede e degli atti di culto non possono essere in contrasto con le prescrizioni di legge*” (II 11, §§ 1 e 2); il GG, all'art. 4, protegge la libertà religiosa, concetto che non ricomprende solo le convinzioni religiose, ma anche il diritto d'agire in conformità ad esse, nonché la libertà esteriore di “*orientare la propria intera vita secondo gli insegnamenti della propria fede, e parimenti di poterne adempiere le pratiche di culto*”<sup>86</sup>. In questo ambito non rientrano le attività esclusivamente economiche delle comunità religiose<sup>87</sup>, ma quelle con effetti economici<sup>88</sup>.

Sull'accertamento della sussistenza di questi presupposti, la giurisprudenza, dopo alcune oscillazioni, ha individuato alcuni criteri che danno concretezza a queste disposizioni: *in primis*, sui requisiti per individuare un'istituzione ecclesiale, è sufficiente che una Chiesa la riconosca come propria<sup>89</sup> secondo propri criteri, e persegua uno scopo caritativo od educativo. La giurisprudenza ha escluso da quest'ambito protettivo quelle aziende che perseguissero esclusivamente scopi economici, quand'anche di proprietà delle Chiese (come una fabbrica di

<sup>86</sup> BVerfGE, 32, 98, in JZ, 1972, pp. 83 ss.

<sup>87</sup> BVerfGE, 19, 129-133, *ivi*, 1966, pp. 269 ss.

<sup>88</sup> BVerfGE 24, 236.

<sup>89</sup> BAG, 6 dicembre 1977 – I ABR 28/77; BAG 14 aprile 1988 - VI ABR 36/86; BAG, 30 aprile 1997 – VII ABR 60/95.



birra con la veste giuridica d'una società per azioni, la cui quota di maggioranza appartenesse ad una Chiesa)<sup>90</sup>.

La ragione fondamentale di quest'interpretazione *lato sensu* sta nel fatto che, come ha riconosciuto il BAG, la vocazione caritativa d'un'istituzione ecclesiastica non può essere definita senza i diritti di libertà delle Chiese<sup>91</sup>: “Una fondazione di diritto privato è un'istituzione caritativa d'una comunità religiosa, ex § 118-II BetrVG, se i suoi compiti rappresentano un fenotipo sostanziale e vivente della Chiesa”<sup>92</sup>.

Il § 9 AGG riprende l'art. 4 della direttiva 2000/78/CE.

Sebbene non possa essere fatta, ex §§ 1-7, nessuna differenza di trattamento dei lavoratori, la direttiva 2000/78/CE rende, tuttavia, comunque possibile, agli Stati membri, conservare disposizioni e consuetudini già vigenti, secondo le quali una differenziazione basata su religione o *Weltanschauung* non sarebbe, in realtà, una discriminazione, se queste ultime caratteristiche costituissero, per il tipo d'attività o per le circostanze del suo svolgimento in considerazione dell'*ethos* dell'organizzazione, un requisito professionale essenziale e giustificato<sup>93</sup>.

Bisogna fare, *in primis*, una breve panoramica sul perché un datore di lavoro ecclesiale abbia il diritto ad imporre ai propri dipendenti specifiche norme di comportamento, cosa che non è ammessa, invece, per un datore di lavoro «laico». Il diritto delle Chiese all'autoregolamentazione nasce dalla loro particolare posizione giuridica, garantita dall'art. 140 GG, in correlazione con l'art. 137-III WRV. Le Chiese, dunque, hanno il diritto d'autoregolamentazione, con il limite di non poter andare *contra legem*. Ne deriva, però, che anche le Chiese debbono accettare le norme generali del diritto del lavoro, valevoli per tutti gli altri datori di lavoro<sup>94</sup>, alle quali esse possono certamente aggiungere proprie norme, nelle quali lo Stato non può interferire<sup>95</sup>. Ad avere tale facoltà non sono solo le Chiese propriamente dette *stricto sensu*, ma anche tutte le istituzioni ad esse ricollegabili, a

<sup>90</sup> V. R. RICHARDI, *Arbeitsrecht in der Kirche*, C.H. Beck, München, 2003, p. 33.

<sup>91</sup> BAG, 24 novembre 1981 – I ABN 12/81; BAG, 23 ottobre 2002 – VII ABR 59/01; BAG, 14 aprile 1988 – VI ABR 36/86.

<sup>92</sup> BAG, 6 dicembre 1977 – I ABR 28/77.

<sup>93</sup> V., per l'impostazione teorica generale, M.G. BELGIORNO DE STEFANO – M. DE STEFANO, *Licenziamento determinato da ragioni di credo politico o fede religiosa nelle c.d. organizzazioni di tendenza*, in *Temi rom.*, 1980, pp. 310 ss.

<sup>94</sup> Cfr. il can. 1290 CIC; v. BVerfG, in NJW, 1976, pp. 2123 ss.; *ivi*, 1980, pp. 1895 ss.; *ivi*, 1981, pp. 1829 ss.

<sup>95</sup> BVerfG, in NJW, 1980, pp. 1895 ss.



prescindere dalla forma giuridica assunta<sup>96</sup>. Il diritto all'autoregolamentazione delle Chiese s'esprime soprattutto nell'ambito del diritto del lavoro, prevedendo diritti e doveri. Il lavoro ecclesiastico è particolarmente caratterizzato dal c.d. «modello di comunità di servizio ecclesiale»<sup>97</sup>, che si sostanzia nel fatto che le Chiese – pur con tutte le reciproche differenze teologiche<sup>98</sup> – ritengono che l'attività lavorativa prestata presso di loro debba essere fondamentalmente caratterizzata dalla conformità alla dottrina predicata dalla Chiesa in questione, conformità che quest'ultima è l'unica legittimata a giudicare. Chi lavora presso di loro, infatti, prende parte, sia pure in senso lato, all'attività di predicazione.

Si è, al riguardo, sviluppata una copiosa giurisprudenza sulla possibilità che un datore di lavoro ecclesiale possa licenziare un proprio dipendente sulla base d'una condotta che, quantunque esterna ed estranea al rapporto di lavoro ed all'ambito lavorativo – fosse in contrasto con gli insegnamenti della Chiesa: il *BVerfG* ha ammesso la legittimità di licenziamenti per apostasia<sup>99</sup>, il *BAG* quella di licenziamenti per matrimoni vietati dalla Chiesa<sup>100</sup>, per omosessualità praticata<sup>101</sup>.

La Corte di giustizia europea sviluppa i diritti fondamentali a fondamento comunitario, per la concretizzazione dei quali essa si serve delle tradizioni costituzionali degli Stati membri<sup>102</sup> e dei trattati

---

<sup>96</sup> V. *BVerfG*, in *NJW*, 1969, p. 31; **A.-R. GLAWATZ**, *Die Zuordnung privatrechtlich organisierter Diakonie zur evangelischen Kirche*, Lang, Frankfurt a.M., 2003, pp. 46 ss.; **K. VON NOTZ**, *Lebensführungspflichten im evangelischen Kirchenrecht*, Lang, Frankfurt a.M., 2003, pp. 99 ss.

<sup>97</sup> V. **M. HIRSCHFELD**, *Die Dienstgemeinschaft im Arbeitsrecht der evangelischen Kirche. Zur Legitimitätsproblematik eines Rechtsbegriffs*, Lang, Frankfurt a.M., 1999; **J. JURINA**, *Dienst- und Arbeitsrecht im Bereich der Kirchen in der Bundesrepublik Deutschland*, Duncker & Humblot, Berlin, 1979, pp. 121 ss.; **M. DARBROWSKI – J. WOLF** (a cura di), *Reichweite und Grenzen des Dritten Weges. Outsourcing und Insourcing in kirchlichen Einrichtungen*, Dialogverlag, Münster, 2005, pp. 27 ss.; **C. VON TILING**, *Die Rechtsfolgen des Betriebsübergang im Spannungsfeld von Kirchenfreiheit und staatlicher Arbeitsrechtsordnung*, Verl. Recht und Wirtschaft, Heidelberg, 2004, pp. 95 ss.

<sup>98</sup> V. **A. PAHLKE**, *Kirche und Koalitionsrecht, Zur Problematik d. kirchlichen Arbeitsrechtsregelungsverfahrens, insbesondere d. sog. Dritten Weges d. Kirchen*, Mohr, Tübingen, 1983, pp. 51 ss.; **J. JOUSSEN**, *Gleichbehandlung und Loyalitätspflichten beim Betriebsübergang für die Praxis der Mitarbeitervertretung in den Einrichtungen der katholischen und evangelischen Kirche*, Ketteler, Köln, 2006, pp. 57 ss.

<sup>99</sup> *BVerfGE*, 70, 138 ss., in *NJW*, 1986, p. 367.

<sup>100</sup> *BAG*, in *NJW*, 1981, p. 1228.

<sup>101</sup> *BAG*, 30 giugno 1982, in *NJW*, 1984, pp. 1917 ss.

<sup>102</sup> Corte di giustizia europea, 17 dicembre 1970; Corte di giustizia europea, 6 marzo 2001; Corte di giustizia europea, 12 giugno 2003.





internazionali vincolanti sulla protezione dei diritti umani, in particolare della Convenzione europea sui diritti umani<sup>103</sup>: si pensi al diritto alla libertà religiosa<sup>104</sup>, individuale<sup>105</sup> e collettiva<sup>106</sup>.

Poiché, però, né la Convenzione europea sui diritti dell'uomo, né i singoli Stati membri hanno un unico modello di relazioni Stato-Chiesa<sup>107</sup>, anche il diritto ecclesiale all'autodeterminazione trova, secondo l'opinione dominante, una limitata riduzione<sup>108</sup>.

Il differente livello di protezione del diritto ecclesiale all'autodeterminazione fra, da un lato, la GG tedesca, e, dall'altro, il diritto comunitario, è importante anche per il diritto ecclesio-laburistico. In ragione della priorità assoluta d'applicazione del diritto comunitario, sostenuta dalla Corte europea<sup>109</sup>, il quale infine si impone anche nei confronti del diritto all'autodeterminazione ecclesiale

---

<sup>103</sup> Corte di giustizia europea, 14 maggio 1974; Corte di giustizia europea, 22 ottobre 2002; Corte di giustizia europea, 12 giugno 2003. V. anche **M.G. BELGIORNO DE STEFANO**, *La libertà religiosa nelle sentenze della Corte Europea dei diritti dell'Uomo*, in *QDPE*, 1989, pp. 285 ss.

<sup>104</sup> **V. M. TEDESCHI**, *Per uno studio del diritto di libertà religiosa*, in *Coscienza e libertà*, 1990, pp. 29 ss.; **ID.**, *Per uno studio del diritto di libertà religiosa*, in **I.C. IBÁN PÉREZ** (a cura di), *Libertad y Derecho de libertad religiosa*, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1989, pp. 228 ss.

<sup>105</sup> Corte di giustizia europea, 27 ottobre 1976.

<sup>106</sup> **P. HANAU – G. THÜSING**, *Europarecht und kirchliches Arbeitsrecht*, Nomos, Baden-Baden, 2001, pp. 26 ss.; **G. VON HOYNINGEN-HUENE**, *Öffnungsklauseln für Kirchen in Arbeitsrechts-Gesetzen?*, in *RdA*, 2002, pp. 65 ss.; **G. MÜLLER-VOLBEHR**, *Europa und das Arbeitsrecht der Kirchen*, Verlag Recht und Wirtschaft, Heidelberg, 1999, pp. 69 ss., 85 ss.; **H. SCHLIEMANN**, *Europa und das deutsche kirchliche Arbeitsrecht - Kooperation oder Konfrontation?*, in *NZA*, 2003, pp. 407 ss.

<sup>107</sup> **H. REICHOLD**, *Europa und das deutsche kirchliche Arbeitsrecht - Auswirkungen der Antidiskriminierungs-Richtlinie 2000/78/EG auf kirchliche Arbeitsverhältnisse*, in *NZA*, 2001, pp. 1054 ss.; **R. PUZA**, *Laïcité de l'État und vertragliche Partnerschaft zwischen Kirche und Staat*, in *ThQ*, 1995, pp. 199 ss.; **O. FUMAGALLI CARULLI**, *Costituzione europea, radici cristiane e Chiesa*, in *Jus*, 2005, 1-2, pp. 129 ss.

<sup>108</sup> **P. HANAU – G. THÜSING**, *Europarecht und kirchliches Arbeitsrecht*, cit., pp. 26 ss.; **H. SCHLIEMANN**, *Europa und das deutsche kirchliche Arbeitsrecht - Kooperation oder Konfrontation?*, cit., p. 410; **G. VON HOYNINGEN-HUENE**, *Öffnungsklauseln für Kirchen in Arbeitsrechts-Gesetzen?*, cit., p. 71; **G. MÜLLER-VOLBEHR**, *Europa und das Arbeitsrecht der Kirchen*, cit., pp. 85 ss.; **ID.**, *Teilzeitarbeit und kirchliche Arbeitsverhältnisse*, in *NZA*, 2002, pp. 301 ss.; **R. RICHARDI**, *Arbeitsrecht in der Kirche*, C.H. Beck, München, 2003, § 1, nota 36; **C. WALDHOFF**, *Kirchliche Selbstbestimmung und Europarecht*, in *JZ*, 2003, pp. 978 ss.

<sup>109</sup> Corte di giustizia europea, 9 marzo 1978; Corte di giustizia europea, 2 agosto 1993; Corte di giustizia europea, 22 ottobre 1998.



riconosciuto dalla GG, le norme del diritto europeo del lavoro influenzano anche il diritto ecclesio-laburistico tedesco<sup>110</sup>.

Anche le Chiese sono direttamente toccate, nelle diaconie protestanti e nella Caritas cattolica, dal diritto comunitario direttamente vigente. Così il principio della parità di uomini e donne, *ex art.* 141 del Trattato, vale anche per i collaboratori ecclesiali<sup>111</sup>.

Lo stesso vale per la libera circolazione dei lavoratori, prevista *ex art.* 39 del Trattato europeo, tenendo conto, però, anche delle disposizioni interne delle Chiese, che, per i ministri di culto, richiedono la conclusione degli studi superiori o la cittadinanza tedesca<sup>112</sup>.

Secondo il diritto costituzionale tedesco (*art.* 140 GG in correlazione con gli *artt.* 136 ss. WRV), inoltre, alle Chiese ed alle altre associazioni religiose e comunità basate su una particolare *Weltanschauung*, per quanto riguarda non solo la loro organizzazione corporativa ed i loro uffici, ma anche le istituzioni ad esse collegate, spetta il potere di decidere autonomamente riguardo al regolamento ed all'amministrazione delle loro questioni. Secondo la legislazione vigente, *ex art.* 137-III WRV, spetta alle Chiese l'autoregolamentazione e l'amministrazione riguardo all'organizzazione corporativa non solo dei loro uffici, ma anche di quelle loro associazioni che si fossero poste non totalmente, ma solo parzialmente, quale scopo, l'obbligo, per i loro componenti, d'una vita orientata su base religiosa o di *Weltanschauung*. Presupposto a ciò, tuttavia, è che lo scopo dell'associazione sia proprio il raggiungimento d'un tale obiettivo. Ciò vale senz'altro per le associazioni istituzionalmente od organizzativamente legate alle Chiese, come gli Istituti religiosi<sup>113</sup>, il cui scopo sostanziale consiste in una maggiore osservanza dei doveri generali per tutti i fedeli<sup>114</sup>. Ciò

---

<sup>110</sup> V. S. TESTA BAPPENHEIM, *Il danno da uccisione di religioso, negli ordinamenti francese, tedesco ed italiano*, Pellegrini, Cosenza, 2007; ID., *Die Haftpflicht und die religiösen Institute in Deutschland*, Tübinger kirchenrechtliche Studien-2, LIT-Verlag, Münster, 2006.

<sup>111</sup> G. MÜLLER-VOLBEHR, *Europa und das Arbeitsrecht der Kirchen*, cit., pp. 120 ss.; H. SCHLIEMANN, *Europa und das deutsche kirchliche Arbeitsrecht - Kooperation oder Konfrontation?*, cit., p. 412.

<sup>112</sup> G. MÜLLER-VOLBEHR, *Europa und das Arbeitsrecht der Kirchen*, cit., p. 119; P. HANAU – G. THÜSING, *Europarecht und kirchliches Arbeitsrecht*, cit., pp. 37 ss.

<sup>113</sup> V. S. TESTA BAPPENHEIM, *La vita fraterna. Fenotipi storico-canonistici dei consacrati a Dio*, Pensa, Lecce, 2006.

<sup>114</sup> V. M. TEDESCHI, *La comunità come concetto giuridico*, in ID. (a cura di), *Comunità e soggettività*, cit., pp. 11 ss.; ID., *Associazioni ecclesiastiche e autonomia negoziale*, in *Dir. eccl.*, 1994, I, pp. 533 ss., ed in *Dir. fam. pers.*, 1994, pp. 1084 ss.; ID., *Gruppi sociali, confessioni e libertà religiosa*, *ivi*, 1993, pp. 272 ss.; ID., *La rilevanza civile delle associazioni ecclesiastiche*, in *Le associazioni nella Chiesa*, LEV, Città del Vaticano,



vale, però, anche per altre associazioni, autonome o non autonome, se e nella misura in cui il loro scopo fosse la tutela o la diffusione d'una determinata confessione, o la predicazione della sua dottrina. Criterio per l'esistenza di questi presupposti può essere la dimensione del legame istituzionale con una comunità religiosa od il tipo di scopi perseguiti con l'associazione<sup>115</sup>.

Questo diritto all'autoregolamentazione comprende, fondamentalmente, la possibilità di poter stabilire la religione o la *Weltanschauung* come requisito professionale per gli impiegati da assumere. Anche il legislatore europeo ha chiaramente detto, nel n. 24 delle considerazioni *a latere* della direttiva 2000/78/CE, che l'UE "rispetta lo status di cui godono negli ordinamenti degli Stati membri le Chiese e le associazioni religiose, e non interferisce con esso; lo stesso vale per le associazioni basate su una *Weltanschauung*"

Ciò permette agli Stati membri, in quest'ambito, di conservare le proprie specifiche disposizioni sui requisiti professionali essenziali e giustificati, o le disposizioni per l'esercizio d'un'attività lavorativa di questo tipo. Il § 9-I AGG, in conformità a ciò, consente alle società religiose, ed alle altre ivi menzionate associazioni, d'assumere personale operando distinzioni basate su religione o *Weltanschauung*, se una determinata religione o *Weltanschauung* fosse, sulla base del loro diritto d'autonormazione, o per il tipo d'attività, un requisito professionale legittimo.

Rispondendo alla domanda su quali requisiti di comportamento una società religiosa, o basata su *Weltanschauung*, possa imporre ai propri collaboratori, poi, il § 9-II estende la portata del comma precedente. Le organizzazioni di questo tipo possono esigere un comportamento leale e sincero dalle persone che lavorassero per loro, ed alle medesime Chiese od comunità basate su *Weltanschauung* compete stabilire le proprie regole interne vincolanti.

La dottrina di diritto commerciale, in particolare, si è occupata della sussistenza del dovere di lealtà ecclesiale anche nel caso in cui l'attività svolta non fosse propriamente ecclesiale<sup>116</sup>.

La magistratura del lavoro valuta la questione inerente a quali conseguenze per il diritto del lavoro possa avere una violazione di

---

1999, pp. 131 ss.; ID., *Preliminari a uno studio dell'associazionismo spontaneo nella Chiesa*, Giuffrè, Milano, 1974.

<sup>115</sup> BVerfGE 24, 236, in NJW, 1969, pp. 31 ss.; BVerfGE, 46, 73, *ivi*, 1978, pp. 581 ss.; BVerfGE 70, 138-173, *ivi*, 1986, pp. 367 ss., ed in NZA, 1986, pp. 28 ss.

<sup>116</sup> P. HANAU – G. THÜSING, *Europarecht und kirchliches Arbeitsrecht*, cit., pp. 46 ss.; J. JOUSSEN, *Kirchliche Arbeitsvertragsinhalte beim Betriebsübergang*, in NJW, 2006, pp. 1850 ss.



queste norme obbligatorie, tenendo conto del principio fondamentale di proporzionalità.

Le norme generali del § 8, in correlazione con il § 4, poi, valgono anche per gli annunci di lavoro di società religiose o basate su *Weltanschauung*.

Indiscutibile è il fondamento costituzionale di questa particolare facoltà: l'art. 140 GG, in correlazione con l'art. 137 III WRV, infatti, garantisce, alle Chiese ed alle altre società religiose, un diritto d'autodeterminazione che comprende anche il diritto a regolare autonomamente i loro rapporti di lavoro e di collaborazione retribuita<sup>117</sup>, tanto per le Chiese *stricto sensu*, quanto per quelle loro organizzazioni, qualunque veste giuridica avessero, chiamate, secondo l'autonoma valutazione delle Chiese, "a tutelare ed adempiere una parte del compito delle Chiese in questo mondo"<sup>118</sup>.

In questo ambito rientrano, *in primis*, le diaconie protestanti e la Caritas cattolica. Nell'ambito del loro diritto all'autodeterminazione, le Chiese sono libere di servirsi delle forme organizzative di diritto privato<sup>119</sup>, in modo che anche il diritto del lavoro statale trovi applicazione sui legami lavorativi<sup>120</sup>.

L'inclusione dei rapporti di lavoro ecclesiali nel diritto del lavoro statale non annulla in nessun caso, però, la loro appartenenza alle questioni proprie delle Chiese: esse possono obbligare i propri dipendenti all'osservanza del principî della dottrina religiosa e dell'etica professata<sup>121</sup>.

Accanto alle direttive recepite dall'AGG, anche ulteriori disposizioni del diritto individuale del lavoro derivano dalla direttiva sull'orario di lavoro<sup>122</sup>, sul lavoro a tempo parziale<sup>123</sup> e sulla

---

<sup>117</sup> V., per l'impostazione teorica generale, **M. TEDESCHI**, voce *Chiesa e Stato*, in *Nov. Dig. It., Appendice, I*, Torino, 1980; **P. BELLINI**, *Dell'idea di laicità nelle relazioni fra privati*, in **M. TEDESCHI** (a cura di), *Il principio di laicità nello Stato democratico*, Rubbettino, Soveria Mannelli, 1996, pp. 15 ss.

<sup>118</sup> BVerfG, 11 ottobre 1977, in *NJW*, 1978, pp. 581 ss.; BVerfG, 25 marzo 1980, *ivi*, 1980, pp. 1895 ss.; BAG, 24 luglio 1991, in *NZA*, 1991, pp. 977 ss.; BAG, 16 marzo 2004, *ivi*, 2004, pp. 927; **R. RICHARDI**, *Arbeitsrecht in der Kirche, cit.*, § 3, note 8 ss.

<sup>119</sup> BVerfG, 4 giugno 1985, in *NJW*, 1986, pp. 367 ss.; **R. RICHARDI**, *Arbeitsrecht in der Kirche, cit.*, § 2, note 18, 25; **H. SCHLIEMANN**, *Europa und das deutsche kirchliche Arbeitsrecht - Kooperation oder Konfrontation?, cit.*, p. 408.

<sup>120</sup> V. BAG, 8 giugno 2005, in *NZA*, 2006, pp. 611 ss.

<sup>121</sup> BVerfG, 4 giugno 1985, in *NJW*, 1986, pp. 367 ss.; **R. RICHARDI**, *Arbeitsrecht in der Kirche, cit.*, § 2, nota 26; **H. SCHLIEMANN**, *Europa und das deutsche kirchliche Arbeitsrecht - Kooperation oder Konfrontation?, cit.*, p. 408.

<sup>122</sup> Direttiva 2003/88/CE, del 4 novembre 2003, in *GUCE*, n. L 299, pp. 9 ss.

<sup>123</sup> Direttiva 97/81/CE, del 15 dicembre 1997, in *GUCE*, n. L 14, pp. 9 ss.



delimitazione nel tempo<sup>124</sup>. Esse ammettono eccezioni, per il diritto ecclesio-laburistico, ex § 17 I c della direttiva sull'orario di lavoro, limitatamente ai lavoratori impiegati in attività liturgiche<sup>125</sup>. La direttiva riserva ulteriori eccezioni ai contratti collettivi di lavoro, o ad accordi fra le parti sociali (§ 18 I)<sup>126</sup>.

Se lo stesso problema si pone, con una norma peraltro meno ampia, anche nel campo della direttiva sul tempo parziale (§ 2 n. 2), la direttiva sulla delimitazione del tempo, al contrario, non ammette nessuna eccezione. Analogamente, poi, anche il § 12 III delle direttive sul tempo parziale e sulla limitazione dell'orario non ammettono nessuna norma eccezionale per le Chiese, a differenza di quanto ancora faceva la norma sulle procedure, nel § 6 della legge sulla ricerca di personale.

Anche altre direttive europee, sempre ad oggetto laburistico, danno origine ad obblighi rilevanti, in particolare alla consultazione dei rappresentanti dei lavoratori: quella sui licenziamenti di massa<sup>127</sup>, sulla protezione del lavoro<sup>128</sup> e sulle consultazioni<sup>129</sup>.

Esse sono parzialmente rilevanti anche per il diritto ecclesio-laburistico: ex art. 1 II b della direttiva sui licenziamenti di massa, infatti, essa non vale per i dipendenti di amministrazioni pubbliche o corporazioni di diritto pubblico. I vincoli lavorativi ecclesiali non vengono perciò coinvolti, poiché le Chiese sono corporazioni di diritto pubblico<sup>130</sup>.

L'art. 3 II della direttiva sulle consultazioni contiene una clausola che riguarda anche il diritto ecclesio-laburistico, relativa alla protezione delle imprese di tendenza, con la quale gli Stati membri, nel rispetto dei principî e scopi indicati nella direttiva, possono prevedere specifiche disposizioni per datori di lavoro od aziende che siano direttamente e prevalentemente al servizio d'una vocazione caritativa, confessionale od educativa, se il diritto interno contemplasse già disposizioni di questo tipo all'entrata in vigore della direttiva. Il diritto di

---

<sup>124</sup> Direttiva 1999/70/CE, del 28 giugno 1999, in *GUCE*, n. L 175, pp. 43 ss.

<sup>125</sup> Sul concetto di «lavoratore impiegato in attività liturgiche», v. **M.G. BELGIORNO DE STEFANO**, *Natura della retribuzione percepita dai sacerdoti per l'attività di culto*, in *Temi rom.*, 1977, pp. 519 ss.

<sup>126</sup> V. BAG, 16 marzo 2004, in *NZA*, 2004, pp. 927 ss.

<sup>127</sup> Direttiva 98/59/CE, del 20 luglio 1998, in *GUCE*, n. L 225, pp. 16 ss.

<sup>128</sup> Direttiva 89/391/CE, del 12 giugno 1989, in *GUCE*, n. L 183, pagg. 1 ss.

<sup>129</sup> Direttiva 2002/14/CE, dell'11 marzo 2002, in *GUCE*, n. L 80, pp. 29 ss.

<sup>130</sup> **P. HANAU – G. THÜSING**, *Europarecht und kirchliches Arbeitsrecht*, cit., pp. 73 ss.





rappresentanza dei dipendenti delle Chiese deve<sup>131</sup>, per conseguenza, non già recepire ogni particolarità della direttiva sulle consultazioni, ma tener comunque conto, nella formulazione dei principî e scopi, d'un minimo del diritto alla co-determinazione<sup>132</sup>.

In particolare, poi, il maggior influsso potenziale sul diritto ecclesio-laburistico si ha nella direttiva sulla parità, la 2000/78/CE, che vieta al datore di lavoro una disparità di trattamento dei suoi dipendenti basata su un *handicap*, sull'età o sull'orientamento sessuale, nonché sulla religione o la *Weltanschauung*.

Come abbiamo detto, però, questo divieto di discriminazione non trova applicazione *coram omnibus*, ma concede al legislatore nazionale di prevedere norme speciali per il diritto ecclesiale del lavoro. *Ex art. 4 II* della direttiva, infatti, gli Stati membri possono prevedere, in riferimento all'attività lavorativa interna alle Chiese, disposizioni in virtù delle quali una disparità di trattamento basata sulla religione d'una persona non costituisca una discriminazione, qualora la religione – per il tipo d'attività o per le modalità del suo esercizio – fosse un requisito professionale essenziale, lecito e legittimo alla luce dell'*ethos* dell'organizzazione<sup>133</sup>.

La portata di quest'eccezione, che nella disposizione del § 9 AGG ha trovato il proprio fondamento, e che il legislatore nazionale ha esteso, oltre alle Chiese, anche alle istituzioni ad esse correlate, come, *ad ex.*, la Caritas cattolica e le diaconie protestanti, viene, però, differentemente intesa. Secondo alcuni, infatti, viene assicurato l'immutato *status quo* dell'esistente diritto ecclesio-laburistico<sup>134</sup>,

---

<sup>131</sup> H. REICHOLD, *Europa und das deutsche kirchliche Arbeitsrecht - Auswirkungen der Antidiskriminierungs-Richtlinie 2000/78/EG auf kirchliche Arbeitsverhältnisse*, in NZA, 2001, pp. 1054 ss.

<sup>132</sup> H. REICHOLD, *Durchbruch zu einer europäischen Betriebsverfassung - Die Rahmen-Richtlinie 2002/14/EG zur Unterrichtung und Anhörung der Arbeitnehmer*, *ivi*, 2003, pp. 289 ss. V. anche BVerfG, 9 gennaio 2001, in NJW, 2001, pp. 1267 ss.; BVerfG, 27 luglio 2004, in NVwZ, 2004, pp. 1346 ss.; BVerfG, 9 luglio 1992, *ivi*, 1993, pp. 883 ss.

<sup>133</sup> Per l'impostazione teorica generale, v. M.G. BELGIORNO DE STEFANO – M. DE STEFANO, *Rilevanza ed effetti dell'onerosità nelle prestazioni lavorative del personale religioso*, in *Dir. eccl.*, 1979, pp. 239 ss.; ID., *Il lavoro delle suore negli ospedali: rapporto di pubblico impiego in illecito appalto di manodopera?*, in *Temi rom.*, 1978, pp. 220 ss.

<sup>134</sup> P. HANAU – G. THÜSING, *Europarecht und kirchliches Arbeitsrecht*, *cit.*, pp. 33 ss.; J. JOUSSEN, *Die Folgen der europäischen Diskriminierungsverbote für das kirchliche Arbeitsrecht*, in *RdA*, 2003, pp. 32 ss.; G. THÜSING, *Das Arbeitsrecht in der Kirche - Ein Nachtrag der aktuellen Entwicklungen*, in NZA, 2002, pp. 306 ss.; B. VOIGT, *Kommentierung zu § 9 AGG*, in A. SCHLEUSENER – J. SUCKOW – B. VOIGT, *AGG. Kommentar zum Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz*, Neuwied, Luchterhand, 2007, § 9, nota 3.



mentre, secondo altri, qui si trova solamente una clausola protettiva delle imprese di tendenza<sup>135</sup>.

Il § 9 I AGG, a differenza dell'art. 4 II della direttiva, rinvia espressamente anche al diritto delle Chiese all'autodeterminazione<sup>136</sup>. Per l'applicazione del § 9 I AGG ci sono ancora due questioni non chiarite: *in primis*, l'art. 4 II della direttiva 2000/78/CE, in correlazione con il § 9 I AGG, rende possibile una disparità di trattamento limitata alle caratteristiche dell'appartenenza religiosa, oppure ampiamente estesa ad ogni requisito di lealtà<sup>137</sup> e di comportamento secondo l'autonoma valutazione d'ogni Chiesa?

*In secundis*, la competenza per decidere se un criterio sia professionalmente essenziale *etc.*, spetta esclusivamente alle Chiese, od anche alle Corti statali<sup>138</sup>?

Secondo il suo senso letterale, infatti, la disposizione del § 9 I AGG rende possibile la disparità di trattamento d'un lavoratore a causa della sua appartenenza religiosa. Le istituzioni ecclesiali, perciò, possono far dipendere l'instaurazione d'un rapporto di lavoro dalla religione professata dall'aspirante<sup>139</sup>.

È controverso, tuttavia, se ciò possa venir fatto valere indistintamente per tutti i rapporti di lavoro, oppure solo per determinati lavoratori, a seconda della funzione e dell'attività contrattualmente prevista, come consiglia anche il tenore letterale dell'art. 4 I 1, Ia frase, della direttiva all'origine del § 9 I AGG<sup>140</sup>.

---

<sup>135</sup> P. BUDDE, *Kirchenaustritt als Kündigungsgrund? - Diskriminierung durch kirchliche Arbeitgeber vor dem Hintergrund der Antidiskriminierungsrichtlinie 2000/78/EG*, in *AuR*, 2005, pp. 353 ss.; H. SCHLIEMANN, *Europa und das deutsche kirchliche Arbeitsrecht - Kooperation oder Konfrontation?*, cit., p. 411.

<sup>136</sup> V. B. VOIGT, *Kommentierung zu § 9 AGG*, cit., nota 23.

<sup>137</sup> Cfr. G. GÄNSWEIN, voce *Treueid*, in A. VON CAMPENHAUSEN – I. RIEDEL-SPANGENBERGER – R. SEBOTT, *Lexikon für Kirchen- und Staatskirchenrecht*, Schönning, Paderborn - Wien - München, 2002.

<sup>138</sup> Per l'impostazione teorica generale di questo aspetto, v. già M. TEDESCHI, *Potestà civile e potestà ecclesiastica nel pensiero di Thomas Hobbes*, in *Dir. eccl.*, 1988, pp. 101 ss.

<sup>139</sup> D. BELLING, *Umsetzung der Antidiskriminierungsrichtlinie im Hinblick auf das kirchliche Arbeitsrecht*, in *NZA*, 2004, pp. 885 ss.; J. JOUSSEN, *Die Folgen der europäischen Diskriminierungsverbote für das kirchliche Arbeitsrecht*, cit., p. 36; R. RICHARDI, *Neues und Altes – Ein Ariadnefaden durch das Labyrinth des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes*, cit., pp. 881 ss.; H.-J. WILLEMSSEN – U. SCHWEIBERT, *Schutz der Beschäftigten im Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz*, cit., p. 2585.

<sup>140</sup> V. P. HANAU – G. THÜSING, *Europarecht und kirchliches Arbeitsrecht* cit., pp. 33 ss.; G. THÜSING, *Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz*, C.H. Beck, München, 2007, note 481 ss.; C. WALDHOFF, *Kirchliche Selbstbestimmung und Europarecht*, cit., pp. 986 ss.; J.-H. BAUER – B. GÖPFERT – S. KRIEGER, *Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz*.



L'art. 4-II 1, la frase, della direttiva, in correlazione con il § 9 AGG, però, parlando, nel loro senso letterale, d'una disparità di trattamento basata sulla religione, non prevede nessuna eccezione per il divieto di discriminazione causato dall'orientamento sessuale; l'art. 4-II-2 della direttiva, d'altronde, come il § 9-II AGG, lascia inalterato il diritto delle Chiese di poter pretendere dai loro dipendenti un comportamento leale e onesto.

Un licenziamento per comportamento non conforme ai precetti religiosi, dunque, è considerato, da alcuni autori, tuttora possibile, anche dopo l'entrata in vigore della direttiva e dell'AGG<sup>141</sup>.

Altri, viceversa, propendono per una più stretta interpretazione della possibilità d'eccezione, e limitano la licenziabilità al criterio dell'appartenenza religiosa<sup>142</sup>, alla funzione od al modo di svolgimento dell'attività, legandola al criterio di protezione dell'impresa di tendenza, con la conseguenza che, in questi casi, il principio di assunzione e licenziamento per specifiche ragioni religiose legittimerebbe il licenziamento solo per alcuni tipi determinati di lavoratori<sup>143</sup>.

Secondo le conclusioni del Consiglio permanente della Conferenza Episcopale tedesca (DBK), del 24 giugno 2002<sup>144</sup>, il recente istituto della *Lebenspartnerschaft* è in contrasto con l'insegnamento della

---

*Kommentar*, C.H. Beck, München, 2007, § 9, note 14 ss.; P. BUDDE, *Kirchenaustritt als Kündigungsgrund? - Diskriminierung durch kirchliche Arbeitgeber vor dem Hintergrund der Antidiskriminierungsrichtlinie 2000/78/EG*, cit., pp. 357 ss.; S. KAMANABROU, *Die arbeitsrechtlichen Vorschriften des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes*, in *RdA*, 2006, pp. 321 ss.; M. SCHLACHTER, *Kommentierung zu §§ 2, 9 AGG*, in T. DIETERICH - R. MÜLLER-GLÖGE - U. PREIS - G. SCHAUB (a cura di), *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht*, C.H. Beck, München, 2007, note 1, 3; B. VOIGT, *Kommentierung zu § 9 AGG*, cit., nota 28.

<sup>141</sup> J.-H. BAUER - B. GÖPFERT - S. KRIEGER, *Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz. Kommentar*, cit., nota 17; P. HANAU - G. THÜSING, *Europarecht und kirchliches Arbeitsrecht*, cit., pp. 35 ss.; J. JOUSSEN, *Die Folgen der europäischen Diskriminierungsverbote für das kirchliche Arbeitsrecht*, cit., p. 38; S. KAMANABROU, *Die arbeitsrechtlichen Vorschriften des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes*, cit., p. 328; ID., *Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz*, cit., note 488 ss.; B. VOIGT, *Kommentierung zu § 9 AGG*, cit., nota 33.

<sup>142</sup> D. BELLING, *Umsetzung der Antidiskriminierungsrichtlinie im Hinblick auf das kirchliche Arbeitsrecht*, cit., pp. 887 ss.

<sup>143</sup> P. BUDDE, *Kirchenaustritt als Kündigungsgrund? - Diskriminierung durch kirchliche Arbeitgeber vor dem Hintergrund der Antidiskriminierungsrichtlinie 2000/78/EG*, cit., p. 359; H. SCHLIEMANN, *Europa und das deutsche kirchliche Arbeitsrecht - Kooperation oder Konfrontation?*, cit., p. 412. V. anche M. SCHLACHTER, *Kommentierung zu §§ 2, 9 AGG*, cit., note 3 ss.

<sup>144</sup> V. *Kirchliches Amtsblatt Trier*, 2002, p. 162; *Kirchliches Amtsblatt Paderborn*, 2002, p. 141; *Kirchliches Amtsblatt Münster*, 2002, p. 170; *Kirchliches Amtsblatt Essen*, 2002, p. 116.



Chiesa su matrimonio e famiglia; ne consegue, perciò, che potrebbero venir licenziati quei dipendenti ecclesiastici che aderissero a tale istituto, anche se fossero di religione cattolica, perché avrebbero violato il dovere di lealtà comportamentale<sup>145</sup>.

Ciò è ammissibile anche dal punto di vista giuridico europeo: il § 4-II-3 della direttiva 2000/78, tuttavia, dice che una discriminazione per un'altra ragione sarebbe vietata. Inequivocabilmente, però, si rinvia al diritto proprio delle Chiese il potere di stabilire se il dipendente si comporti lealmente e correttamente nell'ottica dell'*ethos* dell'organizzazione.

Secondo il § 9-I AGG, le comunità religiose – comprese le istituzioni loro correlate – e le associazioni che si prefiggono come scopo la pratica comunitaria dei doveri d'una religione o d'una visione del mondo, possono trattare in maniera differente i loro dipendenti sulla base della religione o della visione del mondo di questi ultimi, se una specifica visione del mondo o religione rappresentasse un requisito lavorativo essenziale nell'ottica dell'autocoscienza dell'associazione, con riferimento al suo diritto all'autonomia organizzativa, od al tipo d'attività. Il § 9-I AGG non sembra, a prima vista, diverso dal § 8, mentre, invece, contiene un importante inciso contro quest'ultimo: spetta alla sola associazione stabilire se la religione o la visione del mondo costituiscano un requisito lavorativo essenziale oppure no, e non ad un giudice esterno; è perfettamente possibile, perciò, che, secondo l'autonoma valutazione d'una Chiesa, debba appartenere a quella determinata religione non solo il personale ecclesiastico *stricto sensu*, ma anche il personale incaricato dell'attività religiosa in senso lato (come, *ad ex.*, maestre di giardini d'infanzia, organisti, medici impiegati in cliniche private di proprietà ecclesiastica).

Il § 9-I AGG, dunque, oltrepassa la misura del pregiudizio ammissibile *ex art.* 4-II della direttiva 2000/78/CE. Secondo questa norma, infatti, la discriminazione è possibile solo se l'appartenenza religiosa o la visione del mondo fossero un requisito essenziale per il tipo d'attività da svolgere o per il modo della sua esecuzione, sostanzialmente legate all'*ethos* dell'organizzazione. Il § 9-I AGG, invece, precisa che la discriminazione sarà possibile se una determinata religione, o visione del mondo, alla luce del diritto all'autodeterminazione d'ogni comunità religiosa od associazione, o per il tipo dell'attività, fosse un requisito lavorativo essenziale. Secondo il

---

<sup>145</sup> V. B. KÄMPER, *Eingetragene Lebenspartnerschaft und kirchliche Dienst*, in S. MUCKEL (a cura di), *Kirche und Religion im sozialen Rechtsstaat. Festschrift für Wolfgang Riefner zum 70. Geburtstag*, Duncker & Humblot, Berlin, 2003, pp. 401 ss.



senso letterale della norma, dunque, nei casi in cui il tipo d'attività non necessitasse l'appartenenza ad una determinata religione o visione del mondo, sarebbe sufficiente che il diritto all'autodeterminazione d'ogni comunità od associazione richiedesse una determinata religione. Un'interpretazione restrittiva e conforme alle disposizioni europee non è possibile, poiché la volontà del legislatore si oppone ad una tale interpretazione. Nella relazione che accompagna l'AGG, in effetti, viene messo in evidenza il diritto all'autoregolamentazione delle comunità religiose o basate su visioni del mondo, e questo diritto viene posto come *ubi consistam* per stabilire se la religione o la visione del mondo siano un requisito lavorativo per i loro dipendenti<sup>146</sup>.

Il § 9-II AGG introduce un ulteriore aspetto: l'obbligo di lealtà dei dipendenti. Malgrado il divieto di trattamento differente dovuto a religione o visione del mondo, le associazioni possono pretendere dai loro dipendenti un leale e sincero comportamento nell'ottica della loro propria autocomprensione. Così, *ad ex.*, una scuola ecclesiale non può licenziare un bidello perché ateo, ma può pretendere che questi non faccia propaganda di ateismo fra gli scolari. Il § 9-II AGG è più rigoroso dell'art. 4-III-3 della direttiva 2000/78/CE, secondo il quale le comunità religiose, nonché le associazioni che avessero lo scopo della pratica comunitaria dei loro doveri religiosi, possono pretendere dai loro dipendenti un comportamento leale nell'ottica dell'*ethos* dell'organizzazione. Sull'inconciliabilità d'un altro segno caratteristico diverso dalla religione con le comunità religiose può essere portato il caso dell'omosessualità d'un collaboratore. Il BAG, più di vent'anni fa, aveva deciso, a proposito d'un caso del genere, nel quale la Chiesa evangelico-protestante della Westfalia aveva licenziato uno psicologo dell'opera diaconale, poiché praticava la sua omosessualità<sup>147</sup>. Un licenziamento di questo tipo configura una discriminazione sulla base dell'identità sessuale. L'art. 4-II-3 della direttiva 2000/78/CE permette alle comunità ed associazioni religiose di considerare la pratica omosessuale come comportamento sleale dei loro collaboratori, e di trarne le relative conseguenze. La norma autorizza, in ultima analisi, discriminazioni sulla base dell'identità sessuale. Il § 9-II AGG, viceversa, sulla base delle regole di comportamento secondo l'autocomprensione delle comunità od associazioni religiose, autorizza discriminazioni basate solamente su religione o visione del mondo. Una comunità od associazione religiosa non potrebbe, quindi, giustificare il licenziamento d'un collaboratore omosessuale invocando il § 9-II AGG.

<sup>146</sup> Begründung AGG, BT-Drucks, 16/1780, p. 35.

<sup>147</sup> BAG, 13 giugno 1983, AP n. 15 sull'art. 140 GG.





Il § 8-I AGG non può, parimenti, portare a rendere ammissibile un simile caso. Si potrebbe qui argomentare che, secondo l'autocomprensione delle comunità od associazioni religiose, la non pratica dell'omosessualità sia un requisito sostanziale e decisivo per un lavoro in quelle comunità. Qui non si tratterebbe, però, d'un requisito professionale, ma del comportamento del lavoratore, che viene richiesto indipendentemente dai requisiti lavorativi per la concreta attività.

Un licenziamento per pratica omosessuale, d'altra parte, non è un licenziamento per omosessualità *sic et simpliciter*. Fra i due concetti è necessario fare una distinzione, che la stessa Chiesa cattolica fa<sup>148</sup>.

Un comportamento religiosamente motivato, quindi, può anche legittimare differenziazioni che hanno una vicinanza con altre caratteristiche discriminatorie. Questa fattispecie si trova anche nella giurisprudenza americana: nell'affaire «*Vigars vs. Valley Christian Centre*»<sup>149</sup>, infatti, era da decidere se la bibliotecaria d'una parrocchia, che attendeva un figlio da un uomo diverso dal proprio marito, potesse essere licenziata, nonostante la norma antidiscriminatoria proteggente le donne incinte. La Corte californiana adita si pronunciò a favore del licenziamento, ritenendo che il licenziamento d'una donna incinta fosse giustificato, essendo dovuto non già allo stato interessante della donna, bensì al suo comportamento contrario alle disposizioni della Chiesa<sup>150</sup>.

Un importante requisito per gli impiegati ecclesiali è l'appartenenza religiosa del lavoratore. Secondo il regolamento generale (della Chiesa cattolica tedesca) per lavori ecclesiali implicanti un rapporto di lavoro (art. 3-II), l'incarico pastorale, catechetico, come pure di regola quello educativo, e gli incarichi direttivi, debbono essere conferiti solo a persone che appartengano alla Chiesa cattolica. Disposizioni analoghe si trovano nella Chiesa evangelico-luterana.

La giurisprudenza ha ritenuto legittimo che venisse tenuto conto della religione, nel caso di dipendenti ecclesiali. Ciò emerge dalla decisione del BAG del 4 marzo 1980: la parte attrice era un'insegnante di ginnastica in una scuola privata cattolica di proprietà ecclesiastica. Nel § 2 del suo contratto di lavoro la querelante si dichiarava pronta "a svolgere tutto il suo lavoro educativo e d'istruzione nello spirito dei principî formativi cattolici". Come principali ragioni di licenziamento erano contrattualmente indicate, fra le altre, gravi violazioni contro i principî della dottrina e della morale cattolica. Il BAG stimò perfettamente

---

<sup>148</sup> Catechismo, nn. 2358 ss.

<sup>149</sup> 805 F. Supp. 802 (Northern Distr. California, 1992).

<sup>150</sup> Cfr. H.S. LEWIS, Jr. – E.J. NORMAN, *Employment Discrimination Law and Practice*, Thomson/West, St. Paul (MN), 2001, pp. 34 ss.



legittimo che fosse stata licenziata per aver abbandonato la Chiesa cattolica.

Un ambito controverso nella giurisprudenza sul diritto ecclesio-laburistico è la prassi delle istituzioni ecclesiali di licenziare i loro dipendenti per violazione degli obblighi di lealtà.

Una sentenza che creò un precedente fu il c.d. *affaire* «Rommelfanger», giunto sino al *BVerfG*. Rommelfanger era medico assistente presso una clinica cattolica. Nel 1979, sul settimanale «Stern» venne pubblicato un appello di 58 persone, intitolato «Medici contro medici-funzionari», che denunciava *“le aggressioni condotte da parte clericale-conservatrice e dei medici-funzionari”* contro il § 218 *StGB* (relativo all'IVG). Dopo un'intervista seguita a questo articolo, il dottor Rommelfanger venne licenziato. Agito in giudizio, tutti i gradi di giudizio ordinario gli diedero ragione, ma la clinica presentò un ricorso costituzionale individuale (*Verfassungsbeschwerde*), sostenendo d'essere stata lesa nel suo «diritto ecclesiale all'autoregolamentazione», che, come abbiamo visto, promana dall'art. 140 della Costituzione, in correlazione con l'art. 137-III *WRV*.

Il medico s'appellò alla libertà d'opinione, garantita dall'art. 5 *GG*, ma il *BVerfG* gli diede torto, stabilendo che *“anche la decisione in merito a se e come il lavoratore dipendente da un datore di lavoro ecclesiale debba operare una graduazione dei doveri di lealtà... è questione sostanzialmente ricadente nel diritto ecclesiale all'autoregolamentazione”*<sup>151</sup>.

L'ammissibilità della prassi ecclesiale per il licenziamento e l'assunzione viene fatta risalire all'art. 137 *WRV*-III, tuttora valido *ex art.* 140 *GG*, ed alla garanzia di libertà religiosa *ex art.* 4 *GG*; garanzia che, secondo la giurisprudenza del *BVerfG*, vale solo per le Chiese organizzate<sup>152</sup>. L'ambito di protezione delle loro questioni si estende a tutte le loro istituzioni, a prescindere dalla loro veste giuridica, ove esse, secondo l'autocomprensione della Chiesa, siano chiamate ad adempiere ad una parte dei compiti della Chiesa.

L'art. 137-III *WRV* garantisce alle comunità religiose il diritto di organizzarsi ed amministrarsi autonomamente. Per organizzarsi si intende un potere delle Chiese paralegislativo *«ad intra»*<sup>153</sup>. La libertà paranormativa viene completata con l'amministrazione. Essa ricomprende, accanto al diritto all'applicazione delle norme emanate dall'autorità della Chiesa, anche il diritto alla direzione ed

<sup>151</sup> *BVerfGE*, 70, 138 ss., in *NJW*, 1986, pp. 367 ss.

<sup>152</sup> *BVerfGE* 46, 73, *ivi*, 1978, p. 581; *BVerfGE* 53, 366, *ivi*, 1980, p. 1895; *BVerfGE* 57, 220, *ivi*, 1981, p. 1829; *BVerfGE* 70, 138, *ivi*, 1986, p. 367.

<sup>153</sup> **G.J. EBERS**, *Die Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung*, II, Hobbing, Berlin, 1930, p. 388.



organizzazione delle società religiose e delle loro istituzioni<sup>154</sup>. Autonomia significa formazione delle proprie decisioni e loro esecuzione sulla base di proprie motivazioni, a prescindere dallo Stato<sup>155</sup>.

L'AGG, ex § 2-IV, non trova applicazione per i licenziamenti, ma si tratta qui di valutare l'art. 4-II della direttiva 2000/78/CE in correlazione con la legge di protezione sui licenziamenti<sup>156</sup>.

L'opinione dominante propende a favore d'un'interpretazione estensiva delle disposizioni sull'eccezione dell'art. 4-II della direttiva, in correlazione con il § 9 dell'AGG, anche se il postulato fondamentale della direttiva, ossia la lotta contro le discriminazioni dovute a religione o *Weltanschauung*, *handicap*, età od identità sessuale, continua a restare escluso dal contesto lavorativo delle Chiese<sup>157</sup>.

Il legislatore, nel n. 24 delle considerazioni ispiratrici della direttiva, fa esplicito riferimento al n. 11 dell'atto finale del Trattato di Amsterdam<sup>158</sup>, chiarendo come gli Stati membri possano prevedere specifiche disposizioni in merito ai requisiti lavorativi essenziali, legittimi e leciti come presupposto per lo svolgimento d'un'attività lavorativa in una Chiesa od un'istituzione correlata. Il legislatore comunitario, dunque, non pare voler limitare la libertà delle Chiese prevista negli ordinamenti nazionali<sup>159</sup>.

L'art. 4-II 2 della direttiva, in correlazione con il § 9-II AGG, inoltre, stabilisce *expressis verbis* che le Chiese possano pretendere dai loro dipendenti di comportarsi lealmente ed onestamente in conformità

---

<sup>154</sup> K. BRIZA, 'Tarfovertrag' und 'Dritter Weg' – Arbeitsrechtsregelungsverfahren der Kirchen, Regensburg, Dissertation, 1987, p. 18.

<sup>155</sup> W. SCHEUER, Was bedeutet in Art. 137 Reichsverfassung "Jede Religionsgesellschaft ordnet und verwaltet ihre Angelegenheiten selbständig innerhalb der Schranken des für alle geltenden Gesetzes"?, Rosenheimer Anzeiger, Rosenheim, 1929, pp. 25 ss.

<sup>156</sup> M. DILLER – S. KRIEGER – C. ARNOLD, Kündigungsschutzgesetz plus Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz: sind Arbeitnehmer in Zukunft doppelt vor Kündigungen geschützt?, cit., pp. 887 ss.; S. KAMANABROU, Die arbeitsrechtlichen Vorschriften des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes, cit., pp. 323 ss.; M. SCHLACHTER, Kommentierung zu §§ 2, 9 AGG, cit., nota 15; G. THÜSING, Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz, cit., note 113 ss.; A. SCHLEUSENER, Kommentierung zu § 2 AGG, in A. SCHLEUSENER – J. SUCKOW – B. VOIGT, AGG. Kommentar zum Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz, cit., nota 23.

<sup>157</sup> V. J. JOUSSEN, Die Folgen der europäischen Diskriminierungsverbote für das kirchliche Arbeitsrecht, cit., p. 38.

<sup>158</sup> Cfr. B. GRZESZICK, Die Kirchenerklärung zur Schlussakte des Vertrags von Amsterdam, in *ZevKR*, 2003, pp. 283 ss.

<sup>159</sup> J. JOUSSEN, Die Folgen der europäischen Diskriminierungsverbote für das kirchliche Arbeitsrecht, cit., p. 37.



con l'*ethos* dell'organizzazione<sup>160</sup>. A differenza d'una semplice protezione dell'impresa di tendenza, perciò, la particolare finalità del servizio ecclesiale sembra legittimare disparità di trattamento<sup>161</sup>, accettando il diritto delle Chiese di poter pretendere lealtà e onestà nell'ottica della loro autocomprensione<sup>162</sup>, che comprende non solo l'insegnamento della dottrina, la cura d'anime, le funzioni religiose, la liturgia e l'amministrazione dei sacramenti, ma anche tutti gli ambiti della vita pubblica, nella quale le Chiese siano chiamate, secondo la loro autocomprensione, a svolgere i propri compiti nel mondo<sup>163</sup>.

Il diritto all'autoregolamentazione delle Chiese e delle altre comunità religiose supera, in Germania, la semplice protezione delle imprese di tendenza, essendo le Chiese stesse nella posizione di fissare autonomamente le proprie regole giuridiche, e, perciò, stabilire quali requisiti richiedere ai propri dipendenti<sup>164</sup>. La Repubblica Federale tedesca, in quanto Stato neutrale dal punto di vista religioso, non può imporre alle Chiese nessuna norma in questo ambito<sup>165</sup>. Solo la comunità religiosa stessa può autenticamente dire, e normativamente stabilire, quali siano le questioni di propria competenza esclusiva<sup>166</sup>. Nell'ambito delle quali, comunque, *ex art. 140 GG e 137-III WRV*, rientrano, oltre alla funzione normativa, anche quella giudiziaria dinanzi ai propri tribunali<sup>167</sup>.

La giurisdizione dei tribunali ecclesiastici, però, si limita all'applicazione delle norme canoniche, essendo i tribunali civili competenti per l'applicazione di norme statali. Da ciò deriva, quindi, la competenza delle Corti statali per i rapporti di lavoro individuali, ovvero l'applicazione del diritto del lavoro statale ai rapporti di lavoro ecclesiali<sup>168</sup>. L'inclusione dei rapporti di lavoro ecclesiali nel diritto del lavoro statale, tuttavia, non cancella il fatto che si tratti, e continui a

---

<sup>160</sup> P. HANAU – G. THÜSING, *Europarecht und kirchliches Arbeitsrecht*, cit., pp. 33 ss.; J. JOUSSEN, *Die Folgen der europäischen Diskriminierungsverbote für das kirchliche Arbeitsrecht*, cit., p. 38; G. THÜSING, *Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz*, cit., nota 480; P. BUDDE, *Kirchenaustritt als Kündigungsgrund? - Diskriminierung durch kirchliche Arbeitgeber vor dem Hintergrund der Antidiskriminierungsrichtlinie 2000/78/EG*, cit., p. 357.

<sup>161</sup> P. HANAU – G. THÜSING, *Europarecht und kirchliches Arbeitsrecht* cit., pp. 28 ss.; G. THÜSING, *Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz*, cit., note 473 ss.

<sup>162</sup> *Ibidem*, nota 480.

<sup>163</sup> BVerfGE, 66, 1 ss., in *NJW*, 1984, pp. 2401 ss.

<sup>164</sup> BVerfGE, 57, 220, *ivi*, 1991, pp. 1829 ss.

<sup>165</sup> BVerfGE 12, 1, *ivi*, 1961, pp. 211 ss.; BVerfGE, 42, 312, *ivi*, 1976, pp. 2123 ss.

<sup>166</sup> BAG, 6 dicembre 1977.

<sup>167</sup> BAG, 25 aprile 1989, in *ivi*, 1989, pp. 2284 ss.

<sup>168</sup> BVerfGE, 70, 138, *ivi*, 1986, pp. 367 ss.



trattarsi, di questioni proprie delle Chiese<sup>169</sup>. Per le controversie giudiziarie di lavoro, in cui da un lato vi sia il lavoratore, e dall'altra - come datore di lavoro - una Chiesa od una sua istituzione, certo è competente il tribunale civile<sup>170</sup>; ma le Corti statali, quantunque competenti, sono tenute a rispettare le disposizioni interne delle Chiese per regolare le proprie questioni, nei limiti della legge valevole per tutti<sup>171</sup>. Ciò vale per le Chiese riconosciute<sup>172</sup> e per le loro istituzioni, a prescindere dalla forma giuridica assunta<sup>173</sup>.

E poiché, ex art. 23 GG, la prevalenza del diritto europeo su quello interno è universale, non si ferma dinanzi agli artt. 140 GG / 137-III WRV; ciò significa che, nel concetto di «legge valevole per tutti», bisogna considerare anche le disposizioni europee<sup>174</sup>.

L'ampiezza del diritto d'autodeterminazione, con la determinazione dei requisiti di comportamento, pone la questione se, nell'ambito del § 9 AGG, le Chiese stesse - come secondo la normativa finora vigente - abbiano il diritto di valutare in che misura un lavoratore adempia ai suoi doveri<sup>175</sup>, o se le Corti statali possano valutare se si tratti di requisiti essenziali, legittimi e leciti<sup>176</sup>.

L'opinione dominante in dottrina è, anche in questo caso, a favore della prima prospettiva: restano decisive solo le misure stabilite

<sup>169</sup> BVerfGE, 53, 366, *ivi*, 1980, pp. 1895 ss.

<sup>170</sup> BAG, 11 marzo 1986, in NZA 1986, p. 685, ed in NJW, 1986, p. 2591.

<sup>171</sup> BVerfGE 70, 138, *cit.*

<sup>172</sup> BAG, 22 marzo 1995, in BAGE 79, 319, in NZA, 1995, p. 823, ed in NJW, 1996, p. 143.

<sup>173</sup> BVerfGE 46, 73, *ivi*, 1978, p. 581; BVerfGE 53, 366, *ivi*, 1980, p. 1895; BAG, 24 luglio 1991, in BAGE 68, 170, in NZA, 1991, p. 977.

<sup>174</sup> V. BAG, 5 marzo 1996, in NJW, 1996, p. 2529, ed in NZA, 1996, p. 751, ed in EuZW, 1996, p. 474; BAG, 2 aprile 1996, in NZA, 1996, p. 998.

<sup>175</sup> J.-H. BAUER - B. GÖPFERT - S. KRIEGER, *Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz. Kommentar*, *cit.*, note 14, 17; P. HANAU - G. THÜSING, *Europarecht und kirchliches Arbeitsrecht*, *cit.*, pp. 33 ss.; S. KAMANABROU, *Die arbeitsrechtlichen Vorschriften des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes*, *cit.*, pp. 327 ss.; H. REICHOLD, *Europa und das deutsche kirchliche Arbeitsrecht - Auswirkungen der Antidiskriminierungs-Richtlinie 2000/78/EG auf kirchliche Arbeitsverhältnisse*, *cit.*, p. 1059; R. RICHARDI, *Neues und Altes - Ein Ariadnefaden durch das Labyrinth des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes*, *cit.*, p. 885; M. SCHLACHTER, *Kommentierung zu §§ 2, 9 AGG*, *cit.*, nota 1; G. THÜSING, *Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz*, *cit.*, note 480 ss.; H.-J. WILLEMSSEN - U. SCHWEIBERT, *Schutz der Beschäftigten im Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz*, *cit.*, p. 2585; B. VOIGT, *Kommentierung zu § 9 AGG*, *cit.*, nota 39.

<sup>176</sup> H. SCHLIEMANN, *Europa und das deutsche kirchliche Arbeitsrecht - Kooperation oder Konfrontation?*, *cit.*, p. 411. V. anche P. BUDDE, *Kirchenaustritt als Kündigungsgrund? - Diskriminierung durch kirchliche Arbeitgeber vor dem Hintergrund der Antidiskriminierungsrichtlinie 2000/78/EG*, *cit.*, p. 359.





dalle Chiese, ovvero, per le Chiese evangeliche, le «Direttive sui requisiti dei lavoratori legati da un rapporto di lavoro di diritto privato con la Chiesa evangelica in Germania e con le sue Diaconie»<sup>177</sup>, e, per la Chiesa cattolica, il «Regolamento fondamentale per il servizio ecclesiale nell'ambito dei rapporti ecclesio-laburistici», approvato dalla sessione plenaria della Conferenza Episcopale tedesca (DBK) del 22 settembre 1993, ed entrato in vigore in ogni diocesi a partire dal 1 gennaio 1994 (in quella di Fulda, dal 1 gennaio 1995)<sup>178</sup>, la cui legittimità è stata espressamente riconosciuta dal BAG<sup>179</sup>.

Ciò è conseguenza della storia evolutiva della direttiva e del suo n. 24. Se le Corti statali fossero abilitate a decidere quali doveri di lealtà e di comportamento siano rilevanti per il legame lavorativo ecclesiale, il diritto ecclesiale all'autodeterminazione assumerebbe una valenza soprattutto teorica. Se giammai lo Stato, ma solo una religione potrà stabilire il proprio *ethos*<sup>180</sup>, allora, per la stessa ragione, solo una Chiesa potrà decidere quale comportamento del lavoratore sia in contrasto con questo *ethos*<sup>181</sup>.

*Last but non least*, è lo stesso § 9 AGG a fare espresso rinvio, a questo proposito, all'autodeterminazione delle Chiese, la sola a poter stabilire i criteri per decidere i requisiti lavorativi per i propri dipendenti, e quali requisiti siano essenziali<sup>182</sup>.

Questa libertà costituzionalmente garantita regola, da quasi un secolo, il rapporto fra Stato e Chiese in Germania, e l'AGG si inserisce in questa libertà, come concretizzata, in particolare, dalla sentenza del 4 giugno 1985 del BVerfG<sup>183</sup>: «È fondamentalmente demandato alle Chiese

---

<sup>177</sup> R. RICHARDI, *Neues und Altes – Ein Ariadnefaden durch das Labyrinth des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes*, cit., pp. 881 ss.; G. THÜSING, *Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz*, cit., nota 487.

<sup>178</sup> V. J.I. ARRIETA OCHOA DE CHINCHETRU, *Conferenze episcopali e vincolo di comunione*, in *Ius Eccl.*, 1989, pp. 3 ss.; G. GÄNSWEIN, *„I vescovi...sono autentici dottori e maestri della fede“*. Annotazioni sulla genesi e l'interpretazione del can. 753 CIC, *ivi*, 2002, pp. 135 ss.

<sup>179</sup> BAG, 16 settembre 1999, in NZA, 2000, pagg. 208 ss. V. H. REICHOLD, *Europa und das deutsche kirchliche Arbeitsrecht - Auswirkungen der Antidiskriminierungs-Richtlinie 2000/78/EG auf kirchliche Arbeitsverhältnisse*, cit., p. 1056.

<sup>180</sup> V. M. TEDESCHI, *L'ermeneutica fidei*, in *Filosofia dei diritti umani*, I, 2, 1999, pp. 48 ss.; J. RATZINGER, *Teologia e governo della Chiesa*, in *Communio*, 1980, pp. 60 ss.

<sup>181</sup> P. HANAU – G. THÜSING, *Europarecht und kirchliches Arbeitsrecht*, cit., pp. 33 ss.

<sup>182</sup> S. KAMANABROU, *Die arbeitsrechtlichen Vorschriften des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes*, cit., pp. 327 ss.; M. SCHLACHTER, *Kommentierung zu §§ 2, 9 AGG*, cit., nota 1.

<sup>183</sup> V. BVerfG, 4 giugno 1985 – 2 BvR 1703/83, in BVerfGE, 70, 138; BVerfGE 57, 220; BVerfGE 53, 366; BVerfGE 46, 73.



costituite di stabilire in modo vincolante cosa «richiedano la dottrina di fede della Chiesa e la sua predicazione richiedano», quali siano «i doveri specifici degli appartenenti alla Chiesa», cosa significhi «conformità» ad essi, quali siano i «principi fondamentali della fede e della morale», e cosa sia contrario a tutto ciò”.

Ciò significa che una Corte statale non potrà valutare cosa significhi *sentire cum Ecclesia*; l'autonomia ed i conseguenti precetti, perciò, trovano il loro confine nei principi fondamentali dell'ordinamento giuridico, come il divieto d'agire secondo arbitrio, della tutela della buona fede e dell'*ordre public* (ivi).

Il § 9 AGG non concede solo il permesso di differenziare secondo la religione del lavoratore, ma anche quello di differenziare a causa della religione del lavoratore. In altre parole: la posizione particolare della Chiesa non si riferisce solo ad una discriminazione basata sulla religione, ma si basa sulla religione della Chiesa, che può trovarsi in conflitto anche con un comportamento non religioso del lavoratore.

In particolare, il concetto di «religione o *Weltanschauung*», nell'elenco del § 1, tocca sì soprattutto le Chiese e le loro istituzioni, ma anche le associazioni confessionali non direttamente dirette dalle Chiese, come pure le persone fisiche confessionalmente orientate.

Questo diritto all'autodeterminazione, però, non è illimitato: già il BAG si è recentemente pronunciato più volte contro le discriminazioni indirette basate sul sesso, e costituite da una differenza di salario<sup>184</sup>.

I principi del diritto comunitario, qui, sono il divieto di discriminazione, *ex art.* 141 del Trattato, come pure la direttiva 2002/73, che il legislatore nazionale ha recepito con l'AGG, abrogando al contempo il § 612-III BGB, che, in precedenza, aveva stabilito il diritto alla parità retributiva di uomini e donne.

Poiché nel diritto ecclesio-laburistico non vi sono particolari norme sull'applicazione del principio di parità salariale, l'obbligo all'eguale retribuzione d'un lavoro uguale o equiparabile, a prescindere dal sesso del lavoratore, non rientra nell'essenza della prestazione di servizio ecclesiastica, né nella particolarità del lavoro ecclesiale<sup>185</sup>.

La stessa cosa vale per il divieto di discriminazione basato su razza od origine etnica (art. 1 della direttiva 2000/43/CE, in correlazione con il § 1 AGG). L'obbligo di parità di trattamento in riferimento a questa caratteristica, parimenti, non è in contrasto con

---

<sup>184</sup> BAG, 26 gennaio 2005, in *NZA*, 2005, pp. 1059 ss.; BAG, 8 giugno 2005, *ivi*, 2006, pp. 611 ss.

<sup>185</sup> P. HANAU – G. THÜSING, *Europarecht und kirchliches Arbeitsrecht*, *cit.*, pp. 60 ss.



l'essenza del servizio ecclesiale o con le particolarità del diritto ecclesio-laburistico.

Secondo il diritto vigente, le Chiese possono – come, *ad ex.*, anche i partiti politici rispetto ai loro componenti – ricorrere preferibilmente ad aspiranti della loro confessione per l'assunzione dei loro dipendenti. Se, *ad ex.*, una parrocchia<sup>186</sup> assumesse un organista d'una differente confessione religiosa – sia pure solo in mancanza d'un aspirante della stessa confessione -, ciò potrebbe essere un indizio del fatto che l'appartenenza alla medesima comunità religiosa non sia, in questo caso, un requisito lavorativo giustificato? La garanzia costituzionale del diritto all'autonomia delle Chiese, però, comprende anche il potere di decidere autonomamente l'assunzione delle persone, a prescindere dal tipo d'attività o dalle circostanze del suo esercizio. Le istituzioni ecclesiastiche possono far dipendere la conclusione d'un contratto di lavoro dal fatto che i candidati appartengano alla loro medesima Chiesa.

Secondo l'attuale giurisprudenza del *BVerfG*<sup>187</sup>, peraltro, la decisione su quali obblighi fondamentali possano essere significativi come presupposto per il rapporto di lavoro rientra nell'autonomia delle Chiese. Esse stabiliscono perciò se, *ad ex.*, l'appartenenza a quella religione sia un requisito professionale essenziale per un'attività di segretariato. Lo Stato riconosce che le Chiese non debbano far dipendere la validità dei loro precetti di fede ed etici da una determinata funzione.

Nel § 9-1 viene fatto cenno al fatto che, accanto alle Chiese ed alle società religiose ed associazioni filosofiche, anche le istituzioni loro correlate, a prescindere dalla forma giuridica, o le associazioni che abbiano come scopo l'esercizio comunitario d'una religione o *Weltanschauung*, possano fare trattamenti differenziati. Al tempo stesso, di queste istituzioni correlate né nel comma 1, né nel comma 2 viene fatto un esempio. Ciò non è conforme alle altrimenti usuali formulazioni della legge<sup>188</sup>.

Nel § 11, infatti, si dice che un posto di lavoro non può venir offerto in violazione del § 7. È da verificare se questo rinvio al § 7 sia sufficiente, oppure se sia necessario un espresso richiamo ai §§ 8-10, che lasciano invariata la possibilità, per le Chiese, d'indicare *expressis verbis*,

---

<sup>186</sup> Sull'evoluzione subita da questo concetto, v. M.G. BELGIORNO DE STEFANO, *La parrocchia prima e dopo il Concilio Vaticano II*, in *Studi in onore di P.A. D'Avack*, I, Giuffrè, Milano, 1976, pp. 206 ss.

<sup>187</sup> *BVerfGE* 70, 138 ss.

<sup>188</sup> V. § 118-2 *BetrVG*; § 112 *BPersVG*; § 1-IV-2 *MitbestG*.



nell'annuncio con l'offerta di lavoro, il requisito della religione d'appartenenza dei candidabili.

Numerose associazioni confessionali, associazioni professionali, istituzioni, mezzi di comunicazione di massa, *etc.*, che non sono tuttavia riconducibili *stricto sensu* alle Chiese, ma che comunque ricadono, similmente alle istituzioni con scopi politici, nel § 118-I *BetrVG*, si trovano in una situazione simile a quella delle Chiese e delle loro istituzioni. Per poter conservare il loro carattere confessionale e l'orientamento religioso della loro attività, queste persone giuridiche confessionalmente orientate privilegiano, per l'assunzione di collaboratori, persone che appartengano alla medesima Chiesa, senza che, di norma, il personale sia confessionalmente omogeneo. Lo stesso vale per l'ammissione di nuovi aderenti. È da chiarire che questa prassi continua ad essere lecita anche sotto il nuovo sistema.

Vi sono, poi, alcune cose da chiarire anche riguardo ai risvolti ecclesio-laburistici del § 20. È poco chiaro, infatti, se questo paragrafo si riferisca solo agli ambiti indicati dal § 2-I-5/8, dal che dipende se anche l'ammissione in associazioni confessionalmente orientate sia previsto dalla legge o meno. Ciò vale anche per l'ammissione di soci nelle banche cooperative ecclesiastiche.

Parimenti, non si trova né nel testo del § 20-I-1, né nelle relative motivazioni, una delimitazione sufficientemente chiara dei negozi di massa che non rientrino nella legge. La portata per le Chiese dell'AGG, però, dipende sostanzialmente anche dalla risposta a questa domanda: l'affitto o la vendita d'un'abitazione da parte d'una società immobiliare ecclesiale è un negozio di massa?

In Germania, infatti, le società immobiliari ecclesiali affittano e vendono spesso i loro appartamenti preferibilmente a giovani famiglie, meglio se con figli, d'appartenenti alla medesima confessione religiosa. Si tratta d'un negozio di massa, se la parrocchia affitta un proprio appartamento, o se ne possedesse tre, oppure lo diventerebbe se la parrocchia ne possedesse quattro, o sei, o dieci? Si trovano nell'incertezza, inoltre, anche le istituzioni sociali delle Chiese, le fondazioni per l'infanzia, i pensionati studenteschi, le istituzioni formative delle Chiese, come i giardini d'infanzia e le scuole: nelle scuole ecclesiastiche, *ad ex.*, vengono di norma presi bambini appartenenti alla medesima fede religiosa, quantunque la prassi possa essere completamente differente da *Land* a *Land*, e da scuola a scuola.

Resta dubbio, infine, che una «preferenza» per appartenenti alla propria comunità religiosa, *ex* § 20-I, n. 4 possa venir legittimamente sostenuta nel caso di appalti da parte d'una parrocchia o dell'affitto



d'appartamenti da parte d'impresedili ecclesiastiche (in questo caso, evidentemente, si tratta di negozi di massa).