

«BIODIRITTO DEL LAVORO» E TUTELA ANTIDISCRIMINATORIA: I DATI GENETICI DEL LAVORATORE

Anna Trojsi

SOMMARIO: 1. *La discriminazione genetica del lavoratore: analisi di «Biodiritto del lavoro».* – 2. *I possibili utilizzi dei dati genetici nel settore del lavoro.* – 3. *Proposta di regolazione della materia: la tutela antidiscriminatoria del lavoratore.*

1. La discriminazione genetica del lavoratore: analisi di «Biodiritto del lavoro»

Al fine di individuare gli strumenti di tutela dei dati genetici dei lavoratori dai possibili utilizzi discriminatori degli stessi (appunto, di c.d. «tutela antidiscriminatoria» dei lavoratori) – tanto quelli (in verità, pochi e non del tutto soddisfacenti) già posti dall'ordinamento, quanto quelli oggetto di eventuale disciplina futura – occorre, senza dubbio, partire dall'analisi delle caratteristiche della «discriminazione genetica»¹ nel lavoro. La conoscenza di queste costituisce, infatti, un presupposto indispensabile soprattutto per poter, poi, provare a tratteggiare alcune proposte di regolazione della materia, a tutela dei lavoratori.

Tale indagine è necessaria, in particolar modo, per questo tipo di discriminazione – che si concreta nel perpetrarsi di ingiustificate disparità di trattamento tra i lavoratori, fondate sulle caratteristiche genetiche del soggetto – dal momento che essa rappresenta una delle prospettive più nuove, e quindi sconosciute, della discriminazione dei lavoratori; e, come tale, ovviamente sprovvista di disciplina, per cui le

¹ Su cui, v. in generale, C. CASONATO, *La discriminazione genetica: una nuova frontiera nei diritti dell'uomo?*, in AA.VV., *I diritti fondamentali in Europa*, XV Colloquio biennale (Messina-Taormina, 31 maggio-2 giugno 2001), Milano, 2002, pp. 641 ss.

riflessioni che seguono vogliono fungere da suggerimenti nei confronti del legislatore futuro.

E così, è possibile sostenere che, in effetti, con i dati genetici cambi la morfologia della discriminazione². Ciò, in quanto essa presenta delle caratteristiche assolutamente nuove, non paragonabili a quelle delle altre cause di discriminazione nel campo del lavoro (sesso – ovvero genere – e orientamento sessuale, razza e origini etniche, lingua, convinzioni personali e opinioni, età, eccetera), neppure delle forme più frequenti di discriminazione basata sullo stato di salute (sieropositività e *Aids*, tossicodipendenza e alcolismo, disabilità, eccetera).

Difatti, nelle forme di discriminazione più «tradizionali» è l'appartenenza ad una determinata «categoria» – ad esempio: donne, extracomunitari, omosessuali, sieropositivi, tossicodipendenti, alcolisti, disabili, eccetera – che determina il rischio di discriminazione, per cui è più facile la identificazione dei soggetti potenzialmente esposti, derivando tale pericolo appunto dall'inquadramento in uno dei gruppi «a rischio».

Nel caso delle caratteristiche genetiche, non è, invece, possibile individuare «categorie» di soggetti sicuramente a rischio di discriminazione, in quanto non si tratta di una discriminazione per gruppi ben delimitati, bensì basata sulle «condizioni personali» individuali, mutevoli da soggetto a soggetto, e da caso a caso, per di più frutto di combinazioni infinite, e pertanto è molto più complicato riconoscere le ipotesi di discriminazione, eventuale o attuale. Ognuno può essere potenzialmente vittima di discriminazioni, a causa di innumerevoli ragioni diverse legate all'estrema variabilità e complessità del corredo genetico, perché non esistono in assoluto esseri umani di serie A e di serie B sulla base di questo. Può, anzi, verificarsi la situazione per cui, a seconda delle caratteristiche genetiche – o addirittura, proprio per una stessa caratteristica genetica – un soggetto venga preferito in alcuni contesti, o per lo svolgimento di alcuni lavori, e discriminato in altri. O, meno drasticamente, può accadere che una determinata caratteristica genetica venga considerata indifferente

² Sul punto, v. pure A. TROISI, *La discriminazione genetica nel lavoro. Intrecci con la discriminazione culturale e di genere*, in R. SANTUCCI, G. NATULLO, V. ESPOSITO, P. SARACINI (a cura di), *“Diversità” culturali e di genere nel lavoro tra tutele e valorizzazioni*, Milano, 2009, p. 226.

rispetto all'espletamento di una certa attività, ed invece rilevante per un'altra attività.

Al tempo stesso, poi, in molti casi la discriminazione genetica si combina con altri fattori di discriminazione, come in particolare quella relativa all'origine etnica degli individui, quando un certo tipo di connotati genetici è comune ad una pluralità di soggetti caratterizzata da omogeneità ed estensione, per l'appartenenza ad uno stesso territorio o ad una medesima razza o famiglia biologica. In tali limiti, essa è riconducibile ad una struttura di tipo «categoriale», suscettibile di dar vita a rischi di stigmatizzazione, e quindi, sotto questo profilo, riguarda anche una dimensione collettiva, particolarmente significativa in società multietniche e multiculturali.

Come pure, la discriminazione genetica può combinarsi con quella di genere, ed assumere anche in questo caso una valenza collettiva. Basti pensare all'aborto selettivo di massa basato sul sesso del nascituro, anche in stadi avanzati della gravidanza, praticato in alcuni Paesi, come India e Cina, che sacrificano i feti di sesso femminile in quanto le donne sono considerate meno produttive dei maschi dal punto di vista della futura vita lavorativa.

A differenza delle altre forme di discriminazione, infine, quella genetica non è basata su uno stato «attuale» del soggetto, già concretizzatosi nel momento in cui viene perpetrata la discriminazione (l'essere, ad esempio, affetto da una determinata malattia o menomazione), ma su una condizione meramente «potenziale», di incerto avveramento.

Questo comporta, tra l'altro, anche il cambiamento – nel senso della estensione – della nozione di «stato di salute» del lavoratore, nonché di quella di «idoneità psico-fisica» al lavoro: che non possono più considerarsi legate esclusivamente ad un fattore contingente, cioè alle condizioni attuali del soggetto, ma anche a quelle future, verificate in prospettiva; ed inoltre, devono basarsi sulla valutazione dell'incidenza, oltre che di patologie già sviluppate, pure di malattie che solo con una certa probabilità (e, in casi rari, con sicurezza) potrebbero presentarsi in seguito.

La discriminazione genetica ha, in definitiva, dei confini particolarmente sfumati e più difficili da individuare, specie nel lavoro: dove, anche per le caratteristiche di questo tipo di dati, è molto più complesso e delicato riuscire a distinguere tra la discriminazione vietata e, invece, le opportunità positive dell'utilizzo delle informazioni

genetiche dei lavoratori, come la tutela della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro e la legittima valutazione dell'idoneità fisica (o meno) al lavoro.

Ciò rende sicuramente più complicata l'applicazione a questa dei meccanismi di tutela delle discriminazioni tradizionali, neppure tramite adattamenti rispetto al modello di riferimento, cioè quello della discriminazione di genere.

C'è anche da dire, comunque, che il tema dell'utilizzo dei dati genetici in ambito lavorativo appartiene ancora, almeno nell'ordinamento italiano, ad una prospettiva futura, in quanto – a differenza di ciò che accade in altri Paesi, in particolare negli Stati Uniti, in cui è già sviluppata la pratica di sottoporre i lavoratori, o gli aspiranti tali, a *test* genetici – anche a causa dei costi dei *test*, questi in Italia non risultano impiegati. Ma si tratta di un futuro ormai non lontano, dal momento che si prevede il diffondersi del ricorso a tali pratiche, come conferma la crescente attenzione, a livello non solo internazionale ed europeo, ma anche nazionale, al problema.

Questa rappresenta, anzi, una delle frontiere più problematiche, e al tempo stesso stimolanti, della scienza giuridica, in quanto pone esigenze di regolazione e di tutela non del tutto prevedibili, né agevolmente fronteggiabili con le categorie giuridiche tradizionali, tanto da essere all'origine dello sviluppo di una nuova branca del diritto, appunto il c.d. «biodiritto»³, col compito di fornire soluzioni giuridiche alle questioni della bioetica.

Applicato alla materia del lavoro, questo consente di individuare una nuova prospettiva di studio e di ricerca nel campo del diritto del lavoro, in verità fino ad oggi non ancora oggetto di approfondimento in chiave sistematica: quella che, appunto, può essere denominata come «Biodiritto del lavoro». Esso deve prefiggersi l'obiettivo di indagare il rilievo della «salute» del lavoratore nel rapporto di lavoro (analizzandone tutte le fasi, da quella preassuntiva e della instaurazione del rapporto, a quella dello svolgimento e della gestione dello stesso, fino a quella della sua estinzione), nel mercato del lavoro e nel sistema della previdenza-sicurezza sociale: evidenziandone forme, modalità, limiti, discipline esistenti (alquanto scarse e disorganiche, specie a livello nazionale, con la conseguente necessità di

³ V., tra tutti, C. CASONATO, *Introduzione al biodiritto*, Torino, 2012; S. RODOTÀ, M. TALLACCHINI (a cura di), *Ambito e fonti del biodiritto*, Milano, 2010.

ricostruire il panorama di diritto internazionale e dell'Unione europea, nonché di rivolgere uno sguardo attento alla comparazione giuridica, al fine di trarre spunti normativi importabili nel nostro Paese), esigenze di tutela da soddisfare e possibili strumenti di regolazione.

Il tema è dotato di notevole articolazione, investendo problemi connessi alla tutela della personalità umana, e in special modo, al contempo, dell'identità «biologica» (ovvero «naturale») e di quella «culturale», e quindi della stessa «identità personale»⁴, funzionale alla garanzia del «diritto alla diversità» e della «libertà di autodeterminazione». Ed è, quindi, un tema nel quale, anche da questo punto di vista, alla dimensione individuale si affianca sempre di più quella collettiva, parallelamente all'affermarsi e al consolidarsi di società multietniche e multiculturali⁵.

E, con particolare riferimento ai dati genetici, è ormai possibile configurare, come componente dell'«identità personale», appunto l'«identità genetica» del soggetto, nei cui confronti è avvertita un'esigenza di protezione dai pericoli del c.d. «determinismo genetico», anche mediante il riconoscimento di un nuovo, relativo diritto della persona: appunto, il «diritto all'identità genetica» della stessa⁶.

L'approfondimento delle problematiche concernenti la tutela della «persona» del lavoratore diventa a maggior ragione necessario, proprio in periodi, come quello attuale, in cui – di fronte ai problemi sempre più pressanti della disoccupazione – l'attenzione è, invece, rivolta più alle questioni di governo del «mercato del lavoro», diventando primario l'obiettivo di incrementare o almeno mantenere i livelli occupazionali, attraverso la creazione e l'incentivazione di nuove opportunità e forme di lavoro, caratterizzate da varie, ma sempre cospicue, dosi di flessibilità, e talvolta di vera e propria precarietà. Ciò, in quanto i diritti attinenti alla «persona» del lavoratore, come appunto quelli relativi al dominio sulle proprie informazioni, sono inevitabilmente i primi ad essere messi in discussione e quelli più a

⁴ L. TRUCCO, *Introduzione allo studio dell'identità individuale nell'ordinamento costituzionale italiano*, Torino, 2004, sp. pp. 53 ss. e 171 ss.; P. ZATTI, *Dimensioni ed aspetti dell'identità nel diritto privato attuale*, in *Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 2007, suppl. al n. 4, p. 1. Ma già S. RODOTÀ, *Tecnologie e diritti*, Bologna, 1995.

⁵ L. CHIEFFI (a cura di), *Bioetica e diritti dell'uomo*, Torino, 2000; L. CHIEFFI (a cura di), *Il multiculturalismo nel dibattito bioetico*, Torino, 2005.

⁶ V. A. TROJSI, *Il diritto del lavoratore all'identità genetica*, in A. VISCOMI (a cura di), *Diritto del lavoro e società multiculturale*, Napoli, 2011, p. 229.

rischio di essere sacrificati, quando prevale il bisogno di trovare lavoro, e quando il prestatore non ha un lavoro «stabile»⁷.

Una delle più evidenti novità di tale tipo di approccio di «biodiritto (del lavoro)» è, infine, rappresentata dalla necessaria interdisciplinarietà tra diritto e scienze mediche (e biomediche). I possibili utilizzi dei *test* genetici nel lavoro dipenderanno, infatti, molto dai progressi della medicina, dal tipo e dalla utilità, dall'importanza e dalla delicatezza delle informazioni che si potranno ricavare⁸. Ma essi saranno di notevole portata e dalle implicazioni significative, se – come si prevede – con il perfezionamento delle tecniche di mappatura del genoma, aumenterà considerevolmente il numero di malattie di cui è possibile stabilire non solo la semplice «predisposizione» (la mera «probabilità futura») del soggetto ad ammalarsi, ma addirittura la «certezza» di contrarle e l'età in cui la malattia si svilupperà.

2. I possibili utilizzi dei dati genetici nel settore del lavoro

Nel settore del lavoro la conoscenza delle informazioni genetiche – e quindi dello stato di salute potenziale del lavoratore – può essere perseguita, in quanto considerata utile dal datore di lavoro non solo durante lo svolgimento del rapporto di lavoro, ma anche (e forse ancora di più) in fase preassuntiva. Molteplici sono, inoltre, le possibilità di utilizzo di tali dati nel campo della previdenza sociale.

Volendo, infatti, procedere ad una ricognizione più puntuale degli ambiti di impiego dei dati genetici nel lavoro⁹, è possibile individuare tre grandi aree:

⁷ Così M. D'ANTONA, *Diritto del lavoro di fine secolo: una crisi d'identità?*, in *Rivista Giuridica del Lavoro e della Previdenza Sociale*, 1998, I, pp. 314 ss.

⁸ Sul punto, v. in generale, L. CHIEFFI, *Le informazioni sul patrimonio genetico tra diritti del singolo e interessi pubblici*, in *Rivista AIC*, 2011, n. 4, in www.rivistaaic.it.

⁹ Sul tema, v. M. AIMO, *Privacy, libertà di espressione e rapporto di lavoro*, Napoli, 2003, pp. 87 ss.; M.T. ANNECCA, *Test genetici e diritti della persona*, in S. CANESTRARI, G. FERRANDO, C.M. MAZZONI, S. RODOTÀ, P. ZATTI (a cura di), *Il governo del corpo*, Milano, 2011, tomo I, pp. 406 ss.; 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 Labour Law Journal*, 1997, p. 555; J.J. FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, *Pruebas genéticas en el derecho del trabajo*, Madrid, 1999; S. GEVERS, *Use of genetic data, employment and insurance: an international perspective*, in *Bioethics*, 1993, n. 2-3, p. 126; R. GUARINIELLO, *Informazioni genetiche e riservatezza. Riflessioni sul mondo del lavoro*, in *Bioetica*,

- a) quella del *rapporto individuale di lavoro*, in cui il trattamento dei dati è effettuato dal datore di lavoro o per suo conto:
- 1) nella *fase preassuntiva*, al fine di selezionare i candidati ad un impiego, mediante l'identificazione di quelli non adatti ad una particolare mansione a causa di una malattia dichiarata o di un rischio di malattia, professionale e non, o per il possibile insorgere di stati invalidanti. Questa fase è particolarmente delicata, essendo tra quelle più a rischio di abusi da parte del datore di lavoro: sia perché egli ha maggiore interesse a sincerarsi dello stato di salute del lavoratore, avendo la possibilità di evitare un'assunzione che non si rivelerebbe sufficientemente vantaggiosa, in caso di morbilità o di non totale efficienza psico-fisica del prestatore; sia anche perché il desiderio di trovare un'occupazione e l'incertezza sull'esito della ricerca pongono l'«aspirante lavoratore» in una condizione di maggiore debolezza rispetto a chi è già «dipendente», rendendolo più vulnerabile e disposto a rinunciare ai diritti relativi alla tutela della «persona», accettando indebite ingerenze sui propri dati;
 - 2) nel corso dello *svolgimento del rapporto* di lavoro, al fine dell'adozione di decisioni e di provvedimenti di gestione del rapporto, riguardanti i lavoratori (ad

2002, p. 671; F. INTRONA, *Lo screening genetico ed il giudizio di idoneità al lavoro*, in *Diritto e Società*, 1992, p. 29; G. LYON-CAEN, *Genétique et Droit du Travail*, in *Revue Internationale de Droit Économique*, 1993, n. 3, p. 68; V. MELE, G. GIRLANDO, E. SGRECCIA, *La diagnosi genetica sui lavoratori: recenti acquisizioni scientifiche, problematiche etiche ed etico-giuridiche*, in *Medicina e Morale*, 1990, p. 301; E. RIZZO, *Informazioni genetiche e riservatezza. Implicazioni in tema di contratti di assicurazione e di rapporti di lavoro*, in *Rassegna Amministrativa della Sanità*, 2001, n. 2, p. 122; E. STEFANINI, *Dati genetici e diritti fondamentali. Profili di diritto comparato ed europeo*, Padova, 2008, pp. 69 ss.; A. TROJSI, *Sulla tutela dell'identità genetica del lavoratore*, in *Giornale di Diritto del Lavoro e di Relazioni Industriali*, 2008, p. 47 (cui si rinvia per ulteriori riferimenti bibliografici); A. TROJSI, *Genetic Data and Labour Law*, in C. CASONATO, C. PICIOCCHI, P. VERONESI (a cura di), *Forum BioDiritto 2009. I dati genetici nel Biodiritto*, Padova, 2011, p. 71; E. VIGO, *Dna: quale futuro per la privacy dei lavoratori dipendenti?*, in *Rivista Critica di Diritto del Lavoro*, 1994, p. 243; A.M. ZOCCHI DEL TRECCO, *Aids e informazioni sul patrimonio genetico*, in *Diritto e Pratica del Lavoro*, 1991, p. 1649.

esempio, modifica delle mansioni lavorative, promozione del lavoratore, trasferimento, licenziamento, misure protettive dell'ambiente di lavoro).

La particolarità delle malattie genetiche – rispetto alle patologie comunemente considerate – è rappresentata dal fatto che, al momento dell'assunzione, è possibile (ed anzi, frequente, come già detto) che queste non si siano ancora sviluppate, ma si manifesteranno in seguito, anche in fasi avanzate della vita lavorativa (nonché, per la maggior parte di esse, solo eventualmente, e non con sicurezza, sia per l'*an*, sia per il *quando*); per cui il datore di lavoro verifica la convenienza economica non attuale, ma «in prospettiva», di assumere o di tenere un lavoratore, in termini di costi e di oneri;

- b) quella del *mercato del lavoro*, poiché il problema del trattamento dei dati genetici si pone anche nella fase ancora precedente a quella preassuntiva, e per le stesse ragioni individuate per questa: appunto, nella fase della ricerca e della selezione del personale, specialmente se tali attività vengono effettuate da agenzie private;
- c) infine, quella della *previdenza sociale*, nella quale emergono questioni analoghe a quelle relative all'utilizzo dei dati genetici nel campo delle assicurazioni, a conferma dei profili più spiccatamente assicurativi del sistema previdenziale. Al riguardo, occorre ulteriormente distinguere:
 - 1) le tutele previdenziali pubbliche per *gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali e per l'invalidità e l'inabilità*, per le quali le caratteristiche genetiche del soggetto potrebbero incidere sostanzialmente sull'obbligo contributivo, la cui misura potrebbe essere rapportata alla valutazione della probabilità e della gravità della malattia, al grado di invalidità prevedibile e alla durata presunta di questa (permanenza o temporaneità della causa della diminuzione della capacità psico-fisica del soggetto);

- 2) le tutele previdenziali e assistenziali pubbliche per *la vecchiaia*, per le quali i dati genetici potrebbero condizionare, più che l'obbligazione contributiva, soprattutto la quantificazione della prestazione previdenziale, mediante la previsione della proporzionalità dei trattamenti previdenziali alla durata presunta della vita (di importo inferiore per soggetti con minore possibilità di malattie e, quindi, con maggiore aspettativa di sopravvivenza);
- 3) infine, *la previdenza complementare*, in cui il pericolo di diversificazione e di personalizzazione dei premi e delle prestazioni in funzione del rischio è ancora più forte, considerata la natura volontaria-facoltativa e integrativa di questa, ispirata a logiche per molti versi privatistiche.

A questo bisogna aggiungere che, in tutti gli ambiti appena delineati, potrebbero risultare rilevanti anche i dati genetici dei familiari del lavoratore. Ciò, in considerazione, ad esempio, del fatto che il prestatore beneficia di agevolazioni sul piano lavorativo – permessi dal lavoro e congedi, emolumenti di natura previdenziale, forme di assistenza, eccetera – legate alle condizioni di salute dei suoi congiunti.

3. Proposta di regolazione della materia: la tutela antidiscriminatoria del lavoratore

Da quanto detto risulta evidente il perché della prevalenza della preoccupazione per i rischi di discriminazione, che caratterizza l'approccio complessivo al tema: come è confermato dalla enunciazione del divieto di discriminazione fondata sulle caratteristiche genetiche della persona, anche specificamente nel settore del lavoro, praticamente da parte di tutte le più rilevanti fonti internazionali (anche europee) in materia. Norme sulla discriminazione genetica nel lavoro risultano, infatti, predisposte da: l'Organizzazione internazionale del lavoro (Oil); l'Unesco; l'Organizzazione delle nazioni unite (Onu);

l'Organizzazione mondiale della sanità (Oms); il Consiglio d'Europa; l'Unione europea¹⁰.

In effetti, questo timore è particolarmente forte, come dimostra il fatto che quello dell'occupazione costituisce il settore maggiormente oggetto di attenzione da parte delle fonti internazionali sui dati genetici, insieme a quello delle assicurazioni (sanitarie e sulla vita), cui è spesso accomunato per l'affinità delle problematiche. Ed è così sentito da essere, nei documenti che si occupano di questo profilo, alla base di una rigida delimitazione, e talvolta di una chiusura netta, di un atteggiamento proibizionista, nei confronti dell'utilizzo dei dati genetici in ambito lavorativo, specie se essi sono frutto di «*screening* genetici» sui lavoratori, mentre è possibile riscontrare una maggiore apertura nei confronti del c.d. «monitoraggio genetico».

In linea con le indicazioni provenienti dalle fonti internazionali e dell'Unione europea, anche nel nostro ordinamento pare prevalere la preoccupazione per i rischi di discriminazione, sulla considerazione delle possibili utilità dei *test* genetici nel campo del lavoro. Essa è, infatti, alla base del sostanziale divieto (tranne che in ipotesi eccezionali e tassative, a tutela della salute del lavoratore: punti 3.1 e 3.2, lett. b) di ricorso a *test* genetici in ambito lavorativo, sancito dall'Autorizzazione generale del Garante per la protezione dei dati personali al trattamento dei dati genetici del 24 giugno 2011 (efficace fino al 31 dicembre 2012) – unica fonte di disciplina del trattamento dei dati genetici in Italia, essendovi appunto una apposita delega in tal senso nell'art. 90 del d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196¹¹ – forse in ragione

¹⁰ Per una approfondita disamina di tali fonti, sia consentito rinviare a A. TROJSI, *Sulla tutela dell'identità genetica del lavoratore*, cit., pp. 56-65. Cfr. inoltre, C. CAMPIGLIO, *Il principio di non discriminazione genetica nella recente prassi internazionale*, in *Diritti Umani e Diritto Internazionale*, 2008, p. 513. Per la prospettiva di diritto comparato, v. inoltre, P. TORRETTA, *Privacy e nuove forme di discriminazione rispetto alla circolazione delle informazioni genetiche: sistemi giuridici di tutela a confronto*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it/dottrina/libertadiritti/Torretta.pdf, 2010, sp. pp. 38 ss.

¹¹ F. CAGGIA, *Il trattamento dei dati sulla salute, con particolare riferimento all'ambito sanitario*, in V. CUFFARO, R. D'ORAZIO, V. RICCIUTO (a cura di), *Il codice del trattamento dei dati personali*, Torino, 2007, pp. 437 ss.; V. D'ANTONIO, *I dati genetici*, in F. CARDARELLI, S. SICA, V. ZENO ZENCOVICH (a cura di), *Il codice dei dati personali. Temi e problemi*, Milano, 2004, pp. 355 ss.; R. DE FRANCO, *Sub art. 90*, in C.M. BIANCA, F.D. BUSNELLI (a cura di), *La protezione dei dati personali. Commentario al D.Lgs. 30 giugno 2003, n. 196 («Codice della privacy»)*, Padova, 2007, tomo II, p. 1346; A. PARISI, *Sub art. 90*, in S. SICA, P. STANZIONE (diretto da), *La*

della particolare delicatezza dei valori «esistenziali» in gioco in tale settore e della assenza di una regolamentazione legislativa specifica dell'utilizzo dei dati genetici nel lavoro in Italia, diversamente da quanto avviene in altri Paesi.

Posta, inoltre, in ogni caso, l'applicabilità ai dati genetici della disciplina lavoristica sullo stato di salute del lavoratore [in particolare, l'art. 5 della l. 20 maggio 1970, n. 300 (il c.d. «Statuto dei lavoratori») e il d.lgs. 9 aprile 2008, n. 81 (il c.d. «Testo unico» in materia di tutela della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro)]¹² – integrata, per quanto compatibile, dalla normativa sulla protezione dei dati personali di cui al d.lgs. n. 196/2003 – non v'è dubbio che una regolamentazione legislativa apposita del trattamento dei dati genetici dei lavoratori, ispirata alle indicazioni internazionali in materia, aggiungerebbe maggiore forza ai principi e alle norme in tema di salute del lavoratore in genere, anche in ragione delle peculiarità del tipo di informazioni, bisognose di regole mirate.

Essa garantirebbe, infatti, il contemperamento tra le esigenze contrapposte che vengono in rilievo in questo caso: da una parte, appunto il diritto del lavoratore a non subire penetranti accertamenti e giudizi sulle proprie qualità intrinseche non rilevanti ai fini del rapporto di lavoro; dall'altra parte, l'interesse del datore di lavoro al controllo sulla capacità lavorativa del prestatore e l'interesse pubblico alla tutela della salute e della sicurezza sul lavoro¹³.

Ciò, in quanto – come già detto – al rischio di discriminazione si contrappongono potenzialità positive delle indagini genetiche, che non possono non essere considerate e che sono rappresentate dalla disponibilità di un ulteriore strumento: sia di tutela della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro, consentendo questo di adottare misure e comportamenti tesi a limitare al massimo il rischio d'insorgenza della malattia per cui esiste predisposizione, nel caso di patologie connesse

nuova disciplina della privacy. Commento al d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196, Bologna, 2004, p. 385; G. SANTANIELLO, *Genoma: le leggi che tutelano i dati ci sono*, in *Ragiusan*, 2000, n. 195, p. 458.

¹² Sul punto, sia consentito rinviare ad A. TROJSI, *Sulla tutela dell'identità genetica del lavoratore*, cit., pp. 70 ss.

¹³ L. CHIEFFI, *Analisi genetica e tutela del diritto alla riservatezza. Il bilanciamento tra il diritto di conoscere e quello di ignorare le proprie informazioni biologiche*, in *www.associazionedeicostituzionalisti.it*, 2009, sp. pp. 12-13.

con l'ambiente di lavoro o con le sostanze e i materiali utilizzati¹⁴; sia, più in generale, di ausilio alla collocazione del lavoratore giusto nel posto giusto.

La soluzione normativa più opportuna potrebbe essere simile a quella adottata dal legislatore per il caso dell'*Aids* (artt. 5 e 6, l. 5 giugno 1990, n. 135, come integrati dalla sentenza additiva della Corte costituzionale 2 giugno 1994, n. 218), della tossicodipendenza (artt. 124 e 125, d.p.r. 9 ottobre 1990, n. 309) e dell'alcolismo (art. 15, l. 30 marzo 2001, n. 125); e potrebbe, inoltre, in parte ispirarsi alla ampia tutela contro le discriminazioni basate sull'*handicap* (d.lgs. 9 luglio 2003, n. 216, attuativo della direttiva 2000/78/CE del 27 novembre 2000), nonché sulla razza e sull'origine etnica (d.lgs. 9 luglio 2003, n. 215, attuativo della direttiva 2000/43/CE del 29 giugno 2000).

Occorrerebbe, quindi, predisporre tecniche normative promozionali, da affiancare ai divieti di discriminazione o, comunque, di utilizzo illecito dei dati genetici nel lavoro.

E così, la legge dovrebbe procedere, in primo luogo, con uno sforzo di immaginazione, ad una tipizzazione delle ipotesi – legate, ovviamente, alla estrema peculiarità delle mansioni svolte dal lavoratore o della situazione di questo – in cui l'utilizzo dei dati genetici debba essere considerato indispensabile, e quindi sia consentito il ricorso ai *test* genetici, o per la verifica dell'idoneità psico-fisica del lavoratore, o ai fini della protezione della salute nel luogo di lavoro.

Tali ipotesi potrebbero essere individuate, ad esempio: nell'espletamento di attività che comportano rischi per la sicurezza, l'incolumità e la salute dei terzi, o un elevato pericolo di infortuni sul lavoro o di malattie professionali con origine anche parzialmente genetica, che cioè possano recare danno all'integrità propria o altrui, quando la patologia sia assolutamente pregiudizievole dello stare in azienda; o in eventuali altre attività lavorative, anch'esse da specificare, in cui, per la loro natura o per il contesto in cui vengono esercitate, le caratteristiche genetiche costituiscono un requisito essenziale e determinante ai fini dello svolgimento dell'attività medesima, richiedendo questa il possesso di particolari qualità psico-fisiche e

¹⁴ S. RODOTÀ, *Tra diritto e società. Informazioni genetiche e tecniche di tutela*, in *Rivista Critica del Diritto Privato*, 2000, pp. 601-602; S. RODOTÀ, *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, Milano, 2007, p. 196.

attitudinali¹⁵. Parimenti, occorrerebbe elencare tassativamente i casi in cui è permesso l'utilizzo di dati genetici relativi al lavoratore, o anche ai suoi congiunti, allo scopo di far godere al lavoratore stesso delle agevolazioni o di promuoverne necessità specifiche, o di prevenire o compensare svantaggi.

Al di fuori di queste fattispecie eccezionali, andrebbe, poi, sancito un generale divieto, penalmente sanzionato, di indagine e di trattamento dei dati genetici del lavoratore o dell'aspirante tale – da parte non solo del datore di lavoro, ma di qualunque soggetto, pubblico o privato, che venga a conoscenza e utilizzi le informazioni dei lavoratori per finalità occupazionali o previdenziali, incluso il personale sanitario – e di discriminazioni fondate su tali dati, magari anche attraverso l'inserimento delle condizioni genetiche nel catalogo di fattori dell'art. 15, co. 2, dello Statuto dei lavoratori, con la conseguente nullità dei relativi atti o patti datoriali.

La materia va, dunque, ovviamente, sottratta alla sfera dell'autonomia individuale e al potere di disposizione del lavoratore, resistendo in tal modo al fascino del «falso mito-luogo comune» del consenso dell'interessato al trattamento dei dati, che nel caso del lavoratore non costituirebbe affatto un elemento di garanzia, e che peraltro risulta notevolmente ridimensionato anche nella disciplina generale del d.lgs. n. 196/2003, lasciando il posto a garanzie eteronome.

Il legislatore dovrebbe, invece, predisporre, anche per le ipotesi di indagini genetiche consentite, speciali accorgimenti a tutela della libertà, della dignità e della riservatezza del lavoratore, resi necessari appunto dalle potenzialità discriminatorie e dal forte rischio di stigmatizzazione e di emarginazione del lavoratore, non solo nella vita lavorativa (da parte degli stessi colleghi, oltre che del datore di lavoro), ma pure, più in generale, nella vita sociale e di relazione.

Occorrerebbe, cioè, precisare che il ricorso ai *test* genetici non può avvenire su impulso del lavoratore, né tanto meno essere proposto dal datore di lavoro, ma può costituire solo una scelta del personale sanitario pubblico (in ogni caso, in posizione di indipendenza rispetto al datore, in modo da essere sottratto alla sua sfera di influenza), a sua volta ispirata a ragioni di assoluta inevitabilità degli esami, che deve, a tal fine, limitarsi a quelli che forniscano le informazioni strettamente

¹⁵ C. CASONATO, *La discriminazione genetica: una nuova frontiera nei diritti dell'uomo?*, cit., p. 664.

indispensabili in rapporto al responso specifico da rilasciare (relative, cioè, a singole patologie, meglio se a insorgenza certa o con elevato grado di probabilità), evitando indagini a più ampio raggio.

Occorrerebbe, inoltre, ribadire e specificare l'obbligo del segreto professionale del personale sanitario, disponendo che la comunicazione dei risultati possa essere data esclusivamente alla persona cui tali esami si riferiscono, e che al datore di lavoro non possa essere rivelato non solo l'esito dei *test*, ma neppure il fatto che questi sono stati svolti, in quanto al datore deve pervenire, in ogni caso, soltanto la certificazione finale di idoneità o meno alle mansioni, senza indicazione delle patologie o anomalie genetiche.

Andrebbero, poi, disciplinate le conseguenze dell'eventuale accertamento della inidoneità (parziale o totale) alle mansioni del lavoratore, all'esito delle indagini sulle caratteristiche genetiche di questo, come pure dell'eventuale, legittimo rifiuto del lavoratore di sottoporsi ai *test*.

In entrambe le ipotesi, sarebbe ragionevole la previsione di un obbligo del lavoratore, posto nel suo stesso interesse, di osservanza delle precauzioni (ed, eventualmente, delle cure sanitarie), prescritte dal personale medico, qualora queste consentano di ovviare ai rischi e di compensare l'inidoneità del lavoratore. Nel caso in cui non sia possibile il ricorso a tali misure, o qualora il lavoratore non intenda sottoporsi ad esse, il datore di lavoro sarebbe, poi, legittimato ad adottare, in prima battuta, un provvedimento di cessazione del lavoratore dall'espletamento della mansione, cui si accompagnerebbe un onere di trovargli un'altra utile collocazione lavorativa; e, solo in ultima analisi, qualora il datore dimostri l'impossibilità di impiegare altrimenti il lavoratore, si giustificerebbe il recesso dal rapporto.

Si pone, infine, il problema della effettività delle norme di tutela, cioè degli strumenti e dei meccanismi più adatti a garantirne il rispetto, specie nella fase preassuntiva, in modo da evitare discriminazioni basate sui dati genetici. Funzionali allo scopo potrebbero appunto risultare le sopra invocate tecniche «promozionali». Accanto alla tradizionale tecnica «difensiva» della previsione di «divieti», accompagnati da sanzioni «afflittive», e magari da una speciale tutela giurisdizionale antidiscriminatoria, potrebbero essere, infatti, introdotte sanzioni «positive» e misure incentivanti: come, ad esempio, clausole sociali che subordinino l'accesso a benefici economici o la partecipazione ad appalti e commesse pubbliche al

rispetto, da parte del datore di lavoro, della disciplina in materia; o azioni positive e strumenti di agevolazione dell'occupazione dei lavoratori portatori di difetti genetici accertati, eventualmente tramite l'inserimento di questi tra le categorie dei cc.dd. «lavoratori svantaggiati», secondo la nozione elaborata a livello di Unione europea e in via di consolidamento nell'ordinamento nazionale.

In questo, anche il sindacato potrebbe ricoprire un prezioso ruolo di vigilanza sul rispetto delle norme. Mentre, dal suo canto, l'autonomia collettiva potrebbe svolgere un compito di specificazione, in senso più protettivo per il lavoratore, delle regole di legge¹⁶.

Altrettanto utili potrebbero essere, infine, forme di controllo sociale, ad esempio da parte dei consumatori, specie se per il tramite delle relative associazioni, nell'ambito del diffondersi della cultura della responsabilità sociale dell'impresa.

¹⁶ U. ROMAGNOLI, *Privacy e rapporti di lavoro*, in G. RASI (a cura di), *Da costo a risorsa. La tutela dei dati personali nelle attività produttive*, Roma, 2004, p. 160.