

LA DISCIPLINA DEI DATI GENETICI NELLE FONTI GIUSLAVORISTICHE SOVRANAZIONALI: UNA QUESTIONE DI DIRITTO ANTIDISCRIMINATORIO?

di Matteo Borzaga

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La regolamentazione dei dati genetici nel diritto internazionale del lavoro. – 3. (Segue) La Convenzione OIL n. 111 del 1958 e la sua interpretazione evolutiva: è necessario proteggere i lavoratori dalle discriminazioni genetiche? – 4. Le altre fonti sovranazionali ed il loro approccio al tema della disciplina dei dati genetici. – 5. Riflessioni conclusive.

1. Premessa

Il dibattito giuridico concernente i dati genetici, fattosi sempre più ampio nel corso degli ultimi anni, non poteva non coinvolgere anche il diritto del lavoro. Peraltro, soprattutto se si pensa a qual è stato l'interesse dei giuslavoristi per la materia, strutturalmente assai vicina, della tutela della riservatezza dei lavoratori, ci si rende conto di come, su quel versante, l'approfondimento sia stato assai più significativo. Ciò è dovuto al fatto che, anche nel diritto del lavoro, così come in molte altre discipline, il tema dei dati genetici è di assai più recente emersione rispetto a quello della riservatezza: non a caso, del resto, il secondo ha conosciuto una regolamentazione legale che, pur essendosi affinata in tempi recenti, affonda le proprie radici in un passato oramai piuttosto lontano (e, più in particolare, nella l. 20 maggio 1970, n. 300, c.d. Statuto dei Lavoratori), mentre il primo non è stato fino ad oggi oggetto di alcuno specifico provvedimento normativo.

Ne discende che quella dei dati genetici costituisce, per il giuslavorista, una tematica di frontiera, ovvero attiene, più che agli assetti attuali della materia, al suo futuro sviluppo. Si tratta cioè di una tematica al tempo stesso interessante e delicata, nel senso che apre spazi di riflessione nuovi e che tali spazi di riflessione non possono tuttavia fondarsi né su un sostrato *lato sensu* normativo (legislativo o contrattuale collettivo), né su una più o meno consolidata interpretazione di dottrina e

giurisprudenza. Ciò non esclude che, come si vedrà, la questione dei dati genetici possa essere in qualche modo ricondotta alle categorie classiche del diritto del lavoro; anzi, per tutta una serie di ragioni, i pochi studiosi che si sono occupati di essa tendono ad andare proprio in questa direzione, nel perseguimento del fine ultimo della materia, quello relativo alla tutela del lavoratore e della sua posizione di contraente debole.

Le osservazioni che si sono fatte sin qui attengono, a ben vedere, sia al diritto nazionale che al diritto sovranazionale del lavoro. Per quanto riguarda quest'ultimo, che sarà oggetto del presente contributo¹, tali osservazioni si rivelano particolarmente calzanti, in quanto né nell'ambito delle Convenzioni e Raccomandazioni adottate in sede OIL², né nel quadro degli atti normativi emanati da altre organizzazioni sovranazionali il rapporto tra diritto del lavoro e dati genetici è stato fino ad ora oggetto della necessaria attenzione regolativa.

L'assenza di atti normativi specifici, a livello sovranazionale, sulla tematica in esame non toglie che a tale livello sussistano comunque alcune fonti che, pur prive di carattere cogente, si occupano di essa da varie angolazioni. Sebbene si tratti, come si accennava, di atti c.d. di *soft law*, che dunque hanno come obiettivo quello di fornire linee guida agli Stati membri delle relative organizzazioni, si ritiene opportuno prenderli in esame nel dettaglio. Ciò per il fatto che essi da un lato costituiscono al momento l'unico apparato di regole esistente sul punto nel panorama sovranazionale e dall'altro danno significativamente il senso di come talune organizzazioni internazionali considerino il rapporto tra dati genetici e diritto del lavoro. Un'analisi dettagliata di tali fonti consente cioè, a giudizio di chi scrive, non soltanto di chiarire quale sia, oggi, l'atteggiamento delle citate organizzazioni in proposito, ma anche (e forse soprattutto) di capire quali potrebbero essere, in futuro, i contenuti di eventuali atti normativi che si proponano di regolamentare la materia in termini cogenti.

Per le ragioni che si sono descritte sin qui, nelle pagine che seguono si analizzerà, anzitutto, il ruolo dei dati genetici nel diritto internazionale del lavoro. Su questo punto si porrà in luce come, sebbene l'OIL abbia iniziato ad occuparsi della questione soltanto in anni molto recenti,

¹ Per una panoramica sul diritto del lavoro nazionale si rinvia invece al saggio di A. TROISI contenuto in questo stesso volume.

² Organizzazione Internazionale del Lavoro.

essa non soltanto sia stata oggetto di attenzione nel quadro degli atti di *soft law* cui si è già accennato in precedenza, ma sia altresì stata ricondotta dall'Organizzazione all'ambito di applicazione di una disciplina *stricto sensu* normativa qual è quella del diritto antidiscriminatorio. Una presa di posizione, quest'ultima, particolarmente significativa, della quale si ritiene dunque di dover dare conto nel dettaglio.

L'attenzione si sposterà, in seconda battuta, sul contributo offerto alla disciplina del rapporto tra dati genetici e diritto del lavoro dalle altre organizzazioni sovranazionali, soprattutto al fine di capire se esse, nell'occuparsi della questione, si allineino, o meno, alle posizioni espresse dall'OIL. In proposito, si prenderanno in esame i documenti elaborati da UNESCO³, Comitato Economico e Sociale dell'ONU⁴, OMS⁵, Consiglio d'Europa ed, infine, Unione Europea.

2. *La regolamentazione dei dati genetici nel diritto internazionale del lavoro*

Se si guarda, in primo luogo, a qual è stato l'atteggiamento del diritto internazionale del lavoro nei confronti della tematica dei dati genetici ci si avvede immediatamente di come esso, lo si accennava in premessa, denoti in modo piuttosto chiaro la solo recente emersione del fenomeno e, soprattutto, dell'interesse dell'ordinamento giuslavoristico (anche sovranazionale) nei confronti di esso. Sul punto mancano, del resto, fonti normative vere e proprie che si occupino di regolamentarlo: la Conferenza Internazionale del Lavoro, organo assembleare dell'OIL, non è infatti mai intervenuta, fino ad oggi, con l'adozione di una specifica Convenzione⁶ in tema di dati genetici.

³ Organizzazione delle Nazioni Unite per l'Educazione, la Scienza e la Cultura.

⁴ Organizzazione delle Nazioni Unite.

⁵ Organizzazione Mondiale della Sanità.

⁶ La Convenzione costituisce, nel contesto istituzionale dell'OIL, lo strumento regolativo per eccellenza. Del resto – e se si esclude il Trattato istitutivo dell'Organizzazione (c.d. Costituzione dell'OIL) – tale strumento rappresenta l'unica fonte propriamente di *hard law*, e dunque giuridicamente vincolante, che l'Organizzazione stessa ha a disposizione. Si cfr., in proposito, quanto stabilito dall'art. 19 della Costituzione dell'OIL (disponibile, in lingua inglese e francese, al sito web www.ilo.org), nonché, in dottrina, J.-M. SERVAIS, *International Labour Law*, Alphen aan den Rijn (The Netherlands), 2009, 68 ss. e N. VALTICOS e G. VON POTOBNSKY, *International Labour Law*, Deventer (The Netherlands), 1995, 49 ss.

In realtà, se è vero che la tematica del rapporto tra dati genetici e diritto del lavoro è divenuta oggetto di interesse per l'Organizzazione soltanto negli ultimi anni, è peraltro altrettanto vero che le ragioni della mancata adozione di una Convenzione in proposito sono probabilmente legate anche alle difficoltà di funzionamento che l'Organizzazione stessa sta incontrando da almeno un trentennio a questa parte e che hanno fortemente depotenziato la sua capacità regolativa⁷. Ci si riferisce in particolare al fatto che, a partire dagli anni Settanta del secolo scorso, i processi di decolonizzazione prima e la globalizzazione economica poi⁸ hanno rallentato di molto l'attività normativa dell'OIL, avendo come effetto una significativa decrescita del numero di Convenzioni approvate da ciascuna sessione della Conferenza Internazionale del Lavoro⁹.

Del resto, le modificazioni avvenute nel quadro della *membership* dell'Organizzazione, composta oramai in modo preponderante da Paesi emergenti, e le tensioni tra questi ultimi e le democrazie industriali in merito a quale debba essere l'oggetto delle (future) Convenzioni in materia di lavoro, hanno spesso impedito il raggiungimento – in seno all'organo assembleare dell'Organizzazione stessa – della maggioranza necessaria alla loro adozione, ovvero quella dei due terzi dei delegati¹⁰.

A ben vedere, la materia del rapporto tra dati genetici e diritto del lavoro si colloca perfettamente nel contesto appena descritto, soprattutto per il fatto che la sensibilità nei confronti di essa è senza dubbio propria anzitutto (se non esclusivamente) dei Paesi sviluppati, mentre non sembra trovare terreno fertile nell'ambito di quelli emergenti. Questi ultimi, come forse ovvio, sono del resto assai più impegnati a trovare soluzione a problemi diversi, qual è ad esempio quello della lotta contro l'*informal economy* e il lavoro nero, tipici di ordinamenti giuridici ancora in formazione, non assestati, e per questo privi di sistemi di ispe-

⁷ Su tali questioni si v., soprattutto, B. HEPPLÉ, *Labour Laws and Global Trade*, Oxford and Portland (Oregon), 2005, 35 ss.

⁸ In merito ad entrambi i citati fenomeni sia consentito rinviare a M. BORZAGA, *Core Labour Standards (Diritto Internazionale del Lavoro)*, in M. PEDRAZZOLI (ordinato da), *Lessico Giuslavoristico*, 3, *Diritto del lavoro dell'Unione europea e del mondo globalizzato*, Bologna, 2011, 62 ss.

⁹ Che si riunisce di norma una volta all'anno, per circa tre settimane, tra la fine di maggio e la prima metà di giugno.

¹⁰ I quali, come forse noto, rappresentano, nelle logica di tripartitismo che permea di sé l'OIL, sia i Governi che le organizzazioni sindacali (dei datori e dei prestatori di lavoro) dei Paesi membri. Per approfondimenti si cfr., ad es., N. VALTICOS e G. VON POTOBOSKY, *International Labour Law*, cit., 40 s.

zione sul lavoro in grado di consentire la corretta implementazione delle norme giuslavoristiche, adottate sia sul piano internazionale che su quello nazionale¹¹.

La descritta situazione ha indotto l'OIL, specie in anni recenti, a concentrare la propria attenzione sugli aspetti fondamentali del diritto internazionale del lavoro, al fine di favorire quanto meno l'applicazione di questi in tutti gli Stati membri: a tal fine l'Organizzazione ha adottato, rispettivamente nel 1998 e nel 2008, due Dichiarazioni, l'una concernente i c.d. *core labour standards*¹², e l'altra la *decent work agenda*¹³. Documenti di *soft law* che, pur tecnicamente molto diversi, hanno il comune obiettivo di tenere maggiormente in considerazione le esigenze dei Paesi emergenti e, allo stesso tempo, di ottenere universalmente il rispetto di taluni diritti fondamentali dei lavoratori¹⁴.

E' dunque evidente come, nel quadro istituzionale che si è descritto, gli spazi per una Convenzione OIL in materia di dati genetici – come si accennava ritenuta sensibile soprattutto (se non unicamente) negli ordinamenti giuridici per così dire maturi – siano piuttosto ristretti. Ne sono prova, a giudizio di chi scrive, le accese discussioni che si sono avute in recenti sessioni del Consiglio di Amministrazione dell'OIL in merito all'ipotesi di porre all'ordine del giorno della Conferenza Internazionale del Lavoro tematiche alle quali erano interessati i soli Paesi

¹¹ Sulle diverse esigenze dei Paesi sviluppati e di quelli emergenti, seppur con riguardo alla questione particolare del lavoro infantile (e dell'opportunità o meno di vietarlo) sia consentito rinviare a M. BORZAGA, *Limiting the Minimum Age: Convention 138 and the Origins of the ILO's Action in the Field of Child Labour*, in G. NESI, L. NOGLER e M. PERTILE, *Child Labour in a Globalized World. A Legal Analysis fo ILO Action*, Aldershot, 2008, 53 ss.; cfr. altresì, più in generale, A. SEN, *Works and rights*, in *International Labour Review*, 2000, 2 (Vol. 139), 119 ss. e B. HEPPLÉ, *Labour Laws and Global Trade*, cit., 35 ss.

¹² Si tratta della Dichiarazione dell'OIL sui principi e i diritti fondamentali nel lavoro e i suoi seguiti, adottata a Ginevra dalla Ottantaseiesima Sessione della Conferenza Internazionale del Lavoro il 18 giugno 1998, disponibile al sito web www.ilo.org. Per un approfondimento dei contenuti di tale Dichiarazione si rinvia a F. MAUPAIN, *Revitalisation not Retreat: The Real Potential of the 1998 ILO Declaration for the Universal Protection of Human Rights*, in *European Journal of International Law*, 2005, 3 (Vol. 16), 439 ss.

¹³ Ci si riferisce alla Dichiarazione dell'OIL sulla giustizia sociale per una globalizzazione giusta, adottata a Ginevra dalla Novantasettesima Sessione della Conferenza Internazionale del Lavoro il 10 giugno 2008, consultabile al sito web www.ilo.org. Sui contenuti di tale Dichiarazione si v., soprattutto, F. MAUPAIN, *New Foundation or New Façade? The ILO and the 2008 Declaration on Social Justice for a Fair Globalisation*, in *European Journal of International Law*, 2009, 3 (Vol. 20), 823 ss.

¹⁴ Cfr., su questo punto, B. HEPPLÉ, *Labour Laws and Global Trade*, cit., 56 ss.

sviluppati: discussioni che hanno visto formarsi una netta opposizione in seno ai Paesi emergenti ed all'esito delle quali le tematiche proposte, care a quelli sviluppati, sono state accantonate¹⁵.

La circostanza che non sussista (e che probabilmente non verrà elaborata neppure in futuro) una Convenzione OIL sul rapporto tra dati genetici e diritto del lavoro non toglie, peraltro, che esso sia stato comunque oggetto di attenzione da parte dell'Organizzazione.

Ciò è avvenuto anzitutto nei termini più blandi, cui già si faceva riferimento in Premessa, degli atti di *soft law*. Atti, cioè, privi di efficacia cogente sotto il profilo normativo e che tuttavia hanno rilievo, a giudizio di chi scrive, per il fatto che, nell'offrire agli Stati membri linee guida, svelano quale sia la posizione dell'OIL sulla tematica di volta in volta presa in considerazione.

Una posizione che, per quanto attiene ai dati genetici, ha assunto un rilievo del tutto particolare, consentendo in secondo luogo all'Organizzazione di ricondurre, seppur solo sotto il profilo per così dire interpretativo, la relativa questione all'ambito di applicazione di strumenti regolativi di *hard law* già esistenti e di portata più generale, per non dire fondamentale.

Se di quest'ultimo aspetto si parlerà nel dettaglio nel prossimo paragrafo, per quanto invece riguarda gli atti di *soft law* che si sono occupati in modo specifico del rapporto tra dati genetici e diritto del lavoro va rilevato, in primo luogo, come la suddetta tematica non sia stata disciplinata in una o più Raccomandazioni OIL¹⁶ – atti di *soft law* per eccellenza dell'Organizzazione –, nemmeno nella forma particolare delle c.d. Raccomandazioni anticipatorie o sostitutive¹⁷. Essa, al contrario, è

¹⁵ Si fa riferimento, in particolare, alle proposte regolative in tema di *flexicurity* avanzate dall'Ufficio Internazionale del Lavoro al Consiglio di Amministrazione nel corso della sua Trecentoseiesima Sessione e rigettate da quest'ultimo, soprattutto a causa della netta opposizione dei Paesi emergenti.

¹⁶ Lo strumento della Raccomandazione è disciplinato, insieme a quello della Convenzione, nell'art. 19 della Costituzione dell'Organizzazione. Normalmente la Raccomandazione ha natura accompagnatoria, viene cioè approvata insieme ad una Convenzione, che per l'appunto accompagna, al fine di fornire agli Stati membri linee guida su come implementare al meglio la Convenzione stessa. Sul punto cfr. N. VALTICOS e G. VON POTOBOSKY, *International Labour Law*, cit., 49 ss.

¹⁷ Quelle cioè che vengono adottate laddove non si riesca a trovare l'accordo per l'adozione di una Convenzione, circostanza che è divenuta sempre più frequente, specie negli ultimi decenni. Si tratta, a ben vedere, di uno strumento che l'OIL ha escogitato al fine di trovare una risposta più flessibile (non vincolante) rispetto a tematiche sulla re-

stata presa in considerazione da due “fonti”, pur sempre di *soft law*, ma di natura diversa: ci si riferisce, in particolare, al *Code of Practice* sulla «protezione dei dati personale del lavoratore», risalente al 1997¹⁸, ed ai c.d. Rapporti Globali (*Global Reports*) del Direttore Generale dell’Ufficio Internazionale del Lavoro, elaborati nel quadro della Dichiarazione OIL «sui principi e diritti fondamentali nel lavoro e i suoi seguiti» (c.d. Dichiarazione di Ginevra), adottata dalla Conferenza Internazionale del Lavoro il 18 giugno 1998¹⁹.

Si tratta a ben vedere di “fonti” che, come si diceva in precedenza, consentono di comprendere quale sia la posizione dell’Organizzazione in merito alla questione esaminata e dunque sono, per questa ragione, senza dubbio rilevanti. In proposito, va infatti evidenziato che entrambi i documenti citati considerano il possibile utilizzo dei dati genetici del lavoratore da parte del datore di lavoro come tendenzialmente pericoloso, esprimendo in particolare una forte preoccupazione per il potenziale discriminatorio connesso a tale utilizzo.

Se si entra più nel dettaglio di quanto stabilito da ciascuno di essi, emerge anzitutto come il *Code of Practice* affermi, in generale, che i dati personali del lavoratore non possono essere in alcun modo trattati e conservati dal datore di lavoro a fini discriminatori²⁰. Nella medesima prospettiva antidiscriminatoria, il codice dedica, poi, una specifica norma al trattamento dei dati genetici, auspicando che lo svolgimento di *screening* genetici sui lavoratori sia vietato o limitato a casi specifici, autorizzati espressamente dalla legislazione nazionale²¹.

Per quanto riguarda, invece, i *Global Reports* del Direttore Generale dell’Ufficio Internazionale del Lavoro, vale la pena, prima di entrare nel merito del loro contenuto relativamente alla tematica che si sta qui esaminando, considerarne brevemente l’origine e le caratteristiche es-

golamentazione delle quali mancava unità di vedute e d’intenti tra gli Stati membri. Si v., su questo punto, J.-M. SERVAIS, *International Labour Law*, cit., 94 ss.

¹⁸ Si tratta dell’ILO *Code of Practice* on «Protection of Workers’ Personal Data», elaborato dall’Ufficio Internazionale del Lavoro e consultabile al sito web www.ilo.org.

¹⁹ E soprattutto della sua seconda parte: v., *infra*, quanto si dirà nelle pagine seguenti.

²⁰ Si v., in generale, gli artt. 6 e 8 del citato *Code of Practice*.

²¹ E’ quanto stabilito, in particolare, dall’art. 6, co. 12 del *Code of Practice*, a mente del quale «genetic screening should be prohibited or limited to cases explicitly authorized by national legislation». Per qualche ulteriore approfondimento in proposito si v. A. TROISI, *Sulla tutela dell’identità genetica del lavoratore*, in *Giornale di Diritto del Lavoro e di Relazioni Industriali*, 2008, 1 (Vol. 117), 57.

senziali. Come già si è messo in luce poco sopra, tali Rapporti Globali vengono adottati nell'ambito della c.d. Dichiarazione di Ginevra del 1998, la quale costituisce la prima (e forse, fino ad oggi, la più efficace) risposta dell'OIL alla crisi che l'ha colpita dagli ultimi trent'anni a questa parte²². Si tratta di un documento suddiviso in due parti, l'una di carattere sostanziale, l'altra di natura procedurale.

La prima impegna gli Stati membri dell'Organizzazione a rispettare, promuovere e realizzare i diritti fondamentali che la medesima Dichiarazione sancisce²³. Diritti fondamentali che sono disciplinati in specifiche Convenzioni OIL, ma che i suddetti Stati membri sono chiamati ad implementare a prescindere dalla formale ratifica di queste ultime, in quanto il punto 2 della Dichiarazione afferma espressamente che il relativo obbligo discende dal semplice fatto dell'appartenenza all'Organizzazione²⁴. La circostanza che la disposizione in esame metta in relazione, in termini tanto stretti, diritti fondamentali solennemente proclamati e Convenzioni OIL che li regolamentano finisce in realtà con il determinare uno snaturamento della Dichiarazione di Ginevra nel suo complesso, che da atto dichiaratamente di *soft law* pare invece essersi surrettiziamente trasformata in uno strumento vincolante, sotto il profilo giuridico, nei confronti degli Stati membri²⁵.

Sebbene tale snaturamento sia stato criticato in termini anche molto aspri da una parte della dottrina internazionalistica²⁶, è evidente come l'intento perseguito dalla Conferenza Internazionale del Lavoro nell'adottare la Dichiarazione di Ginevra del 1998 fosse quello di assecondare il più efficacemente possibile l'implementazione universale di

²² Cfr., su questo punto, F. MAUPAIN, *Revitalisation not Retreat: The Real Potential of the 1998 ILO Declaration for the Universal Protection of Human Rights*, cit., 439 ss.

²³ Ci si riferisce, in particolare, ai primi cinque punti della Dichiarazione di Ginevra del 1998.

²⁴ Il punto 2 della Dichiarazione di Ginevra del 1998 stabilisce infatti che «tutti i membri, anche qualora non abbiano ratificato le Convenzioni in questione, hanno un obbligo, dovuto proprio alla loro appartenenza all'Organizzazione, di rispettare, promuovere e realizzare, in buona fede e conformemente alla Costituzione, i principi riguardanti i diritti fondamentali che sono oggetto di tali Convenzioni».

²⁵ Su tali questioni sia consentito rinviare a M. BORZAGA, *Core Labour Standards (Diritto Internazionale del Lavoro)*, cit., 65 ss.

²⁶ Uno degli autori più critici è stato senza dubbio P. ALSTON, "Core Labour Standards" and the Transformation of the International Labour Regime, in *European Journal of International Law*, 2004, 3 (Vol. 15), 457 ss. e ID., *Facing Up to the Complexities of the ILO's Core Labour Standards Agenda*, *ivi*, 2005, 3 (Vol. 16), 467 ss., spec. 474 ss.

almeno taluni degli standard che l'OIL aveva elaborato nel corso della propria storia, quelli, per l'appunto, che potevano (e possono) ritenersi fondamentali. In tal modo, l'Organizzazione ha tentato di rispondere in maniera efficace alla crisi che la stava attraversando, riposizionandosi rispetto al contesto internazionale e dando maggiore centralità, nell'ambito della propria *membership*, alle esigenze ed alle istanze dei Paesi emergenti²⁷. Del resto, di fronte al gran numero di Convenzioni in vigore ed alle oggettive difficoltà di elaborarne di nuove che fossero in grado di tenere conto delle peculiarità di ordinamenti estremamente diversi eppure facenti tutti parte della medesima Organizzazione internazionale, la strada di selezionare, tra quelle esistenti, le Convenzioni ed i principi ritenuti irrinunciabili era parsa quella più agevolmente percorribile, anche allo scopo di indicare ai Paesi emergenti sull'implementazione nazionale di quali standard essi dovessero concentrare la propria attenzione²⁸.

Ebbene, la necessità di tenere conto delle diverse esigenze che si sono appena descritte – tra cui spiccava quella di individuare standard irrinunciabili ed allo stesso tempo redatti in modo sufficientemente programmatico da consentirne il rispetto, seppur magari progressivo, anche da parte dei Paesi emergenti – ha indotto la Conferenza Internazionale del Lavoro a far cadere la scelta su quelli indicati nel medesimo punto 2 della Dichiarazione di Ginevra: libertà di associazione e riconoscimento del diritto di contrattazione collettiva; eliminazione di ogni forma di lavoro forzato o obbligatorio; abolizione effettiva del lavoro infantile; eliminazione di ogni forma di discriminazione in materia di impiego e professione²⁹.

Si tratta di principi fondamentali disciplinati da specifiche Convenzioni OIL, che peraltro il punto 2 della Dichiarazione di Ginevra si esime dal richiamare nel dettaglio, ad evidenti fini di flessibilità³⁰. Così,

²⁷ Si cfr., in proposito, L. SWEPSTON, *The Contribution of the ILO Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work to the Elimination of Child Labour*, in G. NESI, L. NOGLER e M. PERTILE, *Child Labour in a Globalized World. A Legal Analysis of ILO Action*, cit., 65 ss.

²⁸ V., su questo punto, M. BORZAGA, *Core Labour Standards (Diritto Internazionale del Lavoro)*, cit., 62 ss.

²⁹ In merito ai suddetti standard si v., a titolo di esempio, F. MAUPAIN, *Revitalisation not Retreat: The Real Potential of the 1998 ILO Declaration for the Universal Protection of Human Rights*, cit., 447 ss.

³⁰ Limitandosi ad utilizzare espressioni generiche quali «Convenzioni riconosciute come fondamentali» (punto 1) o «Convenzioni in questione» (punto 2).

tale richiamo è stato effettuato soltanto dopo l'adozione della Dichiarazione stessa, ad opera del Consiglio di Amministrazione, che ha ricollegato a ciascuno dei principi solennemente proclamati dalla Conferenza Internazionale del Lavoro due Convenzioni³¹.

Ciò detto in riferimento alla parte sostanziale della Dichiarazione di Ginevra del 1998 e venendo dunque, a questo punto, alla parte procedurale della stessa, si rileva come essa si sostanzia nella previsione di un *follow-up* di cui i Rapporti Globali costituiscono, insieme ad una procedura annuale relativa alle Convenzioni fondamentali non ratificate, l'asse per così dire portante³². Mentre tuttavia la seconda concerne solo ed unicamente gli Stati membri che non hanno ratificato (una, o più, o tutte) le otto Convenzioni fondamentali ed è intesa a verificare gli sforzi ed i passi avanti compiuti da tali Stati per quanto attiene all'implementazione dei principi contenuti in dette Convenzioni, i primi hanno una portata più generale, nel senso che sono chiamati, sotto la responsabilità del Direttore Generale dell'Ufficio Internazionale del Lavoro, a «fornire un quadro globale dinamico relativamente ad ogni categoria di principi e diritti fondamentali osservati durante il precedente periodo di quattro anni e servire quale base per valutare l'efficacia dell'assistenza concessa dall'Organizzazione e per determinare le priorità per il periodo successivo, sotto forma di piani di azione per la cooperazione tecnica (...)»³³. In altri termini, i *Global Reports* riguardano, ogni anno, un diverso diritto fondamentale (*core labour standard*) del quale ciascuno di essi indaga lo stato di implementazione nazionale in tutti i Paesi membri dell'Organizzazione, sia cioè in quelli che hanno ratificato le relative Convenzioni, sia in quelli che invece non lo hanno fatto.

³¹ Le Convenzioni n. 87 del 1948 e n. 98 del 1949 per quanto riguarda lo standard della libertà di associazione e del riconoscimento del diritto di contrattazione collettiva; le Convenzioni n. 29 del 1930 e n. 105 del 1957 con riferimento allo standard dell'eliminazione di ogni forma di lavoro forzato o obbligatorio; le Convenzioni n. 138 del 1973 e n. 182 del 1999 in merito allo standard dell'abolizione effettiva del lavoro infantile; le Convenzioni n. 100 del 1951 e n. 111 del 1958 relativamente allo standard dell'eliminazione di ogni forma di discriminazione in materia di impiego e professione.

³² Si v., in proposito, i paragrafi II e III dell'Allegato alla Dichiarazione di Ginevra del 1998, che costituisce, come si diceva, la seconda parte (procedurale) della Dichiarazione stessa.

³³ Come stabilito, in particolare, dal punto 1, lett. a) del paragrafo III dell'Allegato alla Dichiarazione di Ginevra del 1998.

Il prosieguo della seconda parte della Dichiarazione di Ginevra del 1998 stabilisce, più nel dettaglio, che i Rapporti Globali sono stilati sulla base delle risultanze delle diverse procedure di *report* cui sono chiamati gli Stati membri alla stregua di quanto previsto dalla Costituzione (il Trattato istitutivo) dell'OIL³⁴ e, più in generale, del principio di leale collaborazione che permea (o dovrebbe permeare) di sé tutti i rapporti tra l'Organizzazione ed i suoi Paesi membri. Dei Rapporti Globali così elaborati discute annualmente la Conferenza Internazionale del Lavoro, mentre il compito di tirare le fila della discussione avutasi in sede "parlamentare" spetta al Consiglio di Amministrazione, che deve altresì elaborare, sulla base di siffatta discussione, le strategie d'implementazione future, le quali possono tra l'altro sfociare nei piani d'azione per la cooperazione tecnica cui si faceva riferimento poco sopra.

Dall'analisi dei *Global Reports* sino ad ora adottati sulla base della procedura di *follow-up* disciplinata dalla seconda parte della Dichiarazione di Ginevra del 1998 emerge – come forse ci si poteva attendere anche sulla base di quanto stabilito nel *Code of Practice* precedentemente analizzato – che il rapporto tra dati genetici e diritto del lavoro è preso in considerazione in quelli concernenti il *core labour standard* relativo all'eliminazione di ogni forma di discriminazione nell'impiego e nella professione.

Dei tre Rapporti Globali fino ad ora adottati su questa tematica, risalenti rispettivamente al 2003, al 2007 ed al 2011³⁵, solo gli ultimi due si occupano in realtà dei dati genetici, mentre il primo – significativamente, a giudizio di chi scrive – non prende, su di essi, alcuna posizione³⁶. Ciò in effetti costituisce (pur solo indirettamente) la prova di come l'attenzione del diritto internazionale del lavoro per i dati genetici, oltre ad essere sfociata in atti giuridicamente non vincolanti, sia in realtà di assai recente emersione: se così non fosse, non si spiegherebbe per quale ragione il *Global Report* del 2003, nell'elencare le diverse forme di discriminazione che gli Stati membri sono chiamati ad eliminare, si occupi, oltre che di quelle per così dire più tradizionali³⁷, di talune altre,

³⁴ Ed in particolare dal suo art. 22 per quanto attiene alle Convenzioni ratificate e dal suo art. 19 con riguardo a quelle non ratificate.

³⁵ Ciascuno dei quali è consultabile al sito web www.ilo.org.

³⁶ Si tratta del *Global Report* denominato "*Time for Equality at Work*".

³⁷ Ci si riferisce, ad es., alla discriminazione razziale: cfr., in proposito, ILO DIRECTOR-GENERAL, *Time for Equality at Work*, cit., 29 ss.

divenute oggetto di attenzione solo recentemente³⁸, tra le quali non figura, peraltro, la discriminazione genetica.

Quest'ultima fa invece la sua comparsa nel Rapporto Globale del 2007³⁹, nell'ambito del quale essa è collocata tra le manifestazioni emergenti di discriminazione⁴⁰. In tale Rapporto si prendono le mosse dalla considerazione secondo la quale il progresso scientifico ha reso piuttosto semplice ottenere informazioni con riguardo allo *status* genetico di una persona attraverso appositi test⁴¹. Ebbene, secondo il medesimo Rapporto, tali test, o *screening* genetici, sono finalizzati a rendere edotta la persona che li conduce, o per conto della quale essi sono condotti, in merito a taluni aspetti della salute del soggetto ad essi sottoposto, aspetti che si estrinsecano, essenzialmente, nella presenza attuale di malattie, ovvero, più di frequente, nell'astratta possibilità di sviluppare, in futuro, problemi di salute⁴².

Alla luce della descritta situazione, i redattori del *Global Report* del 2007 evidenziano come, nell'ambito del rapporto di lavoro, i rischi di discriminazione connessi all'effettuazione dei descritti test o *screening* genetici siano piuttosto significativi, in quanto laddove i datori di lavoro fossero liberi di ricorrervi sempre ed in ogni caso, potrebbero ad esempio rifiutarsi di assumere ovvero potrebbero licenziare un lavoratore che presenti una predisposizione allo sviluppo di una determinata malattia in futuro⁴³.

Di fronte a tali rischi il Rapporto Globale sembra ritenere necessario (o quanto meno auspicabile, atteso che su questo punto non vi è, all'interno del Rapporto stesso, una presa di posizione netta) un intervento legislativo dei singoli Stati membri dell'Organizzazione volto a proibire il ricorso, da parte dei datori di lavoro, a test o *screening* genetici. Tale posizione si evince non soltanto dal modo in cui il *Global Re-*

³⁸ Si fa riferimento, in particolare, alla discriminazione legata all'età del lavoratore: cfr., sul punto, ILO DIRECTOR-GENERAL, *Time for Equality at Work*, cit., 35 s.

³⁹ Disponibile anche in versione italiana: v. ILO DIRECTOR-GENERAL, *Uguaglianza nel lavoro. Affrontare le sfide*, disponibile al sito web www.ilo.org.

⁴⁰ In effetti, il Rapporto Globale che si sta esaminando distingue tra forme di discriminazione riconosciute da tempo, nuove forme di discriminazione e manifestazioni emergenti di discriminazione.

⁴¹ Cfr. ILO DIRECTOR-GENERAL, *Uguaglianza nel lavoro. Affrontare le sfide*, cit., 53.

⁴² Si v. ILO DIRECTOR-GENERAL, *Uguaglianza nel lavoro. Affrontare le sfide*, cit., *ibidem*.

⁴³ V. ILO DIRECTOR-GENERAL, *op. ult. cit.*, *ibidem*. Per approfondimenti sulla questione si rinvia a A. TROJSI, *Sulla tutela dell'identità genetica del lavoratore*, cit., 57.

port del 2007 insiste sul concetto di discriminazione genetica e sui rischi ad essa connessi, ma anche dai numerosi esempi di interventi legislativi⁴⁴ e giurisprudenziali⁴⁵ avutisi negli ultimi anni in diversi Paesi facenti parte dell'OIL e finalizzati proprio a combattere – e dunque a tentare di eliminare – pratiche discriminatorie fondate sull'utilizzo dei dati genetici. Interventi cui debbono ulteriormente aggiungersi le modificazioni “virtuose” delle prassi organizzative aziendali adottate da talune imprese multinazionali⁴⁶ e le prese di posizione, senza dubbio critiche nei confronti dell'utilizzo dei dati genetici, di alcune organizzazioni sindacali, dimostrate particolarmente sensibili al tema⁴⁷.

Se dunque, alla luce di quanto detto sin qui, l'atteggiamento dell'OIL nei confronti dell'utilizzo dei dati genetici nel rapporto di lavoro sembra essere improntato, almeno a quanto si evince dal Rapporto Globale del 2007, ad una logica proibizionista, giustificata dai rischi di discriminazione e di abuso, va rilevato peraltro come tale logica non sia

⁴⁴ In effetti, Paesi come Danimarca, Finlandia, Francia e Svezia avevano, già negli anni immediatamente precedenti all'adozione del *Global Report* del 2007, adottato specifici provvedimenti normativi intesi a vietare la discriminazione genetica. Per qualche approfondimento sulla situazione legislativa di taluni Stati membri dell'OIL in merito alla tematica che si sta esaminando si cfr. K. A. DEYERLE, *Genetic Testing in the Workplace: Employer Dream, Employee Nightmare – Legislative Regulation in the United States and the Federal Republic of Germany*, in *Comparative Labor Law and Policy Journal*, 1997, Vol. 18, 547 ss.

⁴⁵ Il *Global Report* del 2007 cita, in particolare, due casi: uno relativo ad una insegnante tedesca che si era rifiutata di sottoporsi ad un test genetico preassuntivo e, di fronte alla decisione della locale autorità scolastica di non assumerla, aveva impugnato tale decisione innanzi al Tribunale Amministrativo di Darmstadt (Assia), il quale nel 2004 si era pronunciato a suo favore; l'altro concernente tre cittadini cinesi che si erano visti negare un posto di lavoro per ragioni legate alla propria storia familiare (taluni dei loro parenti erano affetti da schizofrenia) ed avevano ottenuto giustizia, nel 2000, innanzi alla Corte Distrettuale di Hong Kong. Cfr. ILO DIRECTOR-GENERAL, *Uguaglianza nel lavoro. Affrontare le sfide*, cit., 54.

⁴⁶ Ci si riferisce, in particolare, all'IBM, citata nel Rapporto Globale del 2007 come la prima grande multinazionale «che ha rivisto la sua politica per prevenire l'utilizzo di informazioni genetiche nelle decisioni riguardanti il personale e nella scelta dei dipendenti aventi diritto a programmi di assistenza sanitaria»: cfr. ILO DIRECTOR-GENERAL, *Uguaglianza nel lavoro. Affrontare le sfide*, cit., 53.

⁴⁷ Si tratta dell'*Australian Council of Trade Unions* (ACTU), il quale, fondandosi su talune indagini empiriche in argomento, ha affermato, nel 2002, che i datori di lavoro non dovrebbero essere in alcun modo autorizzati a raccogliere informazioni genetiche sui propri dipendenti. Cfr. AUSTRALIAN COUNCIL OF TRADE UNIONS (ACTU), *ACTU response to the Australian Law Reform Commission and Australian Health Ethics Commission inquiry into protection of human genetic information*, Discussion Paper n. 66 of 2002, disponibile al sito web www.actu.asn.au.

per così dire assoluta, ma possa patire, a detta degli stessi redattori del Rapporto, qualche eccezione nel caso sussistano esigenze particolari. Si tratta, soprattutto, della possibilità di ricorrere a test genetici nei casi in cui questi ultimi possono esplicitare il proprio potenziale positivo, ovvero consentire una valutazione più ponderata, per il datore di lavoro, dei rischi per la salute e la sicurezza dei propri dipendenti qualora questi ultimi siano esposti al contatto con sostanze pericolose, specie se radioattive o chimiche⁴⁸. Anche in quest'ultima circostanza, peraltro, laddove il risultato dei suddetti test conduca ad un trattamento differenziato del lavoratore coinvolto, è comunque necessario che tale trattamento differenziato sia «oggettivo, ragionevole, appropriato e proporzionato»⁴⁹.

Per quanto riguarda i contenuti del *Global Report* successivo a quello testé esaminato, adottato nel 2011⁵⁰ – e che rappresenta l'ultimo disponibile in ordine di tempo – si rileva come in realtà il Direttore Generale dell'Ufficio Internazionale del Lavoro si sia sostanzialmente limitato, nel quadro di esso, a ribadire quanto già affermato in quello risalente al 2007, puntando dunque, ancora una volta, l'attenzione sui rischi di discriminazione connessi all'effettuazione, da parte dei datori di lavoro, di test o *screening* genetici sui lavoratori⁵¹. Rischi ancor più insidiosi se si considera che i citati test, in realtà, rivelano solo ed unicamente la mera possibilità di sviluppare, non si sa esattamente se e quando, una certa malattia e dunque non sono per nulla indicativi rispetto alle capacità ed ai meriti dei lavoratori stessi in ordine allo svolgimento attuale (ed anche, in buona parte, futuro) della propria attività lavorativa⁵².

Di conseguenza, secondo quanto ribadito dal Rapporto Globale del 2011, la discriminazione genetica, in quanto nuovo potenziale fattore di disuguaglianza tra i lavoratori, dovrebbe essere prevenuta o impedita per legge, tramite il divieto di effettuazione dei test genetici, ovvero di

⁴⁸ Si v. ILO DIRECTOR-GENERAL, *Uguaglianza nel lavoro. Affrontare le sfide*, cit., 53.

⁴⁹ Cfr. ILO DIRECTOR-GENERAL, *op. ult. cit.*, 54.

⁵⁰ Intitolato *Equality at work: The continuing challenge*, consultabile al sito web www.ilo.org.

⁵¹ V. ILO DIRECTOR-GENERAL, *Equality at work: The continuing challenge*, cit., 52.

⁵² Cfr. ILO DIRECTOR-GENERAL, *Equality at work: The continuing challenge*, cit. *ibidem*.

divulgazione e/o di utilizzo dei test eventualmente effettuati nell'ambito del rapporto di lavoro⁵³.

A questo punto, così come il proprio precedente storico, anche il *Global Report* del 2011 riporta una serie di esempi relativi a legislazioni nazionali di Paesi membri dell'OIL che hanno regolamentato la questione in termini restrittivi⁵⁴. Si tratta, a ben vedere, di una sorta di aggiornamento di quanto già indicato nel Rapporto del 2007, aggiornamento che peraltro pare particolarmente significativo, in quanto dà il senso di quanto la materia del rapporto tra dati genetici e diritto del lavoro sia sentita nei diversi Stati membri dell'Organizzazione, o almeno, come si accennava in precedenza, in un ampio numero di quelli sviluppati. Non è allora un caso se, nel fare riferimento alle citate legislazioni nazionali, il Rapporto Globale del 2011 si soffermi soprattutto su due recenti provvedimenti adottati, sul tema, dagli Stati Uniti d'America e dal Canada, rispettivamente nel 2008⁵⁵ e nel 2010⁵⁶.

Da quanto detto sin qui emerge con chiarezza come, seppure nell'ambito di atti c.d. di *soft law*, l'OIL abbia assunto una posizione piuttosto netta in merito al possibile utilizzo dei dati genetici nel rapporto di lavoro, paventando a più riprese i rischi di discriminazione che a tale utilizzo sono potenzialmente connessi. Ne consegue, come si accennava, l'auspicio, da parte dell'Organizzazione, che quanto meno i legislatori nazionali introducano specifici divieti in merito a questa emergente ragione di discriminazione e regolamentino in modo stringente i casi – che dovrebbero comunque rimanere eccezionali – nei quali la raccolta e l'utilizzo da parte del datore di lavoro delle informazioni re-

⁵³ Si v. ILO DIRECTOR-GENERAL, *op. ult. cit.*, *ibidem*.

⁵⁴ Cfr. ILO DIRECTOR-GENERAL, *op. ult. cit.*, *ibidem*.

⁵⁵ Si tratta, in particolare, del *Genetic Information Nondiscrimination Act* (GINA), approvato dal Congresso USA nel maggio del 2008. La suddetta legge federale prevede, in sostanza, il divieto, per datori di lavoro e assicurazioni sanitarie, di negare un impiego ovvero la copertura assicurativa ad individui in salute sulla base della loro predisposizione genetica ad una determinata malattia. Fatte salve poche e stringenti eccezioni, i datori di lavoro non possono procurarsi ed utilizzare informazioni genetiche al fine di prendere decisioni in merito all'assunzione, al licenziamento ed alle progressioni di carriera dei propri lavoratori. Un divieto, quest'ultimo, sanzionato con multe assai elevate e la reintegrazione del dipendente colpito dalla discriminazione genetica perpetrata nei suoi confronti dal datore di lavoro.

⁵⁶ Nell'aprile 2010 anche il Canada ha adottato una legge simile a quella statunitense, la quale proibisce la discriminazione fondata sui dati genetici del lavoratore e costituisce, tecnicamente, una novella al *Canada Human Rights Act*.

lative al patrimonio genetico del lavoratore possano considerarsi legittimi.

Alla luce dell'appena riassunta posizione dell'OIL sembrerebbe di poter concludere che quest'ultima, nutrendo di fatto assai poca fiducia nella possibilità di poter addivenire in tempi e modi accettabili ad una Convenzione internazionale in tema di rapporto di lavoro e dati genetici, finisca con l'accollare ai propri Stati membri, cioè ai loro legislatori, il compito di legiferare in materia. In realtà, va qui conclusivamente rammentato come i *Global Reports* del Direttore Generale dell'Ufficio Internazionale del Lavoro si inseriscano nella strategia di promozione dei diritti fondamentali voluta dalla Dichiarazione di Ginevra del 1998 e come dunque il fatto che l'Organizzazione abbia ravvisato nella conduzione di *screening* genetici sui lavoratori concreti rischi di discriminazione sia assai rilevante in termini regolativi: in effetti, così facendo, l'OIL ha in sostanza ricondotto il tema del rapporto tra dati genetici e diritto del lavoro a quello, più ampio, dei divieti di discriminazione, lo ha cioè fatto rientrare nell'ambito oggettivo di applicazione delle Convenzioni in materia, ed in particolare della n. 111 del 1958.

Di conseguenza, e sebbene manchi uno strumento normativo specifico in tema di dati genetici, quale sarebbe una Convenzione *ad hoc*, nel momento in cui i test genetici sono annoverati tra le possibili forme di discriminazione possono essere chiamati in causa, oltre ad atti di *soft law*, strumenti normativi cogenti, quali sono le Convenzioni OIL in tema di discriminazioni, che tra l'altro ricadono, ai sensi di quanto stabilito dalla Dichiarazione di Ginevra del 1998, tra quelli fondamentali del diritto internazionale del lavoro (*core labour standards*) e dunque possono assumere, anche con riguardo alle questioni qui esaminate, una rilevante importanza.

Ne deriva a questo punto l'opportunità, a giudizio di chi scrive, di prendere brevemente in considerazione tali strumenti, ed in particolare la Convenzione OIL n. 111 del 1958, al fine soprattutto di capire sulla base di quale interpretazione di essa l'Organizzazione abbia potuto ricondurvi le discriminazioni genetiche e quali potrebbero essere, in futuro, i risvolti applicativi di siffatta riconduzione.

3. (*Segue*) *La Convenzione OIL n. 111 del 1958 e la sua interpretazione evolutiva: è necessario proteggere i lavoratori dalle discriminazioni genetiche?*

Come si accennava nel paragrafo precedente, il fatto che l'OIL abbia ravvisato nella raccolta e nel trattamento dei dati genetici dei lavoratori concreti rischi di discriminazione nei confronti di questi ultimi ha avuto, quale conseguenza, la possibilità di chiamare in causa, ai fini regolativi della materia che si sta qui esaminando, le Convenzioni adottate dall'Organizzazione proprio sul citato tema, quello della lotta alle discriminazioni in materia di impiego e professione. Si tratta, come ormai noto, di due Convenzioni, che tra l'altro assumono, nel panorama degli standard giuslavoristici internazionali, un ruolo di primo piano, essendo state annoverate dal Consiglio di Amministrazione OIL tra le otto Convenzioni fondamentali di cui alla Dichiarazione di Ginevra del 1998⁵⁷.

Ci si riferisce, nel dettaglio, alla Convenzione n. 100 del 1951⁵⁸ ed alla Convenzione n. 111 del 1958⁵⁹, ad atti normativi, cioè, piuttosto risalenti nel tempo, eppure entrambi estremamente attuali, sia per i loro contenuti – dalla portata piuttosto generale e dunque adattabili al contesto sociale in continua evoluzione – sia per l'intensa ed ininterrotta attività interpretativa che in merito ad essi hanno svolto i c.d. organismi di monitoraggio (o di supervisione) dell'OIL⁶⁰.

In realtà, per quanto riguarda in particolare la questione della discriminazione genetica rileva, tra i due atti normativi citati, esclusivamente la Convenzione n. 111 del 1958: quest'ultima, infatti, ha un ambito di applicazione soggettivo ed oggettivo assai ampio (per non dire universale), mentre la n. 100 del 1951 concerne, sul piano oggettivo, una sola ragione di discriminazione, il sesso, ed un solo aspetto (per quanto relevantissimo) del rapporto di lavoro, la retribuzione⁶¹.

E' dunque sulla Convenzione n. 111 del 1958 – che ha fatto tra l'altro in massima parte da sfondo ai *Global Reports* del Direttore Ge-

⁵⁷ Si cfr., in proposito, quanto detto *supra* nel corso del paragrafo precedente.

⁵⁸ Si tratta della Convenzione OIL 29 giugno 1951, n. 100 sull'eguaglianza di retribuzione tra la manodopera maschile e la manodopera femminile per un lavoro di valore uguale, disponibile al sito web www.ilo.org.

⁵⁹ Ci si riferisce alla Convenzione OIL 28 giugno 1958, n. 111 sulla discriminazione in materia di impiego e nelle professioni, anch'essa consultabile al sito web www.ilo.org.

⁶⁰ Cfr., in particolare, M. TOMEI, *Discrimination and Equality at Work: a Review of the Concepts*, in *International Labour Review*, 2003, 4 (Vol. 142), 401 ss.

⁶¹ Su tali questioni sia consentito rinviare a M. BORZAGA, *Accommodating Differences: Discrimination and Equality at Work in International Labor Law*, in *Vermont Law Review*, 2006, 3 (Vol. 30), 757 ss.

nerale dell'Ufficio Internazionale del Lavoro citati nel paragrafo precedente – che ci si intende ora soffermare, soprattutto al fine di capire quali siano le ragioni per le quali il divieto di discriminazioni genetiche (e dunque il divieto di effettuare, salvi casi eccezionali, test o *screening* genetici sui lavoratori) possano essere ricondotti, seppur solo in via interpretativa, all'ambito di applicazione *ratione materiae* di quest'ultima.

Sul punto va messo anzitutto in luce come la disposizione che consente di compiere la descritta riconduzione sia rappresentata dall'art. 1 della Convenzione n. 111 del 1958. In effetti, nell'elaborare tale disposizione, che concerne la definizione di discriminazione vietata, la Conferenza Internazionale del Lavoro ha adottato un approccio non solo generale, ma anche piuttosto flessibile: l'organo "parlamentare" dell'OIL ha infatti stabilito, al co. 1 del citato art. 1, che cosa debba intendersi per discriminazione vietata sotto il profilo giuslavoristico internazionale ed ha al tempo stesso aperto la strada, con il co. 2 della medesima disposizione, a possibili integrazioni di tale definizione da parte degli Stati membri dell'Organizzazione, che possono dunque, in base alle proprie sensibilità nazionali ed alle differenze (ed ai mutamenti) del contesto sociale di riferimento, aggiornare ed ampliare siffatta definizione⁶².

Ai sensi della Convenzione OIL n. 111 del 1958, il termine "discriminazione" comprende dunque, in primo luogo, «ogni distinzione, esclusione o preferenza fondata sulla razza, il colore, il sesso, la religione, l'opinione politica, la discendenza nazionale o l'origine sociale, che ha per effetto di negare o di alterare l'uguaglianza di possibilità o di trattamento in materia d'impiego o di professione» ed, in seconda battuta, «ogni altra distinzione, esclusione o preferenza che abbia per effetto di negare o di alterare l'uguaglianza di possibilità o di trattamento in materia d'impiego o di professione, che potrà essere precisata dallo Stato membro interessato sentite le organizzazioni rappresentative dei datori di lavoro e dei lavoratori, se ne esistono, ed altri organismi appropriati»⁶³.

⁶² Cfr., su questo punto, C. THOMAS, *Information Sources and Measures of International Labor Standards on Employment Discrimination*, in *Comparative Labor Law and Policy Journal*, 2003, Vol. 24, 365 ss.

⁶³ Si v., in proposito, M. BORZAGA, *Accommodating Differences: Discrimination and Equality at Work in International Labor Law*, cit., 760.

Il modo in cui la Conferenza Internazionale del Lavoro ha costruito la disposizione di cui all'art. 1 della Convenzione OIL n. 111 del 1958, appena citata, spiega probabilmente per quale ragione i *Global Reports* di cui si è detto nel paragrafo precedente – così come anche, più in generale, tutti gli altri atti adottati dall'Organizzazione nell'ambito del sistema di monitoraggio con il quale quest'ultima verifica la corretta implementazione degli standard giuslavoristici internazionali all'interno degli ordinamenti dei diversi Paesi membri⁶⁴ – insistano molto sulle innovazioni normative apportate dai legislatori nazionali con riferimento a quelle che la medesima Organizzazione chiama le manifestazioni emergenti di discriminazione. Si tratta, dunque, di una sorta di riconoscimento dell'OIL nei confronti della sensibilità dimostrata da taluni dei suoi Stati membri nell'aggiornare il proprio catalogo dei motivi per i quali i lavoratori possono essere oggetto di atteggiamenti discriminatori da parte dei propri datori di lavoro, catalogo nel quale hanno fatto di recente la propria comparsa, come si è già detto, pure gli *screening* genetici.

La valorizzazione, nel quadro del sistema OIL, dell'apporto di quegli ordinamenti nazionali che decidano di tener conto, vietandole o disciplinandole in modo stringente, delle manifestazioni emergenti di discriminazione trova un rilevante appiglio normativo proprio nell'art. 1, co. 2 della Convenzione n. 111 del 1958: quest'ultimo, infatti, nell'assecondare siffatto apporto, consente di concludere che tali ordinamenti nazionali, laddove decidano di aggiornare il proprio diritto antidiscriminatorio in senso più tutelante nei confronti dei lavoratori, operando dunque nel pieno rispetto dello spirito della Convenzione, implementano correttamente quest'ultima, si muovono cioè nel pieno rispetto degli standard giuslavoristici internazionali, o meglio, ed ancor più significativamente, di uno di quelli considerati fondamentali ai sensi della Dichiarazione di Ginevra del 1998. Sono, di conseguenza, Paesi membri senza dubbio virtuosi.

Ciò detto, non può peraltro sottacersi che il meccanismo di valorizzazione del diritto antidiscriminatorio nazionale messo in campo dalla Convenzione n. 111 del 1958, pur presentando una serie di vantaggi soprattutto in termini di flessibilità e di riconduzione dei progressi

⁶⁴ Per quanto riguarda, in generale, il sistema di monitoraggio dell'OIL, il suo funzionamento e le sue implicazioni pratico-applicative si v. soprattutto B. HEPPLÉ, *Labour Laws and Global Trade*, cit., 47 ss.

compiuti dai Paesi membri all'ambito di applicazione della Convenzione stessa, sollevi una serie di problemi applicativi di non poco momento.

Se infatti è vero, come è vero, che il co. 1 dell'art. 1 della Convenzione n. 111 del 1958 stabilisce la nozione giuslavoristica internazionale di discriminazione ed è altresì vero che tale definizione, quando si riferisce alle ragioni di discriminazione, le enuclea in termini tassativi, è altrettanto vero che – ferma naturalmente restando la possibilità sancita dal co. 2 della medesima norma che gli Stati membri amplino il novero di tali ragioni – affinché la Convenzione stessa possa considerarsi correttamente implementata è sufficiente che gli Stati membri che decidono di ratificarla vietino ai datori di lavoro di discriminare i lavoratori con riguardo ai motivi indicati proprio nel co. 1⁶⁵.

Lungi dall'essere banale, l'osservazione che si è appena fatta porta con sé una serie di rilevanti conseguenze, soprattutto per quanto attiene ai margini di intervento dell'OIL con riferimento ai casi di violazione dei contenuti delle Convenzioni ratificate ed al ruolo che possono svolgere, nei suddetti casi, il sistema di monitoraggio (o di supervisione) dell'Organizzazione ed, eventualmente, l'apparato propriamente sanzionatorio che la Costituzione OIL pure prevede⁶⁶.

In proposito, va qui soltanto segnalato che, laddove gli Stati membri che abbiano ratificato la Convenzione n. 111 del 1958 adottino (ovvero non abroghino) atti normativi o prassi che hanno come effetto di discriminare i lavoratori sulla base di una delle ragioni indicate dal co. 1 dell'art. 1 della suddetta Convenzione, tali Stati potranno essere oggetto delle “sanzioni politiche” adottate dall'OIL all'esito della procedura di monitoraggio ovvero, meno di frequente, in applicazione di quelle di *complaints* (cioè dell'apparato sanzionatorio vero e proprio) di cui si faceva menzione poc'anzi. Qualora, invece, vi siano ordinamenti nazionali che, pur facendo parte dell'Organizzazione ed avendo ratificato la Convenzione n. 111 del 1958, decidessero di non introdurre alcuna tutela specifica contro le forme e le manifestazioni emergenti di discriminazione – come, per l'appunto, quella relativa ai dati genetici

⁶⁵ Cioè quelli per così dire tradizionali.

⁶⁶ In merito all'apparato sanzionatorio dell'OIL si v. J.-M. SERVAIS, *International Labour Law*, cit., 295 ss. e N. VALTICOS e G. VON POTOBOSKY, *International Labour Law*, cit., 290 ss.

del lavoratore, ma non solo⁶⁷ – e quindi di fatto consentissero ai datori di lavoro, in tali casi, di trattare in modo differenziato i propri dipendenti, il sistema di monitoraggio e le procedure di *complaints* non potrebbero in alcun modo entrare in gioco.

Se dunque, alla luce di quanto si è detto sin qui, la discriminazione genetica può senz'altro essere ricondotta all'ambito oggettivo di applicazione della Convenzione n. 111 del 1958 alla stregua di quanto stabilito dal suo art. 1, co. 2, va peraltro rilevato che siffatta riconduzione costituisce, sul piano sanzionatorio, un'arma decisamente spuntata. In effetti – e nonostante non si possa certo dire che il potenziale sanzionatorio di cui dispone l'OIL sia particolarmente elevato, per tutta una serie di ragioni storiche e soprattutto istituzionali sulle quali peraltro non è possibile soffermarsi in questa sede⁶⁸ – la circostanza che per quanto concerne le discriminazioni genetiche né il sistema di monitoraggio né le procedure di *complaints* possano essere chiamate in causa finisce con il rendere giuridicamente assai poco rilevante l'avvenuta creazione di un collegamento, sul piano definitorio, tra tali discriminazioni e la Convenzione n. 111 del 1958.

Del resto, alla luce dell'elencazione tassativa delle ragioni di discriminazione di cui all'art. 1, co. 1 della Convenzione n. 111 del 1958, neppure l'attività interpretativa che, in merito a tale strumento normativo, hanno condotto gli organismi di monitoraggio dell'OIL, ed in particolare la Commissione di Esperti sull'Applicazione delle Convenzioni e Raccomandazioni (CEACR)⁶⁹, ha potuto determinare aggiustamenti significativi. Aggiustamenti che, invece, si sono avuti in altri ambiti ed hanno consentito non soltanto di adattare le previsioni contenute nella Convenzione al mutato contesto sociale, ma anche di ampliarne significativamente l'ambito soggettivo ed oggettivo di applicazione. Si tratta di un'attività interpretativa particolarmente rilevante, che ha tra l'altro avuto il merito di rafforzare il ruolo dello standard relativo alla tutela dei lavoratori contro le discriminazioni sia prima che dopo la sua eleva-

⁶⁷ Si pensi, a titolo di esempio, alle discriminazioni legate all'età o all'orientamento sessuale, ovvero ancora a quella particolare forma di discriminazione connessa allo stile di vita delle persone, della quale l'OIL ha pure iniziato ad occuparsi negli ultimi due Rapporti Globali in materia, quello del 2007 e quello del 2011.

⁶⁸ Si v., in proposito, le opere citate *supra* alla nota 66, nonché, in termini critici, B. HEPPLE, *Labour Laws and Global Trade*, cit., 49 ss.

⁶⁹ Sul ruolo di tale organo nell'ambito del sistema di monitoraggio dell'OIL si v., in particolare, R. ADAM, *Attività normative e di controllo dell'O.I.L. e evoluzione della comunità internazionale*, Milano, 1993.

zione a diritto sociale fondamentale ad opera della Dichiarazione di Ginevra del 1998.

In effetti, gli organismi di monitoraggio dell'OIL, ed in particolare la CEACR, si sono molto occupati della Convenzione n. 111 del 1958, tant'è che tale strumento normativo non può oggi essere pienamente compreso se non si tiene in considerazione quella che molto impropriamente (ma altrettanto efficacemente) viene definita come “giurisprudenza” dell'OIL.

Grazie all'attività interpretativa sviluppatasi in proposito – intesa, come detto, ad ampliare lo spettro applicativo della Convenzione – si è chiarito anzitutto come quest'ultima stabilisca dei divieti di discriminazione valevoli, *ratione personae*, non già solo per i lavoratori subordinati, ma anche per quelli autonomi, abbia cioè una portata, sotto questo profilo, tendenzialmente universale⁷⁰.

La CEACR ha inoltre riconosciuto, sul piano oggettivo, che il concetto di discriminazione fatto proprio dall'art. 1 della Convenzione n. 111 del 1958 si riferisce sia a quella diretta che a quella indiretta. Così facendo la CEACR ha senza dubbio rafforzato la portata complessiva della Convenzione stessa, la quale trova dunque applicazione anche a forme di discriminazione che sono, da un lato, assai più difficili da individuare rispetto a quelle per così dire tradizionali⁷¹ e che hanno indotto, dall'altro, ad un ripensamento delle politiche adottate, anche a livello internazionale, per debellarle⁷².

L'ampliamento del concetto di discriminazione operato dalla CEACR ha imposto, in effetti, di avviare una riflessione sul fatto che l'applicazione di eguali condizioni nei confronti di tutti i lavoratori può

⁷⁰ Cfr., in proposito, M. BORZAGA, *Accommodating Differences: Discrimination and Equality at Work in International Labor Law*, cit., 760, nonché la Dichiarazione di Filadelfia del 1944 con la quale la Costituzione dell'OIL è stata emendata al fine di includervi i principi e gli obiettivi cui l'Organizzazione deve ispirarsi e che stabilisce, al punto II, lett. a) che «tutti gli esseri umani, qualunque sia la loro razza, il loro credo e il loro sesso, hanno il diritto di perseguire il proprio progresso materiale ed il proprio sviluppo spirituale nella libertà e nella dignità, nella sicurezza economica e con eguali possibilità».

⁷¹ Su questo punto si v., soprattutto, COMMITTEE OF EXPERTS ON THE APPLICATION OF CONVENTIONS AND RECOMMENDATIONS, *Equality in Employment and Occupation, General Survey of the Reports on the Discrimination (Employment and Occupation) Convention (No. 111) and Recommendation (No. 111)*, 1958, Ginevra, 1988, consultabile al sito web www.ilo.org, 22.

⁷² Su questo punto si rinvia all'approfondita analisi di M. TOMEI, *Discrimination and Equality at Work: a Review of the Concepts*, cit., 401 ss.

in realtà determinare diseguaglianze, perché l'effetto di tali condizioni «dipende dalle circostanze di vita e dalle caratteristiche personali delle persone interessate»⁷³. Ne consegue che, se si vuole perseguire l'eguaglianza sostanziale (e non soltanto quella formale), non si può fare ricorso ad una politica e ad una regolamentazione (internazionali e nazionali) che privilegino la parità dei punti di partenza, ma si deve piuttosto tentare di colmare le differenze esistenti tra i gruppi, dominanti e subordinati, presenti nella società⁷⁴.

Non è allora un caso se, accanto all'ampliamento della nozione di discriminazione di cui si è appena detto, la medesima CEACR abbia altresì ritenuto compatibile con l'impianto della Convenzione n. 111 del 1958 la previsione, da parte degli ordinamenti nazionali, di azioni positive rivolte a soggetti appartenenti a quelli che si sono definiti i gruppi subordinati⁷⁵. E ciò sulla base della valorizzazione di quanto stabilito dall'art. 5 della medesima Convenzione, il quale fa salve le misure speciali di protezione o assistenza previste da altri strumenti normativi OIL ovvero dagli ordinamenti nazionali, escludendo che tali misure possano costituire discriminazioni⁷⁶: una disposizione senz'altro pensata per casi molto particolari (come, presumibilmente, quello della tutela dei lavoratori disabili), ma che ha assunto, grazie all'attività interpretativa della CEACR, una rilevanza del tutto particolare ed è così divenuta il cardine dei modelli più avanzati di tutela contro le discriminazioni e di promozione dell'eguaglianza sostanziale⁷⁷.

Il percorso evolutivo sin qui sommariamente descritto ha riguardato, a ben vedere, il concetto di discriminazione e lo strumentario giuridico individuato per combattere il relativo fenomeno, ma non, come si accennava poco sopra, le ragioni che possono dar vita al suddetto fenomeno. Si tratta di una differenza di non poco momento e che attiene, in sostanza, alle modalità con le quali sono state costruite le diverse norme della Convenzione n. 111 del 1958: mentre quelle relative al

⁷³ Così, testualmente, ILO DIRECTOR-GENERAL, *Time for Equality at Work*, cit., 20.

⁷⁴ In proposito si cfr. soprattutto M. TOMEI, *Discrimination and Equality at Work: a Review of the Concepts*, cit., 404.

⁷⁵ Cfr. COMMITTEE OF EXPERTS ON THE APPLICATION OF CONVENTIONS AND RECOMMENDATIONS, *Equality in Employment and Occupation...*, cit., 152 ss.

⁷⁶ V. COMMITTEE OF EXPERTS ON THE APPLICATION OF CONVENTIONS AND RECOMMENDATIONS, *op. ult. cit.*, *ibidem*.

⁷⁷ Si v. COMMITTEE OF EXPERTS ON THE APPLICATION OF CONVENTIONS AND RECOMMENDATIONS, *op. ult. cit.*, *ibidem*. Cfr. altresì ILO DIRECTOR-GENERAL, *Time for Equality at Work*, cit., 63 ss. e M. TOMEI, *op. ult. cit.*, 412.

concetto di discriminazione ed agli strumenti per combattere il fenomeno sono state redatte in modo piuttosto flessibile, tanto da consentire un adattamento del relativo contenuto alle mutate esigenze sociali, quelle concernenti le ragioni di discriminazione sono state concepite in maniera almeno in parte diversa.

Se infatti è vero che i legislatori nazionali possono, qualora lo ritengano opportuno, integrare l'elenco delle ragioni di discriminazione predisposto dalla Conferenza Internazionale del Lavoro, è altrettanto vero che tale elenco è stato invece cristallizzato dal medesimo organo in termini decisamente rigidi, tant'è che per prevederne di nuove sarebbe necessaria una revisione della Convenzione n. 111 del 1958⁷⁸.

Alla luce di tutto ciò, e sebbene non si possa negare l'importanza dell'intervento dell'OIL volto a valorizzare, tramite atti di *soft law*, l'operato dei legislatori nazionali che hanno inteso includere il patrimonio genetico tra le ragioni di discriminazione vietate, risulta ancor più evidente come le modalità di redazione della Convenzione n. 111 del 1958, ed in particolare del suo art. 1, co. 1, costituiscano un ostacolo al riconoscimento pieno, in sede OIL, di siffatta ragione di discriminazione ed in particolare impediscano l'intervento, su questo punto, sia del sistema di monitoraggio che di quello più propriamente sanzionatorio (procedure di *complaints*).

4. *Le altre fonti sovranazionali ed il loro approccio al tema della disciplina dei dati genetici*

Quanto si è detto sin qui dimostra come a livello OIL la questione dei dati genetici dei lavoratori sia ricondotta, per la sua potenziale "pericolosità", al diritto antidiscriminatorio e come tuttavia la mancanza di uno strumentario normativo adeguato ai tempi o comunque sufficientemente flessibile non consenta di tutelare i lavoratori stessi nel momento in cui siano discriminati per ragioni legate al proprio patrimonio genetico. In sostanza, sul punto, ogni Stato membro è libero di decidere se prevedere o meno un divieto di discriminazione genetica, sebbene peraltro, come si è avuto di dire, l'Organizzazione auspichi che a livello

⁷⁸ Come del resto si evince chiaramente da COMMITTEE OF EXPERTS ON THE APPLICATION OF CONVENTIONS AND RECOMMENDATIONS, *Equality in Employment and Occupation*..., cit.

nazionale tale divieto venga effettivamente introdotto. Si tratta di un auspicio senz'altro assai pressante, e comunque pur sempre formulato attraverso atti di *soft law*, che non sembrano in grado, neppure se ricondotti nell'alveo degli strumenti normativi cogenti in materia di diritto antidiscriminatorio, di dispiegare effetti significativi in termini di tutela dei lavoratori che eventualmente dovessero subire discriminazioni in uno o più Paesi membri dell'Organizzazione.

Se questo è quanto emerge dal panorama giuslavoristico internazionale vale ora la pena di chiedersi, conclusivamente, quale sia, sul tema del rapporto tra diritto del lavoro e dati genetici, l'atteggiamento degli altri organismi *lato sensu* sovranazionali.

Sul punto, può dirsi anzitutto come le "fonti" prodotte da tali organismi si orientino in modo piuttosto simile all'OIL, ovvero adottino un approccio "proibizionista" al suddetto tema, evidenziando i rischi di discriminazione connessi alla raccolta ed al trattamento, da parte del datore di lavoro, dei dati genetici del lavoratore.

Per quanto riguarda, più nel dettaglio, le organizzazioni propriamente internazionali, si rileva come sia l'UNESCO che il Comitato Economico e Sociale dell'ONU che, ancora, l'OMS abbiano preso posizione sul tema – anch'essi attraverso atti di *soft law* – mettendo in luce, in una logica di tutela dei lavoratori, l'opportunità di vietare i test genetici e l'utilizzo e/o la divulgazione dei risultati dei suddetti test da parte del datore di lavoro nell'ambito del relativo rapporto contrattuale⁷⁹.

Se questa è la posizione comune degli organismi che si sono appena citati, va peraltro evidenziato come, sul tema, la posizione dell'OMS sia più sfumata rispetto a quella di UNESCO e Comitato Economico e Sociale dell'ONU, nel senso che la prima, in un rapporto risalente al

⁷⁹ Ci si riferisce, in particolare, alla Dichiarazione internazionale sui dati genetici umani dell'UNESCO del 16 ottobre 2003, alla Risoluzione n. 9 del 21 luglio 2004 del Consiglio Economico e Sociale dell'ONU su «Riservatezza e non discriminazione genetica» e ad una serie di atti dell'OMS tra cui spiccano la Dichiarazione del Gruppo Consultivo di Esperti del 1998, relativa ai «Problemi etici della genetica medica», il Rapporto del Comitato consultivo sulla ricerca sanitaria del 2002 su «Genomica e salute mondiale» e il Rapporto del gruppo di esperti del 2003 su «Analisi dei problemi etici nella genetica medica». Per ulteriori approfondimenti sui documenti citati si v. in particolare A. TROISI, *Sulla tutela dell'identità genetica del lavoratore*, cit., 56 ss., EAD., *Genetic Data and Labour Law*, in C. CASONATO, C. PICIOCCHI e P. VERONESI, *I dati genetici nel biodiritto. Forum BioDiritto 2009*, Padova, 2011, 78 ss., nonché A. L. TAYLOR, *Globalization and Biotechnology: UNESCO and an International Strategy to Advance Human Rights and Public Health*, in *American Journal of Law & Medicine*, 1999, Vol. 25, 479 ss.

2003, opera una distinzione tra test (o *screening*) e monitoraggio genetico. Mentre il test genetico sarebbe infatti da vietare sempre e comunque a causa del suo potenziale discriminatorio, il monitoraggio genetico potrebbe invece essere ammesso (seppure a fronte di una regolamentazione stringente) in quanto costituirebbe un utile strumento di tutela della salute e sicurezza dei lavoratori. Così facendo, l'OMS assume una posizione assai simile a quella dell'OIL, o meglio a quella espressa del Direttore Generale dell'Ufficio Internazionale del Lavoro nei più recenti *Global Reports* in tema di lotta alle discriminazioni, nell'ambito dei quali, come si ricorderà, l'utilizzo dei dati genetici con riguardo al rapporto di lavoro è considerato in modo decisamente negativo, salvo che per quanto concerne le possibili applicazioni di questi ultimi proprio alla questione della salute e sicurezza dei lavoratori⁸⁰.

Venendo, a questo punto, alle “fonti” europee, va rilevato come, in generale, anch'esse si pongano, per quanto attiene al rapporto tra dati genetici e diritto del lavoro, in una logica essenzialmente “proibizionista”, così come avviene in sede OIL e nel quadro delle altre organizzazioni internazionali. Ciò accade in merito sia agli strumenti provenienti dal Consiglio d'Europa sia a quelli adottati in sede propriamente comunitaria.

Quanto al primo, ci si riferisce da un lato alla c.d. Convenzione di Oviedo del 1997, in tema di diritti dell'uomo e biomedicina⁸¹, e dall'altro alle Raccomandazioni del Comitato dei Ministri R(92)3 ed R(97)5, risalenti rispettivamente al 1992 ed al 1997⁸², le quali ammettono la possibilità di utilizzare i test genetici solo per talune ragioni, quelle cioè legate alla salute degli individui, e la escludono in tutti gli altri casi, ivi compresi, dunque, quello relativo ai rapporti di lavoro⁸³.

In merito infine agli atti comunitari, è il caso di porre preliminarmente in luce come si tratti – anche in questo caso e similmente, dunque, a quanto accaduto in sede internazionale – di strumenti di *soft law*,

⁸⁰ Per tale progressione si cfr. A. TROISI, *op. ult. cit.*, 59.

⁸¹ Su tale Convenzione, il cui art. 12 esclude, seppur solo indirettamente, il ricorso ai test genetici in ambito lavorativo si cfr., in particolare, C. PICCOCCHI, *La Convenzione di Oviedo sui diritti dell'uomo e la biomedicina: verso una bioetica europea?*, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, 2001, III, 1301 ss.

⁸² E che riguardano la prima gli *screening* ed i test genetici per finalità di tutela della salute e la seconda la protezione dei dati sanitari.

⁸³ Cfr., su tali questioni, l'approfondita analisi di A. TROISI, *Sulla tutela dell'identità genetica del lavoratore*, cit., 60 s.

ovvero come manchi, pure a tale livello, una normativa cogente sul tema che si sta esaminando.

Con riguardo ai citati atti, va in prima battuta fatto riferimento ad alcune Risoluzioni del Parlamento Europeo: ci si riferisce, in particolare, alla Risoluzione del 16 marzo 1989⁸⁴, la quale si esprime in modo assai netto in merito alla necessità di vietare gli *screening* genetici con riguardo ai rapporti di lavoro, specie nelle fase preassuntiva⁸⁵, ed a quelle del 20 settembre 1996⁸⁶ e del 16 marzo 2000⁸⁷, che invece si concentrano sulla pericolosità di detti *screening* e conseguentemente auspicano il divieto di ogni forma di discriminazione che può derivare dall'utilizzo di tali *screening* genetici⁸⁸.

Pure la Commissione Europea si è occupata del tema, adottando, rispettivamente, la Comunicazione 27 agosto 2001⁸⁹ e la Decisione 31 ottobre 2002⁹⁰, anch'esse riconducibili alla oramai più volte citata logica "proibizionista". In effetti, in questi documenti la Commissione Europea prende posizione relativamente all'opportunità che il ricorso agli *screening* genetici sui lavoratori venga vietato o quanto meno circoscritto attraverso una specifica legislazione comunitaria, ponendo altresì in luce l'importanza, specie nel caso in cui si prescelga non di vietare del tutto il ricorso ai suddetti *screening*, bensì di regolamentarlo, del coinvolgimento delle parti sociali. Secondo la Commissione Europea tale coinvolgimento dovrebbe esplicitarsi in uno specifico obbligo di informazione e consultazione, finalizzato alla conclusione di un accordo collettivo in merito all'eventuale – e comunque circoscritto – utilizzo di test preassuntivi, anche genetici⁹¹.

Da ultimo, non può non citarsi, per il grado di approfondimento che lo caratterizza, il Parere del Gruppo Europeo per l'etica nelle scienze e nelle nuove tecnologie alla Commissione Europea n. 18 del 28 luglio

⁸⁴ Relativa ai «Problemi etici e giuridici della manipolazione genetica».

⁸⁵ Si v., in particolare, i punti da 14 a 16 di detta Risoluzione.

⁸⁶ Concernente la «Tutela dei diritti umani e della dignità dell'essere umano in relazione alle applicazioni biologiche e mediche».

⁸⁷ Dedicata al «Rispetto dei diritti umani nell'Unione Europea».

⁸⁸ Si v., su questo punto, A. TROISI, *op. ult. cit.*, 62.

⁸⁹ Con la quale si è dato inizio alla «Prima fase di consultazione delle parti sociali sulla protezione dei dati personali dei lavoratori».

⁹⁰ Che ha invece riguardato la messa in campo della «Seconda fase di consultazione delle parti sociali sulla protezione dei dati personali dei lavoratori».

⁹¹ Si cfr., soprattutto, il paragrafo 4 della Decisione del 31 ottobre 2002, cit.

2003, concernente specificamente gli «aspetti etici dei test genetici sul luogo di lavoro».

Il suddetto Parere si pone in linea di continuità con tutte le altre “fonti” che si sono fino ad ora citate, evidenziando anch’esso l’opportunità (non soltanto giuridica, ma anche etica), di vietare gli *screening* genetici sui lavoratori e di ammettere il monitoraggio genetico unicamente nel caso in cui vi sia il rischio che i lavoratori stessi subiscano un danno alla salute derivante dall’ambiente di lavoro che non possa essere prevenuto ed escluso diversamente e con altri mezzi⁹².

Il divieto degli *screening* genetici si giustificerebbe, secondo il Gruppo Europeo, sulla base del fatto che nel rapporto di lavoro può tenersi in considerazione solo lo stato di salute attuale del lavoratore, mentre non sarebbe corretto fare affidamento su test predittivi dall’affidabilità attualmente troppo incerta, quali sono, per l’appunto, i test genetici⁹³.

Peraltro, anche secondo il Gruppo Europeo (così come secondo molti altri organismi sovranazionali, come si è avuto modo di dire in precedenza), il divieto di effettuare i suddetti test sui lavoratori potrebbe essere declinato in modo tale da patire talune eccezioni, che dovrebbero ad ogni buon conto essere corredate da una serie di accorgimenti, in parte già sperimentati con riferimento ad istituti tipici del diritto del lavoro. Ci si riferisce, a titolo di esempio, al fatto che gli *screening* genetici possano considerarsi ammissibili soltanto per ragioni di tutela della salute e della sicurezza del lavoratore; che essi abbiano una riconosciuta validità scientifica; che essi vengano condotti osservando i principi di proporzionalità e non discriminazione; che essi possano essere effettuati unicamente laddove vi sia l’assenso preventivo delle organizzazioni sindacali ed il consenso del lavoratore o aspirante tale ad essi sottoposto; che, infine, una volta effettuati gli *screening* genetici, al datore di lavoro venga comunicata unicamente l’inidoneità del lavoratore allo svolgimento di determinate mansioni, ma non la causa di tale inidoneità⁹⁴.

Da ultimo, il parere sottolinea l’opportunità che l’Unione Europea adotti un atto normativo sull’argomento, al fine di evitare che una regolamentazione diversificata di esso nei diversi Stati membri possa inci-

⁹² V. in particolare il paragrafo 2 del suddetto Parere.

⁹³ In proposito, si cfr. la ricostruzione compiuta da A. TROISI, *Sulla tutela dell’identità genetica del lavoratore*, cit., 63 ss.

⁹⁴ E’ quanto stabilito dal paragrafo 2 del citato Parere.

dere negativamente sul principio fondamentale della libera circolazione dei lavoratori⁹⁵. Ed in effetti, se i Paesi appartenenti all'Unione Europea si muovessero in ordine sparso, un rischio di questo genere potrebbe senz'altro sussistere, soprattutto in merito alla questione dei test genetici preassuntivi.

5. *Riflessioni conclusive*

Volendo trarre, a questo punto, qualche conclusione da quanto si è detto nelle pagine precedenti, va rilevato come, a livello sovranazionale, il tema del rapporto tra dati genetici e diritto del lavoro si presti essenzialmente a due diversi ordini di riflessioni.

Da un lato, è evidente come gli organismi internazionali ed europei che si sono occupati del suddetto tema si siano soffermati più sui pericoli ad esso connessi che sulle sue potenzialità positive. In effetti, da tutte le "fonti" che si sono precedentemente esaminate emerge con chiarezza l'elevato livello di preoccupazione di tali organismi in merito all'utilizzo dei test genetici nel rapporto di lavoro, di cui viene messo in luce a più riprese il potenziale discriminatorio. Preoccupazione che scema, peraltro solo parzialmente, in merito alla possibilità di sottoporre i lavoratori a monitoraggio genetico a fini di tutela della loro salute e sicurezza sul luogo di lavoro. Sotto questo profilo, infatti, pur ammettendo l'utilità di siffatto monitoraggio, le "fonti" considerate sottolineano la necessità di dare vita, in proposito, ad una regolamentazione stringente, in grado di scongiurare gli abusi.

Dall'altro lato, emerge con altrettanta chiarezza come la stragrande maggioranza dei documenti elaborati dagli organismi internazionali ed europei in materia di dati genetici e rapporto di lavoro appartengano al novero di quelli non giuridicamente vincolanti, siano, cioè di *soft law*. Come si è visto, nemmeno la riconduzione dei rischi connessi alla raccolta ed al trattamento dei dati genetici alle manifestazioni emergenti di discriminazione, effettuata a livello OIL, ha potuto andare al di là del mero apprezzamento espresso dall'Organizzazione nei confronti di quei

⁹⁵ Si cfr., ancora una volta, il paragrafo 2 del *Parere del Gruppo Europeo per l'etica nelle scienze e nelle nuove tecnologie*, cit. Per approfondimenti su siffatta tematica si v., a titolo di esempio, S. NAPPI, *Libera circolazione dei lavoratori subordinati*, in *Diritto del Lavoro, Commentario*, diretto da F. CARINCI, Vol. XI, *Diritto del lavoro dell'Unione Europea* (a cura di F. CARINCI e A. PIZZOFERRATO), Torino, 2010, 251 ss.

legislatori nazionali che hanno introdotto normative “proibizioniste” sul punto⁹⁶.

Dall’ampiezza e dalla rapidità con le quali si diffonderanno tali legislazioni nazionali dipenderà la futura adozione di un atto normativo giuridicamente vincolante in sede internazionale o, più probabilmente, comunitaria. Se infatti le ragioni istituzionali e gli squilibri interni di cui si è detto nel dettaglio portano a dubitare che l’OIL possa occuparsi, in una delle prossime sessioni del proprio organo “parlamentare”, della tematica in esame, l’Unione Europea, stante la maggiore omogeneità degli Stati membri che ne fanno parte e la loro sempre più diffusa sensibilità per tale tematica, potrebbe avere maggiori prospettive di successo nell’adozione di un atto normativo *ad hoc*, ovvero nell’aggiornare lo strumentario di diritto antidiscriminatorio già esistente⁹⁷. Si tratterebbe, del resto, di un intervento normativo auspicabile perché non limitato ad accrescere la tutela dei diritti dei lavoratori nei diversi Paesi membri, bensì anche, in chiave più propriamente comunitaria, ad agevolare – o quanto meno a non ostacolare – la libera circolazione dei lavoratori sul territorio dell’Unione Europea che, costituendo una delle libertà fondamentali su cui la stessa Unione Europea si fonda, assume una rilevanza del tutto particolare anche (se non soprattutto) sul piano giuridico.

⁹⁶ Si v., su questo punto, l’analisi condotta, *supra*, nel corso del paragrafo 3.

⁹⁷ Rappresentato, come noto, dall’intersecarsi di disposizioni di diritto comunitario primario e da provvedimenti di diritto comunitario derivato (tra cui spicca, per importanza, la direttiva 2000/78/CE del Consiglio del 27 novembre 2000, che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro): in proposito si cfr., a titolo di esempio, L. PIGNATARO, *Il principio di non discriminazione nelle fonti comunitarie primarie e la sua declinazione nella regolamentazione derivata (la direttiva 2000/78/CE e la direttiva 2000/43/CE)*, in *Diritto del Lavoro, Commentario*, diretto da F. CARINCI, Vol. XI, *Diritto del lavoro dell’Unione Europea*, cit., 401 ss.