

DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA

Cattedra di Diritto Comunitario del Lavoro

**LE DISCRIMINAZIONI DI NATURA SINDACALE
NEL DIRITTO INTERNAZIONALE ED EUROPEO**

RELATORE:

Prof. Fausta Guarriello

CANDIDATO:

Valentina Turco

Matricola: 096083

CORRELATORE:

Prof. Raffaele Fabozzi

Anno accademico 2012-2013

LE DISCRIMINAZIONI DI NATURA SINDACALE NEL DIRITTO INTERNAZIONALE ED EUROPEO

INTRODUZIONE

IV

CAPITOLO I

LE DISCRIMINAZIONI SINDACALI

1. Le discriminazioni sindacali e la libertà sindacale	1
2. Le discriminazioni in materia di impiego e professione	4
3. Le discriminazioni sindacali	11
3.1. Discriminazioni sindacali e affiliazione sindacale	15
3.2. Discriminazioni sindacali e libertà sindacale negativa	20
3.3. Discriminazioni sindacali e attività sindacale	24
3.4. Discriminazioni sindacali e contrattazione collettiva	28
4. I comportamenti plurioffensivi	34

CAPITOLO II

IL PRINCIPIO DI NON DISCRIMINAZIONE NEL DIRITTO INTERNAZIONALE ED EUROPEO

1. Le Nazioni unite	39
1.1. La Dichiarazione Universale dei Diritti dell'uomo	40

1.2. Il Patto internazionale sui diritti civili e politici e il Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali	43
1.3. Considerazioni conclusive	57
2. L'Organizzazione internazionale del Lavoro	59
2.1. L'ILO e la libertà sindacale: le Convenzioni n. 87 e n. 98	63
2.2. L'ILO e il principio di non discriminazione: la Convenzione n. 111	68
2.3. I sistemi di supervisione e controllo	72
2.3.1. Il Comitato sulla libertà sindacale	75
2.3.1.1. La "Giurisprudenza" del Comitato sulla libertà sindacale in materia di discriminazioni sindacali	78
2.4. Considerazioni conclusive	83
3. La Convenzione Europea per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali	87
3.1. L'articolo 14 e il Protocollo addizionale n. 12	88
3.2. La Corte Europea dei Diritti dell'Uomo	95
3.2.1. La Corte Europea dei Diritti dell'Uomo e la libertà sindacale	100
3.2.2. L'articolo 6 del TUE e il sistema multilivello di tutela dei diritti umani	108
3.3. Considerazioni conclusive	111
4. L'Unione Europea e il principio di non discriminazione	113
4.1. La Carta sociale del 1961	117
4.2. La Carta fondamentale dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori	120
4.3. Il Trattato di Amsterdam	122
4.4. La Carta di Nizza	128
4.5. Il Trattato di Lisbona	133
4.6. La direttiva n. 78 del 2000	135
4.6.1. La legittimazione ad agire	144
4.6.2. L'onere della prova	147
4.7. Considerazioni conclusive	152

CAPITOLO III

LE DISCRIMINAZIONI ANTISINDACALI IN ITALIA: FIAT vs FIOM

1. Rilievi introduttivi: l'ordinamento sindacale italiano	155
2. Il decentramento della contrattazione collettiva e la rottura dell'unità sindacale	159
3. L'estromissione della FIOM dall'azienda: i diversi orientamenti della giurisprudenza di merito e la remissione della questione di legittimità costituzionale al Giudice delle leggi	162
3.1. La sentenza della Corte Costituzionale	167
3.1.1. L'irragionevolezza dell'articolo 19	170
3.1.2. Il contrasto con la libertà sindacale e le discriminazioni derivanti dal potere di accreditamento del datore di lavoro	173
3.1.3. L'illegittimità costituzionale residua	178
4. La mancata assunzione degli iscritti FIOM da parte di FIP spa	179
4.1. Le opinioni sindacali sono da considerare convinzioni personali?	183
4.2. Le discriminazioni sindacali nell'ordinamento italiano	190
5. Considerazioni conclusive	192
CONCLUSIONI	195
BIBLIOGRAFIA	201

INTRODUZIONE

Il diritto antidiscriminatorio è l'area di raccordo tra due fondamentali valori della società: il lavoro, quale mezzo di produzione e strumento essenziale per la costruzione di una vita dignitosa, e la persona, intesa come centro di valori e di interessi, di cui devono essere tutelati la dignità e il valore.

Le discriminazioni nel mondo del lavoro hanno da sempre costituito un problema, che la globalizzazione dell'economia e la multiculturalità della nostra società hanno riproposto con straordinaria forza.

Tale fenomeno è tanto preoccupante se si riflette su quanto le pratiche discriminatorie siano diffuse e come sia proprio il lavoro il punto di ingresso privilegiato per liberare la società da queste.

Sono da considerare discriminatorie tutte le differenze di trattamento, corrisposte in ragione di una data caratteristica posseduta dal soggetto discriminato: rientrano in tale definizione qualsiasi distinzione, esclusione o preferenza che abbia l'effetto di negare o alterare l'uguaglianza di possibilità o di trattamento.

Le discriminazioni sindacali sono tra le più diffuse e perniciose, in quanto si traducono in un ostacolo all'esercizio delle libertà sindacali, di cui sono titolari tutti i lavoratori.

La criticità di tale fenomeno risulta evidente se si pensa che è proprio attraverso l'esercizio dei diritti sindacali, che si esprimono con l'adesione ad un sindacato e la partecipazione alle sue attività, che i lavoratori, organizzati collettivamente, possono tutelare i propri interessi economici e migliorare i termini e le condizioni di lavoro.

La mera affermazione della libertà sindacale, senza assicurarsi che essa sia adeguatamente garantita all'interno di ogni singolo rapporto di lavoro, attraverso un divieto generale di discriminazione sindacale, la renderebbe priva di effettività.

È, quindi, vietato qualsiasi comportamento del datore di lavoro, idoneo a limitare l'esercizio della libertà sindacale dei lavoratori, risultando così tutelato l'interesse dei singoli a non subire alcun pregiudizio o danno, in conseguenza della loro affiliazione o partecipazione alle attività sindacali.

Nel primo capitolo, dopo aver dato una definizione di discriminazione, si analizzano le condotte discriminatorie per motivi sindacali, avendo cura di evidenziare la loro portata lesiva in riferimento ai vari aspetti di cui la libertà sindacale si compone: l'affiliazione sindacale e la libertà sindacale negativa, l'attività sindacale e lo sciopero, la contrattazione collettiva.

Nel secondo capitolo, si esaminano le principali fonti di diritto internazionale in materia di contrasto alle discriminazioni, con un'attenzione particolare a quelle collegate all'esercizio delle libertà sindacali.

La Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo, in cui per la prima volta si afferma che tutti gli individui devono godere degli stessi diritti, senza alcuna distinzione, e i due Patti internazionali del 1966 hanno offerto uno straordinario contributo alla progressiva affermazione dei diritti umani fondamentali.

L'azione dell'Organizzazione Internazionale del Lavoro si è concentrata, efficacemente, sul contrasto alle discriminazioni nel mondo del lavoro, tramite la redazione di convenzioni, dirette a definire i diritti e gli strumenti di tutela rilevanti in materia, e la predisposizione di meccanismi di supervisione e controllo, al fine di verificare che alle ratifiche segua, da parte degli Stati membri, un'effettiva applicazione delle convenzioni, che sono vincolati a rispettare. In riferimento a quest'ultimo

aspetto, particolarmente significativa è l'opera svolta dal Comitato sulla libertà sindacale, il quale ha contribuito alla formazione di un corpus di principi, in riferimento al tema delle discriminazioni sindacali.

La Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, chiaramente ispirata alla Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo, è il primo dei grandi trattati internazionali in materia di diritti umani nonché l'unico ad essere dotato di un sistema di controllo integralmente giurisdizionale.

Dopo aver analizzato il divieto di discriminazioni, contenuto nell'articolo 14 della Convenzione e nel suo protocollo addizionale n. 12, si giunge ad esaminare la giurisprudenza di Strasburgo in materia di discriminazioni sindacali, attraverso l'analisi di casi che hanno sollevato grande attenzione in dottrina: *Wilson, NUJ e altri c. Regno Unito*, *Demir e Baykara c. Turchia* e *EnerjiYapi-Sol Sen c. Turchia*.

Dalla lettura di questa giurisprudenza, appare chiaramente compiuta l'evoluzione interpretativa dell'articolo 11 della Convenzione, dedicato alla libertà di associazione, che arriva a ricomprendere il diritto a non subire discriminazioni in ragione del proprio orientamento sindacale, il diritto alla contrattazione collettiva e il diritto di sciopero.

La Corte, in tali pronunce, ha alluso alla possibilità di individuare uno *ius cogens* anche nel settore sociale, in particolare nella materia sindacale, conferendo alle Convenzioni OIL una rilevanza, che prescinde dall'accertamento preliminare della ratifica del singolo Stato.

L'azione dell'Unione europea in materia antidiscriminatoria, invece, è raccontata tramite la progressiva affermazione del suo impegno in campo sociale, che ha portato alla previsione di una base giuridica specifica in materia di contrasto alle discriminazioni: l'articolo 13 del Trattato di Amsterdam.

Sulla base dell'articolo 13, sono state adottate numerose direttive, tra cui la direttiva 2000/78/CE, che stabilisce un quadro generale per la parità di

trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro, in riferimento ad una serie di motivi, tra cui le convinzioni personali.

La direttiva prevede un meccanismo di tutela giurisdizionale ad hoc, delineando una peculiare disciplina della legittimazione ad agire e dell'onere della prova, diretta a ridurre le difficoltà che le vittime di atti discriminatori incontrano nel provare la natura discriminatoria del trattamento subito.

Nel terzo capitolo, l'attenzione si concentra sull'ordinamento sindacale italiano, scosso recentemente dalle vicende che hanno visto protagonisti la FIOM-CGIL e le società del gruppo FIAT: l'estromissione, ex articolo 19 dello Statuto dei lavoratori, del sindacato dagli stabilimenti del gruppo, che si è conclusa con la sentenza della Corte costituzionale n. 231/2013, e la mancata assunzione di tutti i lavoratori iscritti alla FIOM da parte di FIP spa, nell'operazione di ricollocazione del personale, dipendente FIAT dello stabilimento di Pomigliano, alle dipendenze della *newco*.

In tale ultimo caso, la FIOM ha fatto ricorso con successo alla tutela, di matrice comunitaria, in materia di discriminazioni fondate sulle convinzioni personali.

Tale fortunata scelta giuridica offre l'occasione per riflettere sull'opportunità di una definizione di convinzioni personali, capace di ricomprendere al suo interno anche le opinioni sindacali.

Con l'applicazione della normativa comunitaria in materia di discriminazioni per convinzioni personali anche al motivo sindacale, la tutela nei confronti delle discriminazioni sindacali risulta rafforzata, essendo a disposizione del singolo un procedimento sommario, da utilizzare a tutela del diritto a non subire discriminazioni in ragione delle sue opinioni sindacali.

CAPITOLO I

LE DISCRIMINAZIONI SINDACALI

1. Le discriminazioni sindacali e la libertà sindacale

La lotta alle discriminazioni sindacali trova la propria ragion d'essere nel riconoscimento della libertà sindacale, valore generalmente acquisito nelle tradizioni costituzionali di tutti gli stati democratici.

La mera affermazione di tale libertà, senza assicurarsi che essa sia adeguatamente garantita all'interno di ogni singolo rapporto di lavoro, attraverso un divieto generale di discriminazione sindacale, la renderebbe priva di effettività: è, infatti, solo assicurando a tutti i lavoratori un'efficace tutela contro qualsiasi atto discriminatorio del datore di lavoro per ragioni sindacali, che può dirsi concretamente garantita la libertà sindacale.

Il nucleo di tale libertà è costituito dal riconoscimento ai lavoratori e ai datori di lavoro, senza alcuna autorizzazione preventiva, del diritto di costituire organizzazioni sindacali, nonché di divenire membri di queste.¹ Tale diritto non può subire limitazioni se non quelle prescritte dalla legge come necessarie in uno stato democratico, al fine di garantire la sicurezza nazionale, l'incolumità pubblica e la tutela dei diritti e delle libertà altrui.² Discusso è il riconoscimento di tale libertà nella sua declinazione negativa, come libertà di non aderire ad alcun sindacato o di partecipare alle sue attività.

¹ Articolo 2 della Convenzione ILO n. 87.

² Articolo 11 della Convenzione europea dei Diritti dell'Uomo.

Le organizzazioni sindacali, inoltre, hanno il diritto di costituire federazioni e confederazioni, di diventarne membri nonché di organizzarsi in associazioni di rilievo internazionale.

Un ulteriore profilo della libertà sindacale attiene al diritto dei sindacati di elaborare liberamente i propri statuti, eleggere i propri rappresentanti, formulare il proprio piano d'azione e organizzare, sulla base di questo, la propria attività, anche negoziale.³

Di notevole rilievo, in tal senso, è il riconoscimento, alle associazioni organizzate di lavoratori, del diritto a contrattare con il datore di lavoro, singolarmente o anch'esso organizzato in sindacati.

Il contenuto di tali accordi è liberamente determinato dalle parti contraenti ma, generalmente, comprende la definizione delle regole del rapporto di lavoro e delle clausole obbligatorie, che fissano i diritti e i doveri dei sindacati firmatari, al fine di prevenire l'insorgere di possibili conflitti collettivi.

La contrattazione collettiva è uno strumento assai utile per fissare gli standard da rispettare nei singoli rapporti di lavoro e migliorare i termini e le condizioni, pattuite in precedenti fonti collettive.

È da notare, però, come l'atteggiamento e l'approccio alla contrattazione collettiva, nei diversi stati europei, siano considerevolmente diversi.

In Danimarca, ad esempio, l'accordo collettivo costituisce la pietra angolare nella fissazione dei *labour standards*; all'estremo opposto, l'Inghilterra invece, in cui il contratto collettivo non è nulla di più che un *gentlemen's agreement*, vincolante solo se incorporato in un contratto individuale di lavoro. Nel mezzo vi sono paesi, come il Belgio, la Francia e la Germania, in cui la legge conferisce efficacia *erga omnes* agli accordi collettivi.

³ Articolo 3 della Convenzione ILO n. 87.

La naturale conseguenza dell'inquadramento del diritto alla contrattazione collettiva come elemento essenziale della libertà sindacale è il riconoscimento del diritto all'azione collettiva: senza una realistica minaccia di conflitto industriale, non ci sarebbe alcun incentivo per i datori di lavoro a contrattare con i sindacati.⁴

Tra le possibili azioni collettive, lo sciopero è il principale strumento utilizzato dai sindacati per la protezione degli interessi dei lavoratori e per la rivendicazione dei loro diritti.

L'esercizio del diritto allo sciopero realizza un'astensione collettiva dal lavoro, operata da una pluralità di lavoratori, per la difesa di un interesse collettivo.

È interessante notare come si intreccino la posizione del gruppo organizzato, il sindacato, titolare dell'interesse collettivo, e quella dei singoli lavoratori che restano liberi di aderire o meno allo sciopero.⁵

A completare e rendere effettiva la libertà sindacale, come già accennato, è riconosciuto il diritto individuale a non subire discriminazioni per ragioni sindacali, nell'ambito del rapporto di lavoro.⁶

È, quindi, vietato qualsiasi comportamento del datore di lavoro, anche non rilevante dal punto di vista negoziale, idoneo a limitare l'esercizio della libertà sindacale dei lavoratori, risultando così tutelato l'interesse dei singoli a non subire alcun pregiudizio o danno, in conseguenza della loro affiliazione o partecipazione alle attività sindacali, e indirettamente l'interesse sindacale delle stesse organizzazioni sindacali.⁷

⁴ VALLEBONA, A. *Istituzioni di diritto del lavoro. Vol. 1 Diritto sindacale*. Padova, Cedam, 2012; BALLESTRERO, M.V. *Diritto sindacale*. Torino, Giappichelli, 2012; CARINCI, F., DE LUCA TAMAJO, R., TOSI, P. & TREU, T. *Diritto del lavoro. Vol. 1. Il diritto sindacale*, Utet, Torino, 2013; GALANTINO, L. *Diritto Sindacale*. Torino, Giappichelli, 2012; GIUGNI, G. *Diritto Sindacale*. Bari, Cacucci, 2010; SANTORO PASSARELLI, G. *Diritto dei lavori: diritto sindacale e rapporti di lavoro*. Torino, Giappichelli, 2013; SANTORO PASSARELLI, G. *Diritto Sindacale*. Roma, Laterza, 2011.

⁵ Pessi, R. *Lezioni di diritto del lavoro*. Torino, Giappichelli, 2013.

⁶ Articolo 1 della Convenzione OIL n. 98, articolo 1 della direttiva 2000/78/CE.

⁷ SANTORO PASSARELLI, G. *Diritto dei lavori: diritto sindacale e rapporti di lavoro*. Torino, Giappichelli, 2013.

2. Le discriminazioni in materia di impiego e professione

Prima di trattare specificamente di discriminazioni sindacali, è opportuno dare una definizione generale di discriminazione in materia di impiego e professione.

La lotta alle discriminazione nel mondo del lavoro è di fondamentale importanza: le discriminazioni sul posto di lavoro, infatti, sono un fenomeno assai frequente e, al contempo, è proprio il lavoro il punto di ingresso privilegiato per liberare la società da queste.

Il divieto di discriminazione, in tale ambito, si applica per quanto concerne: le condizione di accesso all'occupazione e al lavoro, nonché alla promozione; l'accesso ai vari tipi e livelli di orientamento e formazione professionale, inclusi i programmi di specializzazione e riqualificazione professionale; le condizioni di lavoro, comprese le condizioni di retribuzione e di licenziamento.⁸

Sono da considerare discriminatorie tutte le differenze di trattamento, corrisposte in ragione di una data caratteristica posseduta dal soggetto discriminato, qualità che il legislatore ha ritenuto degna di tutela, prevedendo espressamente il divieto di discriminare sulla base di questa. Rientrano in tali comportamenti qualsiasi distinzione, esclusione o preferenza che abbia l'effetto di negare o alterare l'uguaglianza di possibilità o di trattamento.⁹

In detta definizione sono tre gli elementi caratterizzanti: un elemento fattuale, rappresentato dalla distinzione, esclusione o preferenza; un criterio su cui si basa il differente trattamento; l'oggettiva diversità del

⁸ Articolo 1 della Convenzione ILO n. 111; Articolo 3 della Direttiva 2000/78/CE.

⁹ Articolo 1 della Convenzione ILO n. 111.

comportamento che si concretizza nella negazione o nell'alterazione di opportunità e di trattamento.¹⁰

In concreto, una discriminazione si verifica quando un trattamento diverso e meno favorevole è riservato a determinati soggetti sulla base di determinate caratteristiche, i cosiddetti fattori protetti (sesso, colore della pelle, ecc.) che nulla hanno a che vedere con il merito o i requisiti necessari per svolgere il lavoro.

Tale definizione renderebbe, quindi, necessario sempre un confronto tra il trattamento subito dal lavoratore discriminato e quello corrisposto ad un qualsiasi altro lavoratore, con requisiti analoghi a quelli del primo (anzianità di servizio, qualifica, ecc.) tranne che per il fattore discriminante.¹¹

Il paragone può riguardare lavoratori impiegati, nel medesimo periodo, presso lo stesso datore di lavoro oppure può interessare lavoratori che si sono succeduti nell'impiego. Si tratta di un'apertura, seppur limitata, assai utile perché consente di rilevare «analogie riscontrabili sul piano delle valutazioni concrete relative alle prestazioni» svolte nell'ambito dello stesso stabilimento, anche se in tempi diversi, da lavoratori, che avevano o meno la caratteristica protetta.¹²

Il giudizio di comparazione non potrebbe, invece, formularsi rispetto ad un «lavoratore ipotetico», come nel caso, ad esempio, di un lavoro tipicamente femminile, in cui sarebbe perciò impossibile un raffronto con un dipendente di sesso maschile.

Questa limitazione ha un rilievo particolare in ordinamenti caratterizzati da contrattazione collettiva e sistemi di inquadramento di dimensione aziendale, come quello anglosassone, mentre è meno significativa in

¹⁰HORII, T. *Non discrimination and equality of opportunity and treatment in employment and occupation*, in *Ilo. International Labour standards. A global approach*. Ginevra, Ufficio internazionale del lavoro, 2002.

¹¹DEAKIN, S. & MORRIS, G. *Labour Law*. Oxford, Hart, 2012

¹² Seppur in riferimento alla sola parità retributiva uomo-donna. Corte europea di giustizia: *Maacarthys. Smith C-129/79* [1980].

sistemi dove prevale la dimensione nazionale di categoria. In quest'ultimi ordinamenti, il giudizio di comparazione ben potrebbe effettuarsi oltre i confini della singola azienda e interessare l'intero territorio nazionale.¹³

Tale preclusione potrebbe essere venuta a mancare con l'evoluzione della nozione di discriminazione diretta, anche se solo circoscritta ai paesi appartenenti all'Unione Europea,¹⁴ aprendo la strada, all'interno del giudizio discriminatorio, ad una comparazione anche solo meramente ipotetica, dovendosi tener conto di ogni trattamento meno favorevole di una persona rispetto a «quanto sia, sia stata e *sarebbe stata* un'altra in una situazione analoga».¹⁵

Quest'apertura, che consentirebbe la rimozione di disparità destinate a rimanere invisibili, è stata interpretata, da una parte della dottrina,¹⁶ come potenzialmente lesiva della certezza del diritto, a causa dell'ampia discrezionalità riconosciuta ai giudici in materia.

È da ritenere invece che tale rischio sia stato eccessivamente enfatizzato: l'utilizzo di un termine di comparazione ipotetico, infatti, sarebbe relegato ai soli casi in cui sia carente un valido elemento di comparazione sia nel passato che nel presente.¹⁷

Discusso è anche se, alla luce dei recenti sviluppi, si possa prescindere dal dato di comparazione, che ha da sempre caratterizzato la fattispecie discriminatoria: se così fosse, emergerebbe «l'assunzione radicale dal punto di vista dei diritti umani, che bandisce in quanto discriminatorio qualsiasi pregiudizio o svantaggio che derivi dal possesso di qualità

¹³ ROCCELLA, M. & TREU, T. *Diritto del lavoro nell'Unione Europea*. Padova, Cedam, 2012.

¹⁴ La nuova stagione antidiscriminatoria europea è caratterizzata dalle direttive n. 43 e 78 del 2000, che hanno recepito le nozioni di discriminazione diretta e indiretta, affermati in precedenza nei confronti della discriminazione sessuale.

¹⁵ Articolo 2 della direttiva 2000/43/CE e 2000/78/CE.

¹⁶ IZZI, D. *Eguaglianza e differenze nei rapporti di lavoro: il diritto antidiscriminatorio tra genere e fattori di rischio emergenti*. Napoli, Jovene, 2005.

¹⁷ LASSANDARI, A. *Le discriminazioni: nozioni, interessi, tutele*, in Galgano, F. (a cura di) *Trattato di diritto commerciale e diritto pubblico dell'economia*. Padova, Cedam, 2010.

dell'identità della persona e che perciò si ponga come lesivo della sua dignità».¹⁸

Attraverso tale prospettiva la discriminazione, già peculiare modalità di violazione della dignità umana, finirebbe per divenire sinonimo di tale ultimo concetto.¹⁹ Tale tesi si basa, soprattutto, sulla considerazione che sono state incluse nell'area delle discriminazioni fattispecie, come le molestie sessuali, incentrate sull'idoneità lesiva dell'atto rispetto al bene protetto, in cui si prescinde dal confronto con la situazione di altri soggetti.

Anche negando tale indirizzo, comunque, è assolutamente incontestabile la connessione tra discriminazione e lesione della dignità.

È individuabile anche un altro caso in cui il comportamento discriminatorio è sciolto da qualsiasi dato comparativo: nelle discriminazioni potenziali, in riferimento specifico all'accesso al mercato del lavoro, infatti, ciò che rileva è l'effetto di dissuadere determinati soggetti, portatori della caratteristica protetta, dal presentare la loro candidatura per ricoprire un ruolo nell'organico aziendale²⁰.

I comportamenti e le dichiarazioni del datore di lavoro che producono tale effetto colpiscono una pluralità di soggetti non individuabili in via immediata e diretta e si risolvono in un ostacolo all'accesso all'impiego.

È da ritenere, però, che più che ad un superamento del profilo comparativo, l'evoluzione della normativa antidiscriminatoria europea debba spingersi ad una riconsiderazione di questo.

La discriminazione può realizzarsi anche indirettamente qualora l'applicazione di una disposizione, un criterio o una prassi

¹⁸ BARBERA, M. *Eguaglianza e differenza nella nuova stagione del diritto antidiscriminatorio comunitario*, in Ales, G. e Ghezzi, G. (a cura di) *Studi in Onore di Giorgio Ghezzi*, Padova, Cedam, 2005.

¹⁹ LASSANDARI, A. *Le discriminazioni: nozioni, interessi, tutele*, in Galgano, F. (a cura di) *Trattato di diritto commerciale e diritto pubblico dell'economia*. Padova, Cedam, 2010.

²⁰ Corte di Giustizia Europea: causa C-54/07 *Firma Feryn*.

apparentemente neutri si traduce in un particolare svantaggio per il singolo in ragione del fattore protetto.

I criteri applicati non sono discriminatori di per sé ma per le particolari conseguenze sfavorevoli che producono esclusivamente in capo ai portatori della caratteristica protetta, rispetto a coloro che ne sono privi.

In tal modo è stato possibile censurare anche forme dissimulate di discriminazioni, potendo il giudice spingersi in attente analisi dei loro effetti, anche solo potenziali, sulle categorie di soggetti tutelati dall'ordinamento.

Anche l'applicazione generalizzata delle medesime condizioni può originare effetti iniqui in considerazione delle circostanze e delle caratteristiche personali di alcune persone.²¹

Non costituiscono discriminazioni, invece, le differenze basate sulla caratteristica protetta laddove tale caratteristica costituisca un requisito determinante ed essenziale per lo svolgimento dell'attività lavorativa.²²

Speciale disciplina è prevista, inoltre, per le cosiddette organizzazioni di tendenza, in cui sono legittime le differenze di trattamento basate sulla religione e le convinzioni personali, se quest'ultime rappresentino requisiti necessari allo svolgimento dell'attività lavorativa, tenendo conto dell'etica dell'organizzazione.

Si discute se il pregiudizio debba atteggiarsi come sproporzionale svantaggio che colpisce un consistente numero di individui,²³ accomunati da determinate caratteristiche, oppure si possa prescindere dalla «necessità di una quantificazione statistica dello svantaggio sproporzionato», permettendo di superare la considerazione del gruppo a

²¹ ACRI, D. *La lotta internazionale contro le discriminazioni nel lavoro*, in *Dir. uomo*, 2004, n. 2.

²² Articolo 1, comma 2, della Convenzione ILO n. 111; Articolo 4 della direttiva 2000/78/CE.

²³ Il dato della "sproporzionalità" del vantaggio è rilevata attraverso un'interpretazione letterale della Convenzione ILO n. 111.

favore di una maggior attenzione alla situazione del singolo individuo, come suggerirebbero le recenti direttive europee in materia.²⁴

Dovendosi concentrare sulla capacità dei criteri e delle prassi adottati di ledere un numero considerevole di individui, in possesso del fattore protetto, è sufficiente, per la prova dell'esistenza di una discriminazione, riferirsi a dati di comune conoscenza o a dati statistici.

L'uso di dati statistici nel giudizio discriminatorio, però, non consente solo di agevolare la prova della parte ricorrente ma tradisce una visione centrata esclusivamente sul gruppo.

La prova statistica della natura discriminatoria di un criterio o di una prassi avviene, infatti, sulla base di una valutazione induttiva che assume che tanto più è significativamente elevata l'esclusione prodotta, tanto più è probabile che questa non sia casuale ma dipenda dall'identità collettiva del gruppo²⁵.

Appare innegabile la coerenza logica di tale ragionamento ma evidenti sono i rischi che ne possono derivare: il giudizio sulla discriminazione potrebbe trasformarsi in una valutazione obiettiva della probabilità che un certo effetto differenziato possa costituire una discriminazione.²⁶

In tal modo, finirebbe per non poter essere censurato come discriminatorio un comportamento che ha l'effetto di produrre un particolare svantaggio in capo al singolo, se questo non ha interessato una consistente pluralità di individui, con il medesimo fattore di rischio.

Un altro dubbio riguarda la rilevanza che debba assegnarsi all'elemento intenzionale. Nel ricostruire la fattispecie discriminatoria, sotto questo profilo, si sono confrontate una teoria soggettiva ed una oggettiva.

²⁴ BARBERA, M. *Il nuovo diritto antidiscriminatorio: innovazioni e continuità*, in Barbera, M. (a cura di) *Il nuovo diritto antidiscriminatorio: il quadro comunitario e nazionale*. Milano, Giuffrè, 2007.

²⁵ BARBERA, M. *Eguaglianza e differenza nella nuova stagione del diritto antidiscriminatorio comunitario*, in Ales, G. e Ghezzi, G. (a cura di) *Studi in Onore di Giorgio Ghezzi*, Padova, Cedam, 2005.

²⁶ LASSANDARI, A. *Le discriminazioni: nozioni, interessi, tutele*, in Galgano, F. (a cura di) *Trattato di diritto commerciale e diritto pubblico dell'economia*. Padova, Cedam, 2010.

Secondo il primo orientamento, il fine dell'atto, perché questo potesse essere considerato discriminatorio, doveva essere quello di operare una discriminazione; a tale dottrina, si contrapponeva l'idea che la discriminatorietà dell'atto dovesse riscontrarsi nell'idoneità obiettiva della condotta a ledere la parità di trattamento, quindi nell'oggettiva idoneità di questa a discriminare.

È innegabile che la qualificazione soggettiva si traduce in un livello di tutela, accordata al soggetto discriminato, inferiore rispetto a quella assicurata accogliendo la qualificazione oggettiva.²⁷ In capo a quest'ultimo, infatti, graverebbe l'onere di dimostrare l'intento lesivo.

La dottrina unanime ha riconosciuto che l'elaborazione oggettiva sia maggiormente inerente al concetto di discriminazione, così come è stato accolto dal legislatore internazionale e nazionale.

Nessun rilievo deve perciò darsi a valutazioni che attengano *l'animus nocendi*.

Deve però rilevarsi che la volontà d'arbitraria differenziazione dei trattamenti può diventare, in determinate circostanze, l'unico elemento costitutivo di una discriminazione, non ancora produttiva di alcun effetto pregiudizievole, come nel caso dell'ordine di discriminare, equiparato dal legislatore comunitario alle discriminazioni, dirette e indirette.

Sono da considerarsi discriminatorie anche le molestie sessuali e le attenzioni sessuali non richieste, che cagionano danni al benessere e alla produttività dei lavoratori, vittime di tali condotte, violando la loro dignità e creando un clima intimidatorio, ostile, degradante, umiliante e offensivo.²⁸

²⁷ LASSANDARI, A. *Le discriminazioni: nozioni, interessi, tutele*, in Galgano, F. (a cura di) *Trattato di diritto commerciale e diritto pubblico dell'economia*. Padova, Cedam, 2010.

²⁸ ILO, DIRETTORE GENERALE. *Uguaglianza nel lavoro: una sfida continua. Rapporto Globale previsto dalla Dichiarazione dell'ILO sui principi e i diritti fondamentali nel lavoro*. Torino, Centro Internazionale di Formazione dell'ILO, 2007.

Particolare rilievo assumono, da ultimo, gli atti di ritorsione, consistenti in differenze di trattamento o in tutte le conseguenze pregiudizievoli poste in essere nei confronti di una persona lesa da una discriminazione diretta o indiretta o di una qualsiasi altra persona, quale reazione ad una qualsiasi attività diretta ad ottenere la parità di trattamento.

Nel caso in cui sia stata riscontrata una discriminazione, finché non siano adottate misure ad hoc, il rispetto del principio di uguaglianza può essere garantito solo concedendo alle persone, appartenenti alla categoria svantaggiata, gli stessi vantaggi di cui godono gli appartenenti alla categoria protetta.

Nulla vieta che i successivi provvedimenti, volti a eliminare le differenze di trattamento, siano diretti a ridurre i vantaggi delle persone in precedenza agevolate.²⁹

3. Le discriminazioni sindacali

Le discriminazioni sindacali consistono in comportamenti, posti in essere dal datore di lavoro, che pregiudicano il lavoratore in ragione della sua affiliazione sindacale o della sua partecipazione alle attività sindacali.

La genericità di tale definizione permette di qualificare come discriminatori una gamma assai ampia di comportamenti, che vanno dal rifiuto di assumere fino al licenziamento, interessando qualsiasi vicenda intermedia che può caratterizzare il rapporto di lavoro, come l'inquadramento, l'adibizione a mansioni diverse o inferiori e il trasferimento.

²⁹ MARCELLINO, F. *Le discriminazioni*, in Cendon, P (a cura di) *Trattato dei nuovi danni*. Padova, Cedam, 2011.

Sarebbe impossibile un'elencazione a priori di tutti i comportamenti, posti in essere nell'esercizio dei suoi poteri da parte del datore di lavoro, che potrebbero costituire delle discriminazioni.

Le discriminazioni sindacali, infatti, possono avvenire non solo privando il lavoratore di particolari benefici o arrecandogli comunque un danno, bensì, più sottilmente, attribuendo specifici vantaggi a coloro che tengano un determinato comportamento, condizionando così, indebitamente, il singolo nell'esercizio della sua libertà sindacale.³⁰ Sono esempi, in tal senso, le gratifiche, i premi di produzione, i superminimi ma anche la concessione di un periodo di ferie di maggior durata o di particolari benefici assistenziali.

Sono da considerarsi, perciò, discriminatori tutti i comportamenti del datore di lavoro finalizzati a subordinare l'impiego alla condizione che egli non aderisca ad un sindacato o smetta di farne parte ovvero si risolvano in un pregiudizio, perpetrato attraverso qualsiasi mezzo, a causa della sua affiliazione sindacale o della sua partecipazione alle attività sindacali al di fuori dell'orario di lavoro, o, con il consenso del datore di lavoro, durante le ore di lavoro.

All'interno di una dialettica sindacale ormai esasperata, assai frequente nella pratica, appare il ricorso al cosiddetto licenziamento di ritorsione.

Tale atto è definito come «arbitraria reazione datoriale a fronte di un comportamento legittimo, posto in essere dal lavoratore o di rivendicazioni legittime avanzate dallo stesso».³¹

L'aver presentato reclami o instaurato controversie in questi casi opera come l'unica scriminante su cui si fonda il licenziamento, che non può quindi che qualificarsi come discriminatorio.³²

³⁰ GIUGNI, G. *Diritto Sindacale*. Bari, Cacucci, 2010.

³¹ MARIANI, M. *Commento all'art 3 l. n. 108/1990*, in Grandi, M. & Pera G. (a cura di) *Commentario breve alle leggi sul lavoro*. Padova, 2005.

³² LASSANDARI, A. *Le discriminazioni: nozioni, interessi, tutele*, in Galgano, F. (a cura di) *Trattato di diritto commerciale e diritto pubblico dell'economia*. Padova, Cedam, 2010.

Di tale condotta, secondo quanto lamentato dalla FIOM-CIGL, sarebbero stati vittime i lavoratori dello stabilimento FIAT di Pomigliano.

La FIP³³ era stata condannata ad assumere 19 lavoratori iscritti alla FIOM, in seguito alla pronuncia del Tribunale di Roma, che aveva giudicato discriminatoria la mancata assunzione degli stessi.³⁴ Per ottemperare all'ordine del giudice, in presenza di un "eccedenza strutturale", l'azienda avviava una procedura di licenziamento collettivo, la quale interessa un numero di lavoratori pari a quello che era obbligata ad assumere.

Tale condotta assume, a parere del giudice, i connotati di un licenziamento ritorsivo, essendo posta in essere come reazione all'esercizio di un'azione legittima dei lavoratori, finalizzata al riconoscimento della parità di trattamento.³⁵

Assai spesso, però, tali discriminazioni non sono così chiaramente rilevabili in quanto si tenta di negare il loro carattere discriminatorio, giustificando le condotte alla luce della discrezionalità che può caratterizzare l'esercizio dei poteri datoriali. C'è quindi da chiedersi se possano qualificarsi come discriminazioni sindacali anche i comportamenti del datore di lavoro nell'esercizio dei diritti di cui è titolare. A tale quesito si deve dare risposta positiva, non potendo escludere che, in determinati casi concreti, anche i comportamenti del datore di lavoro che costituiscono esercizio di un diritto o di una situazione di potere, possano eccezionalmente essere discriminatori, come nell'ipotesi in cui il datore di lavoro, potendo esercitare il diritto di recesso per giusta causa o il suo potere disciplinare nei confronti di diversi dipendenti, lo eserciti soltanto nei confronti di alcuni di essi, in considerazione delle loro cariche sindacali o comunque della loro

³³ In seguito ad una modifica degli assetti societari del gruppo FIAT, è costituita la Fabbrica Italia Pomigliano, una *newco* controllata al 100% da FIAT partecipazioni, che si impegna ad assumere i lavoratori, dipendenti della FIAT che lavorano nello stabilimento napoletano.

³⁴ Sentenza della Tribunale di Roma del 21 giugno del 2012.

³⁵ Sentenza della Corte d'Appello di Roma del 19 ottobre 2012.

partecipazione ad attività sindacali e scioperi, oppure adottati nei confronti di questi dipendenti provvedimenti più pesanti di quelli adottati nei confronti degli altri.³⁶

Così, ad esempio, fermo restando il diritto a procedere a licenziamenti collettivi per riduzione di personale, la decisione assunta in tal senso potrebbe risultare antisindacale «per il momento in cui è manifestata, per la discriminazione che ha operato, per il contesto di lotta sindacale in cui è inserita».³⁷

Ciò che rileva, al fine di stabilire l'antisindacalità del comportamento discriminatorio, è l'idoneità della condotta a limitare o rendere impossibile l'esercizio della libertà sindacale, di cui è titolare ogni lavoratore.

In definitiva, si può affermare che la condizione necessaria e sufficiente perché un comportamento possa configurarsi come discriminatorio è l'esistenza di nesso di causalità che lega la condotta alla lesione della libertà sindacale prodotta.

È interessante notare come tali discriminazioni assumono, assai spesso, una dimensione collettiva: i lavoratori subiscono un pregiudizio in quanto membri di un'organizzazione sindacale o perché hanno partecipato alle sue attività, risultando discriminati i singoli in quanto componenti di un gruppo organizzato.

Ciò è la naturale conseguenza del fatto che la libertà sindacale, che tali atti sono funzionali a compromettere, riguarda la posizione del singolo nella sua facoltà di iniziativa, scelta, adesione e partecipazione alle attività sindacali, ma anche il gruppo in sé considerato, titolare di un proprio interesse ad esistere e ad agire.³⁸

³⁶ CIPRESSI, P. *I comportamenti antisindacali del datore di lavoro*. Milano, Giuffrè, 2013.

³⁷ Pretore di Rapallo, 18 gennaio 1972.

³⁸ VALLEBONA, A. *Istituzioni di diritto del lavoro. Vol. 1 Diritto sindacale*. Padova, Cedam, 2011.

Alcuni ordinamenti accordano una protezione maggiore ai lavoratori che rivestono una carica all'interno dell'organizzazione sindacale; questa tutela rafforzata si traduce molto spesso in una presunzione relativa dell'antisindacalità del trattamento sfavorevole o ancora nella previsione di particolari procedure per la loro erogazione, che coinvolgono lo stesso sindacato.

Nelle pagine che seguono, si analizzeranno nel dettaglio, senza alcuna presunzione di completezza, le condotte discriminatorie per motivi sindacali, avendo cura di evidenziare la loro portata lesiva in riferimento ai vari aspetti di cui la libertà sindacale si compone.

3.1. Le discriminazioni sindacali e l'affiliazione sindacale

I lavoratori possono subire discriminazioni in ragione della loro affiliazione sindacale: ciò accade tutte le volte in cui la condotta attiva o omissiva del datore di lavoro si sostanzia in un differente trattamento nei confronti di uno o più lavoratori, per il solo motivo della loro appartenenza ad una determinata associazione sindacale.

Bisogna a tal proposito distinguere se il comportamento dell'imprenditore sia dovuto ad un atteggiamento di generale chiusura nei confronti del fenomeno sindacale o nei confronti di una determinata associazione ovvero da un particolare favore nei confronti di uno o più sindacati, diversi da quello a cui il lavoratore è iscritto.

Nel primo caso, tale atteggiamento è finalizzato a impedire il sorgere di associazioni sindacali in seno all'impresa.

In America, ad esempio, era diffusissima, negli ultimi decenni dell'800, la pratica di *yellow-dog contracts*, consistente nella stipulazione di patti con i lavoratori o inserzione di clausole nei singoli contratti di lavoro, con le quali il lavoratore si impegnava a non aderire ad alcun sindacato, a non

sostenerlo o a non partecipare a nessuna azione di lotta sindacale per tutta la durata del rapporto lavorativo, al fine di ottenere l'assunzione o la conservazione del posto.³⁹

Al lavoratore, però, non veniva offerta in corrispettivo nessuna garanzia per il mantenimento del posto di lavoro in seguito alla stipulazione del patto.

Per un'assai discutibile giurisprudenza della Corte Suprema degli Stati Uniti,⁴⁰ al datore di lavoro era inoltre riconosciuto il diritto a citare in giudizio le organizzazioni sindacali che avessero cercato di indurre all'iscrizione i lavoratori, vincolati dalle clausole in parola.

Secondo la Corte, infatti, i sindacati si rendevano colpevoli di *contract interference*, inducendo il lavoratore-contraente a venir meno ai propri obblighi contrattuali.

Soltanto nel 1935⁴¹ si affermò con decisione l'illegittimità di qualsiasi ingerenza e costrizione del datore di lavoro nei diritti di libertà sindacale e conseguentemente di qualsiasi pratica discriminatoria collegata.

La pratica degli *yellow-dog contracts* era fortemente discriminatoria in quanto, subordinando l'occupazione alla totale estraneità a qualsiasi sindacato, comprometteva gravemente l'esercizio della libertà sindacale del lavoratore, proprio nel momento della libera scelta di iscriversi o meno ad un sindacato.

Chiunque volesse essere assunto o conservare il suo posto di lavoro, infatti, doveva rinunciare ad aderire a qualsiasi sindacato; i lavoratori sindacalizzati risultavano così discriminati, in quanto non venivano assunti o erano successivamente licenziati per la sola ragione di essere iscritti ad un sindacato o per la partecipazione alle sue attività.

³⁹ CIPRESSI, P. *I comportamenti antisindacali del datore di lavoro*. Milano, Giuffrè, 2013.

⁴⁰ Corte suprema degli Stati Uniti: *Adair v. United States* (1908).

⁴¹ *National Labor Relations Act* (1935).

Nel secondo caso, i comportamenti discriminatori sono diretti a scoraggiare l'iscrizione dei lavoratori ad un determinato sindacato o a favorirne la disdetta.

Dal divieto di discriminazione per ragioni sindacali non è possibile far derivare l'esistenza del principio di neutralità, a cui le imprese sono obbligate nei loro rapporti con i sindacati.⁴² Non sembra infatti credibile immaginare che le imprese, nel permanente conflitto di interessi che ha da sempre caratterizzato le relazioni industriali, in cui perfino le organizzazioni rappresentative della stessa categoria sono in concorrenza tra loro, mantengano un asettico atteggiamento di neutralità rispetto ai contrasti che dividono queste ultime.

Un simile atteggiamento di chiusura del datore nei confronti di un sindacato, nella maggior parte dei casi, è la conseguenza estrema di un conflitto industriale ormai esasperato, l'ennesima arma, a disposizione del datore di lavoro, per cercare di ridurre al minimo il potere contrattuale delle associazioni più combattive e meno inclini a soluzioni di compromesso.

Queste vicende, però, si riflettono inevitabilmente su tutti i lavoratori iscritti, vittime di comportamenti del datore di lavoro, anche di tipo omissivo, a volte neanche rilevabili sul piano negoziale ma idonei a creare un ambiente lavorativo ostile che impedisce un corretto e sereno svolgimento dell'attività lavorativa.

Emblematica è in tal senso una delle ultime vicende che ha visto protagonista la FIOM-CIGL e la FIP,⁴³ colpevole di non aver riassunto i lavoratori iscritti alla prima, licenziati in seguito ad una procedura di Cassa integrazione straordinaria avviata da FGA nello stabilimento FIAT

⁴² LASSANDARI, A. *Il giudice «equilibrista» e il rebus del sistema sindacale italiano: osservazioni sulla controversia tra Fiom e Fiat*, in *Riv. giur. lav.* 2012, n. 1.

⁴³ Sentenza della Corte d'Appello del 19/10/2012.

di Pomigliano D'Arco, nonostante si fosse impegnata a ricollocarli alle sue dipendenze.

La decisione di non riassumere i soli iscritti FIOM era stata più volte resa nota ai lavoratori dai capi e i responsabili aziendali, con la conseguenza che molti, iscritti al tempo dei fatti alla FIOM, hanno comunicato all'azienda la loro disdetta e alcuni di questi sono stati poi riassunti.

Il comportamento della FIOM infatti appariva, agli occhi della dirigenza della FIP, «assolutamente incompatibile con lo svolgimento dell'attività lavorativa che deve collocarsi in un contesto aggregato, coordinato e retto da regole accettate sindacalmente e necessariamente uguali per tutti: con il che viene meno quel requisito essenziale e determinante per lo svolgimento di tale attività». ⁴⁴

I lavoratori, iscritti al sindacato invisato al datore di lavoro, subiscono così un trattamento differente, nel caso di specie la mancata riassunzione, in ragione della loro adesione a quest'ultimo. Ciò, in aperta violazione della loro libertà sindacale, si traduce in una coartazione a non farsi più rappresentare dal sindacato discriminato. ⁴⁵

Un oggettivo pregiudizio ai danni del lavoratore potrebbe prodursi, per ragioni sindacali, anche dall'indebolimento o eliminazione della tutela collettiva di cui godeva in precedenza.

Nel caso in cui ciò sia la conseguenza dei rapporti di forza esistenti all'interno del sistema sindacale, tale situazione non sarebbe giuridicamente censurabile.

Un'autorevole dottrina ne ipotizza il suo rilievo discriminatorio, invece, nel caso in cui tale diminuzione di tutela sia il risultato di una politica

⁴⁴ La FIP così argomentava la propria condotta, nel tentativo di affermare l'esistenza di una deroga ex articolo 3, comma 3 del d.lgs. 216/03.

⁴⁵ CIPRESSI, P. *I Comportamenti antisindacali del datore di lavoro*. Milano, Giuffrè, 2013.

imprenditoriale, finalizzata ad ottenere la marginalizzazione di un determinato sindacato, a cui il lavoratore è iscritto.⁴⁶

Quest'ultimo verrebbe a subire, infatti, conseguenze negative, in ragione della sua adesione a quel determinato sindacato.

Le discriminazioni sindacali con specifico riferimento al tema dell'affiliazione sindacale, infine, ben potrebbero derivare anche da un particolare regime di favore nei confronti di uno o più sindacati determinati.

È arduo tipizzare a priori tutti i comportamenti possibili: si va dal suo finanziamento palese o occulto, a forme di sostegno più sottili come favoritismi nei trattamenti economici o altri benefici di carriera al fine di incentivare l'adesione a quel determinato sindacato.

Sono compresi, ad esempio, tutti i privilegi ingiustificati, che non sono quindi collegati all'adempimento di un obbligo contrattuale o legale.

Tale condotta turba considerevolmente le dinamiche sindacali, attraverso l'introduzione di un soggetto spurio, che si afferma come interlocutore di comodo del datore di lavoro.⁴⁷

Tali pratiche sono da qualificarsi come discriminazioni sindacali: il lavoratore, iscritto ad un sindacato diverso da quello di comodo, infatti, subisce un differente trattamento in ragione della sua affiliazione sindacale.

Ciò si risolve in un'indebita influenza nell'esercizio della libertà sindacale da parte del datore di lavoro, che, favorendo gli iscritti ad un determinato sindacato, esercita indirettamente un condizionamento sulla scelta sindacale compiuta dal lavoratore.

⁴⁶ LASSANDARI, A. *Il giudice «equilibrista» e il rebus del sistema sindacale italiano: osservazioni sulla controversia tra Fiom e Fiat*, in *Riv. giur. lav.* 2012, n. 1.

⁴⁷ BALLESTRERO, M.V. *Diritto sindacale*. Torino, Giappichelli, 2012.

3.2. Le discriminazioni sindacali e la libertà sindacale negativa

Ai fini del presente elaborato, ci si chiede se siano qualificabili come discriminatori i vari comportamenti del datore di lavoro diretti a comprimere anche la cosiddetta libertà sindacale negativa.

Tale quesito si ricollega alla generale incertezza circa la soluzione al problema se debba considerarsi oggetto di tutela la libertà sindacale anche nella sua declinazione negativa, come libertà di non aderire ad alcuna organizzazione sindacale.

Tale ambiguità è dovuta principalmente al fatto che le fonti internazionali e in materia, come le Convenzioni OIL n. 87 e n. 98 e la Carta sociale europea del 1961, tacciono volontariamente sul punto, per non precludere la possibilità di adesione a tali atti da parte di stati, come i paesi anglosassoni, la cui tradizione sindacale era fortemente caratterizzata dalla presenza delle cosiddette «clausole di sicurezza sindacale».

Tali clausole, finalizzate a garantire e promuovere la forza associativa delle organizzazioni sindacali nei luoghi di lavoro, pongono l'affiliazione al sindacato o il suo sostegno economico come condizione per l'assunzione, per la continuazione del rapporto di lavoro o per altre garanzie individuali.⁴⁸

Le clausole «closed shop», ad esempio, vincolano l'imprenditore ad assumere solo lavoratori iscritti ad un determinato sindacato; le «union shop» obbligano il lavoratore neoassunto a iscriversi al sindacato, pena il suo licenziamento.

Soltanto la Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, approvata dall'assemblea dell'ONU nel 1948, riconosce espressamente la libertà di

⁴⁸ GIUGNI, G. *Diritto Sindacale*. Bari, Cacucci, 2010

non aderire ad una qualsiasi associazione⁴⁹ ma tale aspetto era stato e sarà volontariamente trascurato da tutte le altre fonti internazionali fino al 1989, anno di proclamazione della Carta comunitaria dei diritti sociali.

Il primo formale riconoscimento della libertà sindacale negativa è avvenuto in *Young, James and Webster*,⁵⁰ in cui la Corte europea dei diritti dell'uomo ha affermato, seppur timidamente, l'illegittimità di tali prassi, in quanto in contrasto con la Convenzione europea dei diritti dell'Uomo del 1950, il cui articolo 11⁵¹ riconosce espressamente la libertà di costituire e aderire ai sindacati per la difesa dei propri interessi.

Tale libertà è da intendersi degna di tutela anche nel suo aspetto negativo: una diversa interpretazione, permettendo di ritenere legittima qualsiasi "*compulsion to join*" comprometterebbe inevitabilmente il godimento della libertà sindacale nel suo nucleo essenziale, dovendosi intendere anche come «*freedom to choice as to its exercise*».⁵²

Il termine *unions* utilizzato al plurale, nel testo dell'articolo 11, è un dato illuminante in tal senso, permettendo di riconoscere il valore del pluralismo sindacale nel sistema delle relazioni industriali e, conseguentemente, l'illegittimità di qualsiasi forma di monopolio sindacale.⁵³

Tale orientamento risulta confermato in *Sigurjonsson*,⁵⁴ in cui la Corte ha però evitato di chiarire se la libertà sindacale negativa possa intendersi sullo stesso piano della libertà positiva.

Tale libertà è espressamente riconosciuta nella Carta comunitaria dei diritti sociali fondamentali,⁵⁵ adottata dal Consiglio europeo di Strasburgo

⁴⁹ Articolo 20, comma 2, della Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo: «Nessuno può essere costretto a far parte di un'associazione».

⁵⁰ *Young, James and Webster v. United Kingdom*. Application n. 7601/76; 7806/77 [1981].

⁵¹ Articolo 11 della CEDU: «Ogni persona ha diritto alla libertà di riunione pacifica e alla libertà d'associazione, ivi compreso il diritto di partecipare alla costituzione di sindacati e di aderire a essi per la difesa dei propri interessi».

⁵² *Young, James and Webster v. United Kingdom*. Application n. 7601/76; 7806/77 [1981].

⁵³ BARNARD, C. *EU Employment Law*. Oxford, Oxford University Press, 2012.

⁵⁴ *Sigurjonsson v. Ireland*. Application n. 16130/90 [1993]

nel 1989, con l'obiettivo di identificare un minimo comune denominatore dei diritti già riconosciuti nei vari sistemi nazionali.⁵⁶

La Corte di Strasburgo, in *Sorensen*,⁵⁷ interpretando la CEDU anche alla luce della Carta comunitaria del 1989, ha sottolineato come le clausole di *closed shop* non siano da considerarsi uno strumento indispensabile per l'effettivo godimento delle libertà riconosciute ai sindacati.

Sull'interesse al rafforzamento dell'organizzazione sindacale, sembrerebbe prevalere l'esigenza di garanzia della libertà individuale, riconosciuta in tutte le moderne Costituzioni, che, in quanto manifestazione fondamentale di dissenso, è totalmente coerente con lo stesso principio pluralistico, poc'anzi affermato.⁵⁸

Nonostante tale orientamento sia da ritenersi più che consolidato, la Corte non ha mai chiaramente determinato le condizioni per cui le clausole di sicurezza sociale potrebbero risultare compatibili con il sistema di diritti, espresso nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo, lasciando aperta la possibilità che il bilanciamento tra gli interessi dei singoli lavoratori e dei sindacati possa tradursi in una scarsa o addirittura inesistente tutela della libertà sindacale negativa.⁵⁹

Sulla base delle considerazioni sopra svolte, si deve ritenere che l'antisindacalità della discriminazione ben potrebbe colpire anche questo particolare aspetto negativo della libertà sindacale, ogni qual volta si sostanzi in comportamenti che subordinano l'assunzione o il mantenimento dell'occupazione all'adesione ad un determinato sindacato o si traducano in condizioni economiche e normative di minore favore rispetto a quelle riservate ai lavoratori sindacalizzati, completamente

⁵⁵ Articolo 11, comma 2, della Carta comunitaria dei diritti fondamentali dei lavoratori: «Ogni datore di lavoro ed ogni lavoratore ha la facoltà di aderire o di non aderire a queste organizzazioni senza che ne possa derivare a suo carico un danno personale o professionale».

⁵⁶ ROCCELLA, M. & TREU, T. *Diritto del lavoro nell'Unione Europea*. Padova, Cedam, 2012.

⁵⁷ *Sorensen and Rasmussen v. Denmark*. Application no. 52562/99 – 52620/99 [2006].

⁵⁸ CARINCI, F., DE LUCA TAMAJO, R., TOSI, P. & TREU, T. *Diritto del lavoro. Vol. 1. Il diritto sindacale*. Utet, Torino, 2013.

⁵⁹ DEAKIN, S. & MORRIS, G.S. *Labour Law*. Oxford, Hart, 2012.

estranee al corretto svolgimento della dialettica sindacale e che dipendono esclusivamente dalla mancata iscrizione dei lavoratori ad un determinato sindacato.

In un sistema sindacale a stampo volontaristico, come quello italiano, la tutela della libertà sindacale negativa e il conseguente divieto di discriminazione potrebbero avere effetti diretti sulla determinazione della disciplina del rapporto di lavoro di un lavoratore non sindacalizzato. In presenza di più contratti collettivi, seppure di differente livello, applicabili all'interno di un'azienda, la libera scelta del lavoratore sulla disciplina collettiva da applicare si sviluppa, in teoria, tutta all'interno della libertà sindacale, sia nel suo profilo positivo che negativo: per gli iscritti tramite una manifestazione di volontà concretizzata nell'iscrizione al sindacato firmatario, per i non iscritti mediante il consenso implicito ovvero il dissenso espresso all'applicazione dell'uno o l'altro contratto collettivo.⁶⁰

È da ritenersi che l'effetto elettivo conseguente alla *voluntas* del lavoratore non sindacalizzato debba essere corretto alla luce del divieto di discriminazione.

La scelta espressa dal lavoratore non iscritto ad alcuna associazione sindacale, infatti, non esonera il datore di lavoro dall'obbligo di applicare il trattamento più favorevole, in quanto l'applicazione di quello meno favorevole si tradurrebbe in una discriminazione del lavoratore in ragione della sua non iscrizione al sindacato firmatario del contratto collettivo più favorevole.⁶¹

Il consolidarsi della nozione oggettiva di discriminazione, infatti, induce a ritenere irrilevante l'intento perseguito, ritenendo necessario e sufficiente, al fine di configurare come discriminatorio un

⁶⁰ SANTORO PASSARELLI, G. *Diritto Sindacale*. Roma, Laterza, 2011.

⁶¹ TREU, T. *Condotta antisindacale e atti discriminatori*. Milano, Franco Angeli, 1974.

comportamento, il verificarsi di un effetto pregiudizievole in capo a un soggetto in ragione del fattore protetto.

Nessun tipo di manifestazione volitiva, perciò, nemmeno se proveniente dal lavoratore non sindacalizzato, sarebbe in grado di eliminare l'antigiuridicità delle differenziazioni del trattamento basate sul motivo sindacale.⁶²

Diversamente è affermato da una parte della dottrina che ritiene il divieto di discriminazione per motivi sindacali operante rispetto ai soli atti unilaterali del datore di lavoro o alle sue pattuizioni con terzi e non alle differenziazioni di trattamento derivanti dalla scelta sindacale del lavoratore.⁶³

3.3. Le discriminazioni sindacali e le attività sindacali

I lavoratori potrebbero subire discriminazioni in ragione della loro partecipazione alle attività sindacali.

Le attività sindacali possono consistere nell'indizione di assemblee, volte a trattare argomenti di interesse del sindacato e dei suoi iscritti; nell'attività di proselitismo e raccolta dei contributi sindacali, essenziali affinché il sindacato possa essere rappresentativo e svolgere un'azione efficace; nell'organizzazione di referendum, utili per registrare l'opinione dei lavoratori rispetto a specifici temi. In Italia il ricorso a questi ultimi avviene prevalentemente in occasione di vertenze contrattuali⁶⁴ per l'approvazione dell'ipotesi d'accordo, ma non ha l'effetto di vincolare i sindacati che lo hanno indetto, tranne in alcune ipotesi previste dalla

⁶² CHIECO, P. *Contratto collettivo e dissenso individuale nel prisma del divieto di discriminazione*, in *Atti del Convegno Nazionale: nuovi assetti delle fonti del diritto italiano*. Caspur Cyber Publishing, 2011.

⁶³ ICHINO, P. *Il contratto di lavoro*. Milano, Giuffrè, 2000.

⁶⁴ L'accordo interconfederale del 28 giugno 2011 ha previsto un'ipotesi di ratifica del contratto collettivo aziendale.

legge.⁶⁵ In Inghilterra e Germania, il referendum si inserisce nel procedimento volto alla proclamazione di uno sciopero legittimo: sono necessari il voto favorevole del 75% dei lavoratori tedeschi e la maggioranza assoluta di quelli inglesi.

Le attività sindacali sono funzionali al perseguimento dell'interesse collettivo che i sindacati sono chiamati a realizzare; il diritto di organizzare liberamente le attività sindacali è la conseguenza diretta dell'affermazione della libertà sindacale.

Rispetto al riconoscimento di tale diritto, il datore di lavoro ha un generale obbligo di non interferenza nello svolgimento di tali attività e di non discriminazione nei confronti dei singoli lavoratori, in ragione della partecipazione a queste attività.

È discriminatorio qualsiasi trattamento meno favorevole subito da un lavoratore, per aver partecipato alle attività sindacali o per aver manifestato un proposito in tal senso.

La discriminazione sindacale potrebbe riguardare anche la partecipazione ad attività sindacali avvenute nel passato.

Emblematica è la vicenda *Fitzpatrick v. British Railways Board*.⁶⁶ La lavoratrice inglese, all'atto dell'assunzione, aveva omesso di dare tutte le informazioni sul suo precedente impiego, tacendo la sua partecipazione alle attività del sindacato a cui era iscritta, in cui mirava a coprire una posizione dirigenziale.

Successivamente, era stato pubblicato un articolo, scritto da un altro dipendente delle ferrovie, che riguardava gli impegni da sindacalista della Fitzpatrick e i suoi rapporti con gruppi di estrema sinistra. Il datore di lavoro, scoperto tutto ciò, aveva provveduto a licenziarla.

⁶⁵ L'articolo 14 della legge 146/1990 prevede un referendum, avente ad oggetto un accordo sulle prestazioni indispensabili da garantire durante uno sciopero nei servizi pubblici essenziali; l'articolo 8, comma 3, della legge 138/2011 prevede un'ipotesi specifica di referendum di contratti aziendali, sottoscritti prima della data di entrata in vigore della legge.

⁶⁶ *Fitzpatrick v. British Railways Board* [1991].

Tale caso spiega come anche la precedente attività svolta possa essere utilizzata dal datore di lavoro per discriminare i lavoratori.

Le conclusioni a cui sono arrivati però i giudici inglesi lasciano a dir poco a desiderare. In primo grado, il tribunale ha riconosciuto che il licenziamento era stato motivato dalla precedente attività sindacale della lavoratrice, ma ha ritenuto che tale caso fosse al di fuori dell'ambito di tutela, disegnato dalla normativa inglese, in quanto era requisito indispensabile che tali attività fossero svolte "*at an appropriate time*".

La Corte d'appello ha rigettato il ricorso della Fitzpatrick, correggendo in parte la ricostruzione dei fatti: il licenziamento, in termini astratti, era da considerarsi *unfair* perché motivato unicamente dalla paura del datore che la lavoratrice, anche nel suo nuovo lavoro, potesse ancora svolgere attività sindacali. Tale pronuncia corregge parzialmente le considerazioni fatte in primo grado, dove si era ritenuto irrilevante l'impegno sindacale se questo si era svolto in passato. Ciò non è valso, però, alla lavoratrice per riavere il suo lavoro: la Corte ha infatti stabilito che nel caso in cui il lavoratore ottenga il suo impiego "*by deceit*" e proprio quest'ultimo sia il motivo del licenziamento, anche se ciò riguardi le attività sindacali svolte in passato, tale vicenda è fuori dalla tutela accordata dall'ordinamento inglese, il cui scopo è quello di proteggere i lavoratori che partecipano alle attività sindacali.

La partecipazione alle attività sindacali, come possibile causa di discriminazioni, viene in rilievo anche nel caso di *blacklisting*, redazione di liste di nomi di lavoratori che hanno partecipato alle attività sindacali o semplicemente di iscritti alle organizzazioni.⁶⁷ Queste speciali liste sono compilate e utilizzate dai datori di lavoro e dalle agenzie per l'impiego al fine di operare discriminazioni nell'accesso al lavoro o nel trattamento economico ai danni dei lavoratori che svolgono attività sindacali.

⁶⁷ DEAKIN, S. MORRIS, G.S. *Labour Law*. Oxford, Hart, 2012.

I lavoratori, i cui nomi figuravano nelle *blacklists*, avevano difficoltà nel trovare un impiego o erano obbligati ad accettare condizioni meno favorevoli rispetto a quelle riservate agli altri lavoratori.

In Inghilterra tali pratiche risultano essere assai diffuse.

L'appartenenza ad un sindacato, in quel paese, è considerata un'informazione personale riservata che può essere raccolta, posseduta o divulgata a terze parti soltanto in casi molto limitati.⁶⁸ Nel 2009 è stato chiaro che il ricorso alle *blacklists*, diversamente da quanto si credeva, non era affatto cessato: è di quell'anno infatti la scoperta, ad opera dell'ICO (*Information Commissioner's Office*), di un database contenente informazioni su 3.213 lavoratori edili, relative anche alla loro partecipazione ad attività sindacali, che era stato usato da più di quaranta imprese edili, per un periodo stimato di oltre 15 anni, allo scopo di controllare i lavoratori da assumere. È del 2010 il successivo intervento del legislatore,⁶⁹ volto a ridefinire la normativa esistente, proibendo definitivamente la compilazione e l'utilizzo di queste liste e rafforzando la tutela dei lavoratori nel caso di rifiuto ad assumere, licenziamento ed ogni altro trattamento discriminatorio, conseguente all'uso delle blacklist.

Considerazioni simili valgono per i cosiddetti *certificates of loyalty*, il cui possesso è una condizione necessaria per l'assunzione o la permanenza in servizio.⁷⁰ Questi certificati garantiscono la fedeltà del lavoratore e quasi sempre sono concessi tenendo in considerazione, oltre che i risultati conseguiti, anche dati come l'adesione ad organizzazioni sindacali e la partecipazione alle loro attività. La partecipazione alle attività sindacali può causare la mancata concessione o la revoca del certificato.

Quando il conflitto di interessi tra datore di lavoro e lavoratori non ha trovato composizione tramite la contrattazione collettiva o attraverso un

⁶⁸ Data protection Act del 1998.

⁶⁹ Employment Regulation Act del 1999 (Blacklist) Regulation.

⁷⁰ GERNIGON, B., ODERO, A. & GUIDO, H. *ILO principles concerning the right to strike*, in *International Labour Review*, Vol. 135, N. 4, Zurigo, Proletteris, 2000.

arbitrato, il più delle volte, questo è destinato a sfociare in un'azione collettiva.

Le discriminazioni perpetrate dal datore di lavoro, in tale contesto, consistono in vere e proprie azioni di rappresaglia, come un licenziamento o qualsiasi altro pregiudizio, determinati unicamente dall'aver organizzato o partecipato ad uno sciopero.

Nessuno deve infatti essere penalizzato per aver partecipato o per aver anche solo manifestato l'intenzione di partecipare ad uno sciopero; in conseguenza di ciò, l'eventuale licenziamento o rifiuto alla riassunzione sono da considerarsi discriminazioni sindacali.⁷¹

È assolutamente irrilevante se il licenziamento o altro sfavorevole trattamento siano comminati durante lo sciopero o successivamente a questo; parimenti il fatto che siano avvenuti in un tempo precedente all'azione collettiva non esclude antisindacalità del comportamento, nel caso in cui costituiscono un freno all'esercizio del diritto di sciopero.⁷²

3.4. Discriminazioni sindacali e contrattazione collettiva

Il diritto a contrattare liberamente con il datore di lavoro le condizioni dell'impiego costituisce un elemento essenziale della libertà sindacale.

Attraverso la contrattazione collettiva, il sindacato persegue l'obiettivo di realizzare il miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro dei lavoratori da essa rappresentati.⁷³

I contratti collettivi stipulati hanno un ambito di applicazione assai variabile.

⁷¹ ILO, DIRETTORE GENERALE. *Freedom of association in practice: Lessons learned*. Global Report under the follow-up to the ILO Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work. Ginevra, Ufficio internazionale del lavoro, 2008.

⁷² GERNIGON, B., ODERO, A. & GUIDO, H. *ILO principles concerning the right to strike*, in *International Labour Review*, Vol. 135, N. 4, Zurigo, Proletteris, 2000.

⁷³ SANTORO PASSARELLI, G. *Diritto Sindacale*. Roma, Laterza, 2011.

Si distinguono gli accordi interconfederali, relativi all'intera classe lavoratrice o a grandi settori di questa, volti a disciplinare specifici istituti o l'assetto stesso della contrattazione collettivi; i contratti collettivi nazionali di categoria o di mestiere; i contratti collettivi territoriali non nazionali, assai diffusi in Germania; i contratti aziendali che caratterizzano fortemente il sistema inglese.

È soprattutto rispetto a quest'ultimo livello di contrattazione che possono verificarsi comportamenti, capaci di produrre effetti discriminatori nei confronti dei singoli dipendenti.

L'estrema eterogeneità dei vari modelli di relazioni industriali, caratterizzate da diverse strutture contrattuali presenti in Europa, hanno effetti considerevoli in ordine alle riflessioni sul divieto di discriminazione sindacale in relazione alla contrattazione collettiva.

Le discriminazioni sindacali in danno dei lavoratori, in accoglimento della nozione oggettiva di discriminazione, ben potrebbero, infatti, prodursi in conseguenza di vicende che riguardano il datore di lavoro e le organizzazioni sindacali.

Si ritiene che il comportamento datoriale consistente nel rifiuto a trattare o contrattare con le organizzazioni sindacali non costituisca discriminazione sindacale, se tale chiusura si realizza nei confronti di tutti i sindacati.

Non è rinvenibile un obbligo generale in materia ma, qualora fosse previsto in ipotesi particolari, come l'obbligo di consultazione sindacale nel caso di licenziamenti collettivi o trasferimenti d'azienda, la sua violazione costituirebbe sicuramente un comportamento antisindacale, ma non darebbe certo luogo ad alcuna discriminazione, interessando la totalità dei lavoratori e non operando alcuna distinzione tra questi.

Tali considerazioni sono valide anche nel caso in cui alla procedura di contrattazione non segua la stipulazione di un contratto collettivo.

Lo svolgimento delle trattative può avvenire attraverso l'organizzazione di incontri separati con le varie sigle sindacali.

Nella maggior parte dei casi lo svolgimento a tavoli separati è assai utile per agevolare la dialettica tra le parti sociali, favorendo così la composizione di divergenti interessi di cui i sindacati sono portatori.⁷⁴

Tale particolare modalità di svolgimento delle trattative, non producendo di per sé effetti capaci di ripercuotersi sui lavoratori, non dovrebbe produrre effetti discriminatori in capo ai singoli.

Discriminazioni sindacali potrebbero sussistere, però, nel caso in cui tale scelta, tenuto conto delle particolari circostanze di fatto in cui è compiuta, abbia l'effetto di falsare la dialettica sindacale, escludendo uno o più sindacati dalle trattative e ovviamente dalla firma dell'accordo.

Il comportamento datoriale, consistente in un uso distorto del suo potere contrattuale, si risolverebbe anche in danno dei lavoratori iscritti al sindacato escluso.

Potrebbe ipotizzarsi, inoltre, anche se forse un po' forzatamente, una discriminazione sindacale nei confronti dei lavoratori nel caso in cui un accordo collettivo sia contrattato e concluso tra organizzazioni nel complesso meno rappresentative di quelle escluse o dissenzienti.⁷⁵

Il principio anti-discriminatorio, quindi, arriverebbe ad incidere sulla corretta selezione dei soggetti legittimati a stipulare il contratto, in tal modo sanzionando tutti i comportamenti che non siano in linea con un sistema di *fair representation*, permettendo così di correggere lo sproporzionato rilievo che il potere di accreditamento datoriale talora può acquisire.⁷⁶

⁷⁴ COLLIA, F. & ROTONDI, F. *Il comportamento antisindacale: aspetti sostanziali e processuali*. Padova, Cedam, 2004.

⁷⁵ LASSANDARI, A. *Le discriminazioni: nozioni, interessi, tutele*, in Galgano, F. (a cura di) *Trattato di diritto commerciale e diritto pubblico dell'economia*. Padova, Cedam, 2010.

⁷⁶ LASSANDARI, A. *Le discriminazioni: nozioni, interessi, tutele*, in Galgano, F. (a cura di) *Trattato di diritto commerciale e diritto pubblico dell'economia*. Padova, Cedam, 2010.

Ciò consentirebbe di porre un argine all'abuso del diritto di negoziazione dal lato del datore di lavoro, specialmente qualora sia diretto ai danni di un sindacato determinato, in ordinamenti come quello italiano o tedesco, in cui l'assenza totale di una normativa in materia di rappresentatività sindacale rende assai alto il rischio che si verifichino simili comportamenti.

Tale possibilità è assai meno significativa in paesi come la Francia, in cui la legge stabilisce i requisiti che i sindacati devono avere per essere considerati rappresentativi.

Soluzione differente è stata adottata in Inghilterra, nel caso di rifiuto del riconoscimento di un sindacato da parte del datore.⁷⁷

Le organizzazioni, in possesso di determinati requisiti, infatti, possono ottenere l'ammissione al tavolo delle trattative, tramite il ricorso ad una procedura complessa al termine della quale la *recognition* viene concessa da un organo terzo e imparziale (Central Arbitration Committee) per la durata di tre anni.

Ciò spiega la tendenza al riconoscimento volontario da parte del datore, essendo questo privo di qualsiasi requisito di durata minima, diversamente da quella legale, e potendo quindi la *derecognition* sopraggiungere in qualsiasi momento.

Il rischio di una *derecognition* operata arbitrariamente risulta efficacemente contrastata dalla possibilità di avviare in risposta la procedura legale per ottenere nuovamente il riconoscimento.

Le discriminazioni sindacali potrebbero verificarsi anche, nel caso di più discipline collettive applicabili allo stesso rapporto, seppure di diverso livello, ai danni di un lavoratore sindacalizzato.

⁷⁷ *Employment Relations Act* [1999].

Ad una prima analisi tale situazione non dovrebbe generare dubbi: sarà applicato il contratto collettivo di cui è firmataria l'organizzazione a cui egli ha aderito.

Non c'è quindi alcuno spazio per l'operatività del principio di non discriminazione nei confronti del trattamento differenziato più svantaggioso attribuito al lavoratore in ragione della sua adesione ad un determinato sindacato (*rectius*: per la sua non iscrizione al sindacato firmatario del contratto collettivo più vantaggioso).

Viene in rilievo la libertà sindacale e l'affermazione della conseguente libertà di scegliere se aderire e sostenere l'azione di un determinato sindacato, rispetto ad altri.

Queste considerazioni non escludono che il lavoratore possa rivendicare l'applicazione del trattamento economico-normativo stabilito nel contratto collettivo sottoscritto da altri sindacati, diversi dal suo.

Il lavoratore che si ritiene pregiudicato e quindi discriminato in ragione della propria appartenenza sindacale può, a mezzo di una specifica manifestazione volitiva, far cessare l'effetto giuridico della rappresentanza. In tal caso scatteranno le stesse tutele previste per il lavoratore non sindacalizzato: l'obbligo per il datore di applicare la disciplina collettiva più favorevole.⁷⁸

Non si ritiene di appoggiare, invece, la soluzione fatta propria dal giudice italiano⁷⁹ che, sulla base del divieto di discriminazione e del dettato costituzionale, ha ordinato l'applicazione del contratto collettivo di appartenenza integrato con i trattamenti migliorativi stabiliti dall'altro contratto collettivo.

Gli effetti di questa pronuncia si producono nei confronti di tutti i lavoratori, anche per coloro che, in base ad una valutazione complessiva e

⁷⁸ CHIECO, P. *Contratto collettivo e dissenso individuale nel prisma del divieto di discriminazione*, in *Atti del Convegno Nazionale: Nuovi assetti delle fonti del diritto italiano*. Caspur Ciber Publishing, 2011.

⁷⁹ Sentenza del tribunale di Torino del 26 aprile del 2011.

comparativa della disciplina collettiva loro applicata, non avevano considerato quest'ultima sfavorevole rispetto a quella prevista dal diverso contratto collettivo.

L'impropria sovrapposizione dell'apparato antidiscriminatorio sulle regole di determinazione del campo di applicazione della disciplina collettiva ha l'effetto di stravolgere completamente gli assetti regolativi e i relativi equilibri.

I lavoratori, iscritti al sindacato firmatario di un contratto collettivo i cui istituti sono stati innestati ad integrazione dell'altro contratto, potrebbero a loro volta sentirsi discriminati in relazione ad istituti o clausole più vantaggiosi contenuti in quest'ultimo contratto.

Il risultato, a dir poco paradossale, «sarebbe quello di trasformare la normativa antidiscriminatoria da strumento di sostegno a mezzo di affossamento della libertà sindacale».⁸⁰

A contrastare operazioni di questo tipo, vi è il principio di inscindibilità delle clausole contrattuali, che rende oltremodo inconcepibili pronunce simili.

Questa situazione, creatasi in Italia conseguentemente alla perdita dell'unità sindacale, è difficilmente realizzabile in paesi i cui sindacati sono forti e unitari come la Germania.

Rischi bassi si registrano anche in quegli stati, interessati da un forte decentramento della contrattazione collettiva, come l'Inghilterra.

In Francia, gli effetti derivanti dalla mancanza di unità sindacale sono evitati facendo ricorso al criterio delle maggioranze: il contratto deve cioè avere il seguito della maggioranza dei lavoratori.⁸¹

Tale criterio è assicurato attraverso la sottoposizione dell'accordo ai sindacati maggiormente rappresentati e prevedendo un *droit d'opposition*

⁸⁰ CHIECO, P. *Contratto collettivo e dissenso individuale nel prisma del divieto di discriminazione*, in *Atti del Convegno Nazionale: Nuovi assetti delle fonti del diritto italiano*. Caspur Ciber Publishing, 2011.

⁸¹ Legge n. 789 del 20 agosto 2008.

riconosciuto in capo a questi nel caso in cui vengano stipulati contratti collettivi con sindacati minoritari ma pur sempre rappresentativi.

Tale diritto non può essere esercitato nel caso in cui il contratto sia sottoscritto da sindacati che rappresentino la maggioranza dei lavoratori nell'ambito di riferimento.

In Italia è stato da ultimo previsto un meccanismo con cui è possibile assicurare efficacia generale al contratto collettivo aziendale, sottoscritto prima dell'agosto del 2011, nel caso di voto favorevole della maggioranza dei lavoratori impiegati nell'azienda.⁸²

Questione diversa attiene invece al contenuto delle singole clausole contrattuali, che ben potrebbe avere carattere discriminatorio.

4. I comportamenti plurioffensivi

Le discriminazioni possono essere individuali o collettive.

Nel primo caso lo svantaggio è subito da un singolo, nel secondo invece riguarda una pluralità di persone, a prescindere dal fatto che sia identificabile un soggetto che asserisca di essere stato vittima di tale discriminazione.

È possibile che una condotta generante una discriminazione collettiva leda anche il diritto individuale a non essere discriminati. Ci si trova davanti ai cosiddetti comportamenti plurioffensivi.⁸³

Le organizzazioni sindacali, in tal caso possono agire in giudizio sia per conto e a sostegno di un determinato soggetto che si ritiene discriminato, con il suo consenso, sia nel caso di discriminazione collettiva, direttamente e in piena autonomia.

⁸² Articolo 8, ultimo comma, della legge n. 148/2011.

⁸³ GIUBBONI, S. *Discriminazioni, molestie e mobbing*, in Persiani, M. (a cura di) *Trattato di diritto del lavoro*. Padova, Cedam, 2012.

Il carattere della plurioffensività può presentarsi pure in comportamenti discriminatori del datore di lavoro, lesivi dei diritti del singolo, qualora realizzino anche un pregiudizio per le organizzazioni sindacali, in quanto incide sui diritti di cui è titolare. La lesione del diritto individuale a non essere discriminato può dar luogo così a due azioni, una delle organizzazioni sindacali a tutela dell'interesse collettivo, leso dall'antisindacalità dell'atto, e l'altra del singolo dipendente a protezione di un suo personale interesse a non essere discriminato. Ciò è determinato dal fatto che la libertà sindacale, alla cui protezione il divieto di discriminazione è strumentale, riguarda i lavoratori, considerati sia nella loro individualità, come titolari del diritto di aderire ad un sindacato o partecipare alle sue attività, che come gruppo organizzato, titolare di autonomi poteri e prerogative.

È il caso di un licenziamento discriminatorio, determinato da motivi antisindacali, che ben potrebbe costituire anche un mezzo di attuazione di un comportamento antisindacale che, per le modalità con il quale può estrinsecarsi, è idoneo a vulnerare l'interesse collettivo del sindacato. Negare che atti, come i licenziamenti e i trasferimenti, possano ledere contemporaneamente gli interessi individuali dei lavoratori e quelli del sindacato, significherebbe «negare la realtà dei rapporti sindacali»,⁸⁴ poiché la repressione antisindacale si effettua opponendo dei limiti all'esercizio dell'attività sindacale dei singoli soggetti, limiti che comportano a loro volta dei pregiudizi alla libertà di agire del gruppo organizzato.

Le due azioni, individuale e collettiva sono autonome e indipendenti.

Le associazioni sindacali sono titolari di una capacità giuridica propria che, sul piano processuale, si esplica attraverso la facoltà di agire direttamente, indipendentemente, quindi, dalle iniziative dei propri

⁸⁴ COSTA, F. *La condotta antisindacale*. Roma, Edizioni scientifiche italiane, 2011.

aderenti, a tutela della libertà sindacale e delle attività sindacali. L'assoluta indipendenza delle due azioni potrebbe condurre alla coesistenza di un censura, in sede giudiziaria, dell'atto in questione in quanto antisindacale con l'acquiescenza del lavoratore al procedimento *aliunde* impugnato o che lo stesso atto possa essere reputato legittimo in un giudizio e illegittimo in un altro.

Il parallelismo delle due azioni, individuale e collettiva, non è perfetto: le due azioni potrebbero trovare un punto di convergenza quanto ai *petita*. Ben potrebbero le due azioni, quindi, essere volte a raggiungere lo stesso risultato, con effetti considerevoli nel caso di mancato coordinamento delle due pronunce, vista l'impossibilità di «differenziare la consistenza delle posizioni soggettive attive della quale sono portatori il lavoratore e il sindacato»⁸⁵ e la conseguente interferenza che si realizza tra i distinti accertamenti.

⁸⁵ DONZELLI, R. *La tutela giurisdizionale in materia di condotta antisindacale e di parità di trattamento uomo-donna*. Roma, Aracne, 2004.

CAPITOLO II

IL PRINCIPIO DI NON DISCRIMINAZIONE NEL DIRITTO INTERNAZIONALE ED EUROPEO

La tutela dei soggetti deboli è da tempo avvertito come un problema che supera i confini del singolo stato.

Gli Stati, a partire dal secondo dopoguerra, si sono dunque accordati per predisporre una tutela ai diritti, soprattutto mediante l'elaborazione di Carte dei diritti a livello mondiale e regionale.

L'attività di predisposizione del catalogo internazionale dei diritti dell'uomo, mediante convenzioni multilaterali, si è realizzata sia attraverso la tutela di singoli diritti o categorie omogenee di diritti,¹ che la protezione di specifiche categorie di individui, ritenuti politicamente e socialmente più deboli e degni di tutela.²

L'esigenza di assicurare effettività ai diritti si è scontrata con difficoltà, tanto maggiori quanto più esteso è l'ambito di applicazione della Convenzione: inevitabilmente, infatti, la pretesa di coinvolgere il maggior numero di stati possibile nella tutela dei diritti fa sì che questi finiscano per essere definiti nei termini minimi essenziali, per consentirne l'accettazione anche da parte degli Stati più restii.³

I principi e le norme contenuti in Dichiarazioni e Carte dei diritti internazionali, di per sé non assistiti da meccanismi idonei ad assicurare

¹ Esempi in tal senso sono la Convenzione per la prevenzione e repressione del crimine del genocidio del 1948, la Convenzione sulla lotta alla schiavitù del 1956 e la Convenzione internazionale sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione razziale del 1965.

² Esempi in tal senso sono Convenzione di Ginevra sul diritto umanitario di guerra del 1949, Convenzione sullo statuto dei rifugiati del 1951 e la Convenzione sui diritti politici della donna del 1952.

³ La difficoltà di conciliare il "mito" dell'universalità del diritto con la specificità delle tradizioni culturali e degli assetti politici dei diversi ordinamenti è posta in luce da CASSESE, S. *Universalità del diritto*, in *Il Corriere della Sera*, 23 marzo 2005.

l'effettiva applicazione, assumono una rilevanza come diritto transnazionale venendo utilizzate dai giudici nazionali, anche nei casi in cui non siano vincolanti, specie in quei settori che a livello interno sono sprovvisti di disciplina.

In virtù di tale utilizzo, detti principi e norme trasmigrano dal campo delle mere affermazioni teoriche a quello dell'effettività.

La tutela predisposta da ciascun ordinamento in difesa dei soggetti deboli necessita, dunque, di raccordarsi con la tutela offerta a livello internazionale.⁴

Di seguito si analizzeranno le principali fonti di diritto internazionale in materia di contrasto alle discriminazioni, con attenzione particolare a quelle collegate all'esercizio delle libertà sindacali.

⁴ PIZZORUSSO, A. *Costituzioni e diritti umani*, in Greco, T. (a cura di) *Violazioni e tutela dei diritti umani*. Pisa, Plus – Università di Pisa, 2003.

1. Le Nazioni Unite

Al termine della seconda Guerra Mondiale, mentre si delineava un nuovo assetto delle relazioni internazionali, si avvertì la necessità di creare una struttura sovranazionale, capace di favorire relazioni amichevoli tra i singoli stati allo scopo di mantenere la pace.

In tale contesto internazionale, furono ufficialmente fondate, il 24 ottobre del 1945, le Nazioni Unite, dopo la ratifica dello Statuto da parte dei membri permanenti⁵ del Consiglio di sicurezza e dalla maggioranza degli altri 46 Stati firmatari.

La Carta delle Nazioni Unite individuò, tra i fini dell'Organizzazione, la promozione del rispetto dei diritti e delle libertà fondamentali dell'uomo, che devono essere garantiti a tutti, senza distinzioni di razza, di sesso, di lingua o religione.⁶

Alla tutela dei diritti umani venne dato un significato ulteriore: oltre ad essere un obiettivo fondamentale dell'Organizzazione, si affermò come condizione indispensabile per il mantenimento della pace e della sicurezza internazionali.⁷

Pur affermando «la fede nei diritti fondamentali, nella dignità e nel valore della persona umana, nell'uguaglianza dei diritti degli uomini e delle donne»,⁸ la Carta, tuttavia, non si preoccupò di dare alcuna definizione dei diritti che si impegnava a garantire.

La proposta di redigere un vero e proprio catalogo di diritti, emersa nel corso dei negoziati, infatti, non fu accolta, preferendo rinviare tale iniziativa ad una fase successiva dell'attività dell'Organizzazione.

⁵ I membri permanenti del Consiglio di Sicurezza erano: Cina-Tawain, Francia, Unione Sovietica, Regno Unito e Stati Uniti.

⁶ Articolo 1, paragrafo 3, della Carta istitutiva delle Nazioni Unite.

⁷ In *Larger Freedom: Towards development, security and human right* (Doc. A/59/2005), l'allora segretario generale Kofi Annan ha dichiarato che la povertà e la violazione dei diritti umani fondamentali hanno l'effetto di accrescere significativamente il rischio di instabilità e violenza.

⁸ Preambolo n. 2 della Carta istitutiva delle Nazioni Unite.

L'unico principio di carattere sostanziale, ribadito in diverse norme della Carta,⁹ era il principio di non discriminazione nella promozione del rispetto dei diritti umani, che successivamente troverà sviluppo nella Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo e nelle altre convenzioni internazionali che a quest'ultima si ispirano.

L'articolo 13 della Carta assegnò all'Assemblea generale dell'ONU il compito di intraprendere studi e fare raccomandazioni allo scopo di promuovere il rispetto di tali libertà, ribadendo il divieto di discriminare.

1.1. La Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo

La decisa azione di riconoscimento e promozione dei diritti dell'uomo portò all'adozione, il 10 Dicembre del 1948, della Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo da parte dei 58 Stati membri dell'ONU.¹⁰

La Dichiarazione Universale segnò una svolta importante nel diritto internazionale: per la prima volta si affermava che tutti gli individui nascono liberi e uguali e che, quindi, devono godere degli stessi diritti, senza alcuna distinzione.¹¹

Veniva solennemente dichiarato il valore della dignità di tutti gli uomini e dei loro diritti, il cui riconoscimento costituisce «il fondamento della libertà, della giustizia e della pace nel mondo».¹²

La Dichiarazione Universale fu proclamata dall'Assemblea generale come «a common standard of achievement for all people and all nations».

⁹ Articolo 1.3, articolo 55, articolo 56, articolo 76.c della Carta istitutiva delle Nazioni Unite.

¹⁰ Non vi furono voti contrari. Vi fu, tuttavia, l'astensione dell'Arabia Saudita, del Sud Africa e dei sei paesi del blocco comunista (Bielorussia, Cecoslovacchia, Jugoslavia, Polonia, Ucraina, Unione Sovietica).

¹¹ Articolo 1 della Dichiarazione Universale diritti dell'uomo: «Tutti gli esseri umani nascono liberi ed eguali in dignità e diritti. Essi sono dotati di ragione e di coscienza e devono agire gli uni verso gli altri in spirito di fratellanza».

¹² Preambolo della Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo.

La maggior parte dei diritti, affermati nella Dichiarazione Universale, erano diritti civili e politici, già riconosciuti da diversi Stati a livello nazionale ma oggetto di tutela da parte di un numero assai modesto di trattati internazionali allora esistenti.

La proclamazione dei diritti economici e sociali, invece, non aveva precedenti sul piano internazionale: questi vennero intesi come necessario corollario dei diritti civili e politici, in quanto indispensabili per lo sviluppo e il rispetto della personalità e della dignità umana.¹³

Di notevole significato appare, tutt'oggi, l'enunciato dell'articolo 2, paragrafo 1:

«Ad ogni individuo spettano tutti i diritti e tutte le libertà enunciate nella presente Dichiarazione, senza distinzione alcuna, per ragioni di razza, di colore, di sesso, di lingua, di religione, di opinione politica o di altro genere, di origine nazionale o sociale, di ricchezza, di nascita o di altra condizione».

Ogni uomo, quindi, deve godere delle libertà e dei diritti riconosciuti dalla Dichiarazione, senza che l'esercizio di questi debba essere interdetto o limitato a causa del possesso di una data qualità.

È importante notare come l'elenco, presente nell'articolo 2, sia aperto ad ogni «altra condizione» diversa da quelle considerate.¹⁴

L'articolo 7 afferma l'eguaglianza di tutti di fronte alla legge, che deve tutelare ogni uomo, senza che si realizzi alcun tipo di discriminazione.

Alla chiara condanna di ogni pratica discriminatoria si accompagna il riconoscimento del diritto alla tutela giurisdizionale, contenuta nel periodo successivo dello stesso articolo, in cui si afferma:

¹³ Articolo 14 della Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo.

¹⁴ Ai fini del nostro discorso sulle discriminazioni sindacali, appare evidente come le convinzioni sindacali sono da intendersi comprese nelle «opinioni di altro genere».

«Tutti hanno diritto ad una eguale tutela contro ogni discriminazione che violi la presente Dichiarazione come contro qualsiasi incitamento a tale discriminazione».

La Dichiarazione Universale dei diritti dell’Uomo, inoltre, all’articolo 19, si occupa della libertà di opinione e di espressione, affermando che:

«Ogni individuo ha diritto alla libertà di opinione e di espressione, incluso il diritto di non essere molestato per la propria opinione e quello di cercare, ricevere e diffondere informazioni e idee attraverso ogni mezzo e senza riguardo a frontiere».

Al riconoscimento della libertà di opinione e di espressione, si affianca il diritto a non subire alcun tipo di pregiudizio, in relazione all’esercizio di tale libertà.

Non essendovi, nel testo del Trattato, alcuna definizione di opinione, le convinzioni sindacali, espresse attraverso l’adesione e la partecipazione alle attività del sindacato, ben potrebbero rientrare nell’ambito di applicazione dell’articolo 19.¹⁵

La Dichiarazione Universale dei Diritti dell’Uomo, essendo stata adottata in una risoluzione, non è uno strumento giuridico vincolante: essa, infatti, è priva di efficacia obbligatoria diretta nei confronti degli Stati membri.¹⁶ Nonostante ciò, la Dichiarazione ha posto le necessarie premesse per la stipulazione di convenzioni in materia di diritti umani, svolgendo un ruolo

¹⁵ Avendo noto, inoltre, che le discriminazioni sindacali consistono in un differente trattamento svantaggioso, patito a causa dell’esercizio della libertà sindacale, a parere di chi scrive, l’articolo 19, riconoscendo il diritto a non essere molestati per la propria opinione, potrebbe contenere, il riconoscimento del diritto a non essere discriminati per ragioni sindacali.

¹⁶ La mancanza di efficacia obbligatoria della Dichiarazione Universale ha favorito la sua redazione in tempi brevi, in quanto gli Stati non esitarono ad approvarne il testo, sulla base della convinzione che non contenesse obblighi giuridici. Gli unici obblighi giuridici che si potevano porre a carico degli Stati, successivamente all’adozione della Dichiarazione, discendevano dalla Carta di San Francisco: buona fede nel rispetto dei principi affermati nella dichiarazione, in quanto strumento volto ad attuare gli obiettivi dell’Organizzazione (articolo 2.2 della Carta istitutiva delle Nazioni Unite), l’obbligo di cooperazione con l’Organizzazione per il rispetto dei diritti umani e delle libertà fondamentali (articolo 56 della Carta istitutiva delle Nazioni Unite).

propulsivo per lo sviluppo del diritto internazionale, consuetudinario e pattizio, in conformità ai valori ivi dichiarati.

1.2. Il Patto internazionale sui diritti civili e politici e il Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali

La Commissione per i diritti umani,¹⁷ per ovviare alla mancanza di coerenza delle norme della Dichiarazione Universale, iniziò la stesura di una serie di convenzioni internazionali, ispirate ai valori affermati in quest'ultima, le quali avrebbero previsto obblighi che vincolassero gli Stati parte al rispetto dei principi affermati in essi.

A causa di disaccordi tra i Paesi membri riguardo a quali diritti (civili e politici oppure economici, sociali e culturali) dovesse venire data maggiore importanza, emersi durante i negoziati per l'adozione di un unico trattato in materia di diritti umani, si decise di creare due convenzioni internazionali distinte e separate: il Patto internazionale sui diritti civili e politici¹⁸ e il Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali.

Questi vennero presentati nel corso dell'Assemblea generale delle Nazioni Unite nel 1954 e adottati nel 1966.

Entrambi i Patti si basano su una serie di valori condivisi, espressi nei Preamboli che avevano ispirato in precedenza la redazione della Dichiarazione universale: l'alto valore della dignità umana, il

¹⁷ La Commissione per i Diritti Umani, istituita nel 1946 con la Risoluzione n. 5 del Consiglio economico e sociale delle Nazioni Unite, è composta da rappresentanti dei governi di 53 Stati, scelti a rotazione fra tutti i membri ONU, con lo scopo di promuovere il rispetto dei diritti umani e delle libertà fondamentali. La Commissione si riunisce a Ginevra in febbraio una volta l'anno e i suoi lavori durano circa sei settimane.

¹⁸ Al Patto internazionale sui diritti civili e politici si aggiunge un Protocollo facoltativo, che consente ai singoli di presentare comunicazioni ad un apposito organo di controllo, il Comitato dei diritti umani, in caso di presunta violazione dei diritti garantiti dal Patto, ad opera degli Stati membri che hanno ratificato il Protocollo. La procedura, essendo attivabile dai cittadini degli Stati firmatari produce indubbiamente un vincolo al rispetto di questa.

riconoscimento di diritti uguali e inalienabili in capo ad ogni individuo, l'impegno dei singoli Stati membri al rispetto e alla promozione di questi. Fermo restando che tra i due Patti non esiste alcuna gerarchia¹⁹ in quanto si tratta di strumenti paralleli e complementari, il Patto internazionale sui diritti civili e politici ha avuto una più ampia applicazione, sia per la natura dei diritti in esso contemplati che per l'esistenza di strumenti di controllo più consistenti.²⁰

L'articolo 2 del Patto internazionale sui diritti civili e politici afferma che:

«Ciascuno degli Stati parti del presente Patto si impegna a rispettare e a garantire a tutti gli individui che si trovino sul suo territorio e siano sottoposti alla sua giurisdizione i diritti riconosciuti nel presente Patto, senza distinzione alcuna, sia essa fondata sulla razza, il colore, il sesso, la religione, l'opinione politica o qualsiasi altra opinione, l'origine nazionale o sociale, la condizione economica, la nascita o qualsiasi altra condizione».

Analogo impegno è contenuto nell'articolo 2, paragrafo 2, del Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali.²¹

Il principio di non discriminazione, affermato in tali articoli, riveste una notevole importanza: l'articolo 4, paragrafo 1, del Patto internazionale sui diritti civili e politici, infatti, prevede che, in situazioni di pericolo pubblico eccezionale, gli Stati membri possano adottare misure che comportino deroghe agli obblighi stabiliti dal Patto purché queste non

¹⁹ Nel corso dei negoziati, in tal senso, si era pronunciata in modo fermo, la delegazione americana per il tramite di Eleanor Roosevelt: «My delegation proposes that two covenants of equal importance be completed in United Nations simultaneously and be opened for signature and ratification at the same time, neither one nor the other covenant would be called the first or the second covenant». *Statements on Draft Covenant on Human Rights* (1951).

²⁰ Ogni Stato deve inviare, entro un anno dall'adozione del Patto, un rapporto iniziale, e successivamente soltanto qualora il Comitato dei diritti umani ne faccia richiesta. Dal 2001 è possibile un'azione *in absentia* nel caso in cui lo Stato non ottemperi all'obbligo di inviare la relazione o le informazioni richieste in ordine alle misure di attuazione dei diritti garantiti dal Patto.

²¹ Le riflessioni sull'articolo 2 del Patto internazionale sui diritti civili e politici sono valide anche in relazione all'articolo 2, paragrafo 2, del Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali, in quanto entrambi gli articoli esprimono il medesimo principio.

comportino discriminazioni fondate unicamente «sulla razza, il colore, il sesso, la religione, l'opinione politica o qualsiasi altra opinione, l'origine nazionale o sociale, la condizione economica, la nascita o qualsiasi altra condizione».

Il principio di non discriminazione è espressamente richiamato in altre disposizioni dei Patti, relative a diverse categorie di diritti umani.²²

Entrambi i Patti non definiscono il termine «discriminazione» né indicano in cosa consista.²³

Secondo il Comitato dei diritti umani, le discriminazioni comprendono «ogni distinzione, esclusione, restrizione o preferenza che sia basata su un motivo (razza, colore, sesso, lingua, religione, opinione politica o di altro genere, origini nazionali o sociali, proprietà o altri status) e che abbia lo scopo o l'effetto di porre nel nulla o di impedire il riconoscimento, il godimento e l'esercizio dei diritti e delle libertà, da parte di ognuno ed in posizione di parità».²⁴

Il Comitato dei diritti economici, sociali e culturali condivide la medesima definizione, precisando che sono da considerarsi discriminatori anche l'ordine di discriminare e le molestie sessuali.²⁵

Il Comitato dei diritti economici rileva, inoltre, come lo sviluppo economico non si sia mai tradotto, in automatico, in un «sustainable development», cosicché gli uomini hanno da sempre dovuto affrontare

²² Nel Patto internazionale sui diritti civili e politici: l'articolo 14 , paragrafo 1, che si occupa di garantire l'uguaglianza di fronte ai tribunali e alle corti di giustizia; il paragrafo 3 dello stesso articolo, che stabilisce delle garanzie minime nei confronti di chi è accusato di aver commesso un reato; l'articolo 25 garantisce a tutti i cittadini uguale partecipazione alla vita pubblica, senza alcuna delle distinzioni menzionate nell'articolo 2. Nel Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali: l'articolo 3 dedicato all'uguaglianza tra i sessi; l'articolo 7 che si occupa di uguaglianza in materia retributiva e nell'accesso al lavoro; articolo 13 che garantisce il diritto all'educazione.

²³ Sia il Patto internazionale sull'eliminazione di tutte le forme di discriminazione razziale che il Patto internazionale sull'eliminazione di tutte le forme di discriminazione contro le donne contengono una definizione di discriminazione, costruita avendo riguardo agli specifici motivi protetti dai trattati stessi.

²⁴ General comment of Human rights Committee n. 18 (1989) on Non-discrimination.

²⁵ General comment of Economic and Social Council n. 20 (2009) on Non-discrimination in economic, social and cultural rights.

problemi legati all'ineguaglianza socio-economica. L'uguaglianza e la non discriminazione sono componenti fondamentali dei diritti umani e sono essenziali per il godimento dei diritti economici, sociali e culturali.

Differenze di trattamento, basate sui motivi vietati, saranno da considerarsi discriminatorie, a meno che la giustificazione per la diversità del trattamento non sia ragionevole ed obiettiva: ciò implica una verifica della legittimità dello scopo perseguito e degli effetti delle misure o delle omissioni dello Stato membro e della compatibilità di queste ultime con la natura dei diritti garantiti dal Patto sui diritti economici.²⁶

Tali deroghe devono essere tese a migliorare il benessere generale in una società democratica ed essere proporzionate allo scopo perseguito e ai loro effetti.

L'articolo 2 del Patto internazionale sui diritti civili e politici elenca i motivi sulla cui base è vietato fondare una distinzione: razza, colore, sesso, lingua, religione, opinioni politiche o di altro genere, origine nazionale o sociale, proprietà, nascita o altri status.

L'inclusione nella lista di «altri status» indica che essa non ha carattere esaustivo: in tale categoria possono ricomprendersi altri motivi, la cui natura sia affine a quella dei motivi individuati dalla norma e sulla cui base nessuna differenza di trattamento appaia ragionevolmente giustificabile.²⁷

Il Comitato dei diritti economici, sociali e culturali, nel dare una definizione di «opinioni politiche o di altro genere», include sia le opinioni dotate di carattere cogente che non, nonché i punti di vista o l'essere

²⁶ General comment n. 20 of Economic and Social Council (2009) on Non-discrimination in economic, social and cultural rights.

²⁷ General comment n. 20 of Economic and Social Council (2009) on Non-discrimination in economic, social and cultural rights.

membro di un «opinion-based association», di un sindacato o di un partito politico.²⁸

L'articolo 2 di entrambi i Patti contiene un obbligo per gli Stati di adottare misure specifiche per proibire le discriminazioni nel campo dei diritti in essi riconosciuti.

La normativa già in vigore nei singoli Stati membri dovrebbe essere, quindi, regolarmente rivista e, nel caso fosse necessario, emendata al fine di assicurarsi che non abbia effetti discriminatori in relazione all'esercizio dei diritti garantiti dai Patti.

Le politiche nazionali, inoltre, dovrebbero riguardare tutti i gruppi individuati in base alle caratteristiche protette e prevedere speciali misure per accelerare il raggiungimento dell'eguaglianza.²⁹

Di notevole importanza è anche l'articolo 26 del Patto sui diritti civili e politici, in cui si afferma che:

«Tutti gli individui sono eguali dinanzi alla legge e hanno diritto, senza alcuna discriminazione, ad una eguale tutela da parte della legge. A questo riguardo, la legge deve proibire qualsiasi discriminazione e garantire a tutti gli individui una tutela eguale ed effettiva contro ogni discriminazione, sia essa fondata sulla razza, il colore, il sesso, la lingua, la religione, l'opinione politica o qualsiasi altra opinione, l'origine nazionale o sociale, la condizione economica, la nascita o qualsiasi altra condizione».

²⁸ General comment n. 20 of Economic and Social Council (2009) on Non-discrimination in economic, social and cultural rights.

²⁹ Nel commento generale n. 20, il Comitato dei diritti economici, sociali e culturali sottolinea che soprattutto le politiche economiche, come ad esempio l'allocazione delle risorse finanziarie e le misure per stimolare la crescita economica, dovrebbero porre attenzione sull'esigenza di garantire l'effettivo godimento dei diritti del Patto, senza operare discriminazioni. Alle istituzioni pubbliche e private, pertanto, dovrebbe essere richiesto di sviluppare piani di azioni dedicati alla non discriminazione e gli Stati dovrebbero prevedere corsi dedicati ai diritti umani e programmi di formazione per i pubblici ufficiali, nonché per i giudici e i candidati agli incarichi giurisdizionali.

Viene chiaramente stabilito un divieto generale di discriminazione, attraverso un'elencazione dei motivi vietati, dal carattere puramente esemplificativo.³⁰

Tra questi figurano le «opinioni politiche e di altro genere», espressione, la cui genericità consente di ritenere che il divieto di discriminazione possa riguardare anche le opinioni di tipo sindacale.

L'articolo 26 non deve, però, intendersi come un mero duplicato delle garanzie già previste dall'articolo 2 in quanto afferma un autonomo diritto: esso assicura l'uguaglianza di fronte alla legge, garantisce uguale tutela da parte della legge, senza che sia operata alcun tipo di discriminazione, e protezione nei confronti degli atti discriminatori.

L'articolo 2 ha un effetto antidiscriminatorio limitato ai soli diritti enunciati nel Patto; l'articolo 26, invece, non contiene tale limitazione: ogni Stato membro, quindi, nell'adottare la propria legislazione in qualsiasi materia, è tenuto a garantire che questa non abbia contenuto o effetti discriminatori.

L'articolo 18 del Patto internazionale sui diritti civili e politici è dedicato, invece, al diritto alla libertà di pensiero, coscienza e religione. Nei primi due paragrafi si afferma che:

«Ogni individuo ha diritto alla libertà di pensiero, di coscienza e di religione. Tale diritto include la libertà di avere o di adottare una religione o un credo di sua scelta, nonché la libertà di manifestare, individualmente o in comune con altri, e sia in pubblico sia in privato, la propria religione o il proprio credo nel culto e nell'osservanza dei riti, nelle pratiche e nell'insegnamento.

Nessuno può essere assoggettato a costrizioni che possano menomare la sua libertà di avere o adottare una religione o un credo di sua scelta».

³⁰ General comment of Human rights Committee n. 18 (1989) on Non-discrimination.

Il diritto affermato ha una vasta portata, comprendendo la libertà di pensiero in qualsiasi campo, la libertà di avere una propria convinzione personale o un proprio credo religioso o una differente credenza, che può essere manifestata sia individualmente che collettivamente.

Il diritto di adottare e vivere secondo una religione o una credenza, liberamente scelta, è protetto incondizionatamente, così come la libertà di opinione, garantita nell'articolo successivo.³¹

Il Comitato dei diritti umani ha osservato come la libertà di pensiero sia comprensiva del diritto di scegliere liberamente la propria religione o convinzione personale, del diritto di cambiare il proprio orientamento o di conservarlo.

Di rilievo, inoltre, è quanto stabilito nel paragrafo 1 dell'articolo 19, il quale stabilisce che:

«Ogni individuo ha diritto a non essere molestato per le proprie opinioni».

La formulazione dei due articoli (articolo 18 e 19) appare idonea a ricomprendere qualsiasi comportamento, anche di carattere discriminatorio, che abbia l'effetto di pregiudicare un individuo, in ragione delle proprie convinzioni od opinioni.

Le uniche limitazioni possono essere previste unicamente dalla legge e per scopi determinati: le deroghe alla libertà di pensiero, coscienza e religione possono essere stabilite a protezione della pubblica sicurezza, ordine, salute o morale e rispettare i diritti fondamentali altrui; restrizioni alla libertà di opinione sono ammesse, oltre che per i motivi sovraelencati, anche a difesa della reputazione altrui.

³¹ L'articolo 4, paragrafo 2, del Patto internazionale sui diritti civili e politici prevede che il diritto alla libertà di pensiero non possa subire restrizioni in caso di emergenza pubblica.

Le misure devono essere proporzionate e necessarie rispetto allo scopo da perseguire, non imposte per scopi discriminatori o applicate in maniera discriminatoria.³²

La libertà di opinione e di espressione (quest'ultima affermata nel paragrafo 2 dell'articolo 19) è una condizione indispensabile per il pieno sviluppo della persona ed essenziale in ogni società democratica.³³

Tale libertà, sebbene non sia menzionata dall'articolo 4 del Patto internazionale sui diritti civili e politici tra i diritti inderogabili in caso di stato di emergenza, si ritiene non possa essere soggetta a restrizioni, ad opera della legge, in tali situazioni.³⁴

L'articolo 19, pertanto, garantisce il diritto ad avere un'opinione senza subire alcun tipo di interferenza: non sono permesse eccezioni o restrizioni.

Nessuno può essere danneggiato nell'esercizio dei propri diritti sulla base delle sue opinioni.

Il Patto protegge tutte le forme di opinione, incluse quelle di natura politica, scientifica, storica, morale e religiosa.³⁵ Molestare, intimidire o stigmatizzare una persona in ragione delle opinioni che potrebbe avere, costituisce, senza alcun dubbio, una violazione dell'articolo 19, paragrafo 1.³⁶

Qualsiasi tentativo di coercizione ad avere o ad abbandonare un'opinione è proibito.³⁷

³² General Comment of Human Right Committee n. 34 (2011) on Freedom of opinion and expression; General comment of Human rights Committee n. 18 (1989) on Non-discrimination.

³³ La libertà di opinione e di espressione costituisce la base per il pieno godimento di un'ampia gamma di diritti umani, come la libertà di assemblea, quello di associazione e l'esercizio del diritto al voto.

³⁴ General Comment of Human Right Committee n. 29 (2001) on Derogation during a state of emergency.

³⁵ General Comment of Human Right Committee n. 34 (2011) on Freedom of opinion and expression.

³⁶ Communication n. 157/1983, *Mpaka-Nsus v. Zaire*; Communication n. 414/1990 *Mika Miha v. Equatorial Guinea*.

³⁷ Communication n. 878/1999, *Kang v. Republic of Korea*.

Il Comitato, nella sua opera interpretativa, ha dimostrato di privilegiare il criterio teleologico, in base al quale alle norme del Patto deve essere attribuito il significato più favorevole alla protezione dei diritti umani, e il principio di effettività, secondo cui deve preferirsi l'interpretazione che consenta di dare un valore effettivo e concreto ai diritti tutelati dal Patto.³⁸

La natura dei diritti enunciati nel Patto sui diritti economici, sociali e politici, è essenzialmente programmatica.

L'articolo 2 afferma, infatti, che ogni Stato parte si impegna ad adottare misure al fine di assicurare progressivamente la piena attuazione dei diritti riconosciuti dal Patto stesso, utilizzando al massimo le risorse disponibili e tutti i mezzi appropriati.³⁹

L'articolo 8, dedicato alla libertà sindacale, dispone che:

«Gli Stati parti del presente Patto si impegnano a garantire:

- a) il diritto di ogni individuo di costituire con altri dei sindacati e di aderire al sindacato di sua scelta, fatte salve soltanto le regole stabilite dall'organizzazione interessata, al fine di promuovere e tutelare i propri interessi economici e sociali. L'esercizio di questo diritto non può essere sottoposto a restrizioni che non siano stabilite dalla legge e che non siano necessarie, in una società democratica, nell'interesse della sicurezza nazionale o dell'ordine pubblico o per la protezione dei diritti e delle libertà altrui;
- b) il diritto dei sindacati di formare federazioni o confederazioni nazionali e il diritto di queste di costituire organizzazioni sindacali internazionali o di aderirvi;
- c) il diritto dei sindacati di esercitare liberamente la loro attività, senza altre limitazioni che quelle stabilite dalla legge e che siano necessarie in una società democratica nell'interesse della sicurezza nazionale o dell'ordine pubblico o per la protezione dei diritti e delle libertà altrui;

³⁸ PINESCHI, L. *Il Patto delle Nazioni Unite sui diritti economici, sociali e culturali*, in Pineschi, L. (a cura di) *La tutela internazionale dei diritti umani: norme, garanzie, prassi*. Milano, Giuffrè, 2006.

³⁹ Al fine di stabilire se uno Stato abbia violato i diritti tutelati dal Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali, bisognerà distinguere tra impossibilità e mancanza di volontà dello Stato stesso nell'adempiere ai propri obblighi.

d) il diritto di sciopero, purché esso venga esercitato in conformità delle leggi di ciascun Paese».

Il diritto di costituire un sindacato e di aderirvi può essere soggetto a restrizioni solo se previste espressamente dalla legge e soltanto per determinate finalità.

Tale disposizione potrebbe costituire un valido argomento a sostegno dell'esistenza di un divieto di compiere discriminazioni per motivi sindacali: tali atti comporterebbero limitazioni ingiustificate della libertà sindacale, in quanto al di fuori delle stringenti condizioni che il Patto prevede.⁴⁰

A sostegno di tale tesi, l'articolo 5 stabilisce che:

«Nessuna disposizione del presente Patto può essere interpretata nel senso di implicare un diritto di qualsiasi Stato, gruppo o individuo di intraprendere attività o di compiere atti miranti a sopprimere uno dei diritti o delle libertà riconosciuti nel presente Patto ovvero a limitarlo in misura maggiore di quanto è previsto nel Patto stesso».

Si ribadisce, dunque, l'obbligo degli Stati di impegnarsi a riconoscere e a garantire i diritti e le libertà riconosciuti nel Patto, attraverso il divieto di interpretare le disposizioni di quest'ultimo in modo tale da considerare legittimi atti diretti a sopprimere o limitare tali libertà e diritti.

Dall'enunciato, inoltre, si evince chiaramente che gli Stati membri, nel riconoscere e definire i diritti in questione, non possono comprimerli oltre la misura stabilita nei Patti, se non a determinate condizioni: eventuali limitazioni devono essere previste dalla legge; devono essere

⁴⁰ L'articolo 22 del Patto internazionale sui diritti civili e politici, dedicato alla libertà di associazione, in riferimento anche alla dimensione sindacale, contiene un'eccezione analoga: «L'esercizio di tale diritto non può formare oggetto di restrizioni, tranne quelle stabilite dalla legge e che siano necessarie in una società democratica, nell'interesse della sicurezza nazionale, della sicurezza pubblica, dell'ordine pubblico, o per tutelare la sanità e la morale pubbliche o gli altrui diritti e libertà».

compatibili con la natura dei diritti sottoposti a tali restrizioni e possono essere introdotte solo allo scopo di promuovere il benessere generale in una società democratica.⁴¹

Viene sostenuto in dottrina che il Patto sui diritti sociali, economici e culturali individui obiettivi il cui raggiungimento non è immediatamente obbligatorio;⁴² diversamente è sostenuto per il Patto sui diritti civili e politici, in quanto dotato di garanzie internazionali senza dubbio più consistenti.

Le procedure previste nel Patto sui diritti civili e politici e nel suo Protocollo facoltativo sono: l'esame dei rapporti periodici, i ricorsi interstatali e i ricorsi individuali al Comitato dei diritti dell'Uomo.

Il Patto sui diritti civili e politici è infatti monitorato dal Comitato dei diritti umani,⁴³ che esamina periodicamente le relazioni inviate dagli Stati membri riguardanti l'osservanza del Trattato.⁴⁴

Il Comitato dei diritti umani non dispone di poteri di inchiesta: l'attività di monitoraggio, quindi, può essere davvero efficace soltanto se le informazioni ufficiali fornite dallo Stato sono bilanciate da informazioni supplementari,⁴⁵ attraverso le quali il Comitato può stabilire se ci siano

⁴¹ Tali condizioni sono previste anche nell'articolo 4 del Patto sui diritti economici, sociali e culturali, che attribuisce agli Stati parti la facoltà di limitare la portata di qualsiasi diritto in esso affermato.

⁴² PINESCHI, L. *Il Patto delle Nazioni Unite sui diritti economici, sociali e culturali*, in Pineschi, L. (a cura di) *La tutela internazionale dei diritti umani: norme, garanzie, prassi*. Milano, Giuffrè, 2006.

⁴³ Il Comitato, riunito per la prima volta a New York nel 1977, è convocato tre volte all'anno in sessioni di tre settimane. È composto da 18 esperti, di alta levatura morale e di riconosciuta competenza nel campo dei diritti umani, eletti per un periodo di quattro anni e rieleggibili. Sono designati dagli Stati parte ma siedono a titolo personale. Sul piano concreto, diversi fattori incidono sull'effettiva indipendenza dell'esperto, come la sua personalità o l'"invadenza" politica di ciascun Stato.

⁴⁴ Articolo 40 del Patto internazionale sui diritti civili e politici. Nei rapporti periodici vengono illustrate le misure che gli Stati membri adottano per dare attuazione ai diritti enunciati dal Patto e i progressi compiuti per assicurarne l'effettivo godimento. Tale meccanismo è l'unico procedimento obbligatorio per gli Stati, in quanto i ricorsi inter-statali e i reclami individuali operano soltanto se accettati espressamente dallo Stato.

⁴⁵ Le informazioni possono risultare da documenti ufficiali delle Nazioni Unite, informazioni e commenti di Agenzie specializzate, come l'ILO e l'UNESCO, o di organizzazioni non governative, nonché studi scientifici e notizie acquisite attraverso i mezzi di informazione di massa.

fatti di rilievo, taciuti dallo Stato, oppure se determinate questioni, solo accennate nella relazione, necessitano di ulteriori approfondimenti.⁴⁶

I rapporti periodici vengono esaminati in pubblico, nel contraddittorio con i rappresentanti dello Stato, autore del rapporto.

A conclusione della procedura d'esame, il Comitato dei diritti umani adotta, *per consensus*, delle osservazioni conclusive, in cui lo Stato può essere invitato a dare priorità ad alcuni aspetti, espressamente indicati, e a fornire, se necessario, informazioni supplementari entro un determinato periodo di tempo.⁴⁷

I ricorsi interstatali, previsti dall'articolo 41 del Patto sui diritti civili, invece, consentono ad uno Stato di proporre un reclamo al Comitato, qualora ritenga che un altro Stato parte non abbia adempiuto agli obblighi derivanti dal Patto.

Si tratta di una procedura facoltativa, subordinata alla condizione che entrambi gli Stati abbiano accettato la competenza del Comitato a ricevere questo tipo di reclami.⁴⁸

La procedura mira, in prima battuta, ad una soluzione amichevole della situazione: nel caso in cui ciò non avvenga, il Comitato invia agli Stati interessati una relazione, in cui espone i propri accertamenti in punto di fatto e le proprie considerazioni sulla possibilità di una risoluzione comunque pacifica della situazione. Questi ultimi devono notificare al presidente del Comitato la loro volontà di accettare o meno il rapporto entro tre mesi.

⁴⁶ PINESCHI, L. *Il Patto delle Nazioni Unite sui diritti civili e politici*, in Pineschi, L. (a cura di) *La tutela internazionale dei diritti umani: norme, garanzie, prassi*. Milano, Giuffrè, 2006.

⁴⁷ Se, trascorso un anno dalla richiesta di informazioni allo Stato, questo non risponde né ad un'ulteriore specifica sollecitazione né alla richiesta del Comitato dei diritti civili di incontrare dei suoi rappresentanti per ottenere le informazioni richieste, il Comitato menziona tale omissione nel suo rapporto annuale.

⁴⁸ Soltanto 48 Stati, tra cui l'Italia, hanno formulato la dichiarazione ai sensi dell'articolo 41 e nessun ricorso è stato proposto. Tale reticenza è alquanto incomprensibile, considerando che la procedura non si conclude con l'adozione di atti vincolanti.

Il Protocollo facoltativo prevede, invece, la possibilità, per gli individui che lamentino una violazione dei propri diritti, di fare ricorso al Comitato dei diritti.⁴⁹

Il Comitato dei diritti umani esamina i ricorsi individuali a porte chiuse e, accertata la loro ricevibilità, trasmette le sue contestazioni sul merito sia allo Stato che all'individuo, autore del reclamo.

Le contestazioni del Comitato dei diritti umani non sono considerate giuridicamente rilevanti e il Comitato non dispone di strumenti coercitivi per garantirne l'osservanza. Recentemente è stata prevista la possibilità di designare un relatore speciale con un mandato piuttosto ampio, potendo quest'ultimo intraprendere «such contacts and take such action as appropriate for the due performance of the follow-up mandate», sui quali egli deve poi riferire al Comitato, suggerendo ulteriori azioni da intraprendere.⁵⁰

Diversamente, il Comitato dei diritti economici, sociali e culturali⁵¹ esercita funzioni di controllo sul rispetto degli obblighi derivanti dall'omonimo Patto, senza essere competente a ricevere comunicazioni di individui.

Il Patto sui diritti economici, infatti, prevede una sola procedura di controllo internazionale, basata sulla presentazione di rapporti periodici ad opera degli Stati parte e la conseguente formulazione di «suggestions and recommendations of a general nature».

⁴⁹ Il ricorso individuale è sottoposto a una serie di condizioni di ricevibilità: i) lo Stato deve aver ratificato il Protocollo facoltativo che prevede tale procedura; ii) l'individuo deve essere sottoposto alla giurisdizione dello Stato parte; iii) la violazione lamentata deve riguardare un diritto tutelato dal Patto; iv) l'individuo deve aver esaurito tutti i mezzi di ricorso interni esperibili; v) il ricorso non deve essere pendente dinanzi ad un altro organismo internazionale d'inchiesta o comunque deputato alla risoluzione pacifica delle controversie. Non vi è invece alcun limite temporale alla proponibilità del ricorso.

⁵⁰ Regolamento di procedura, articolo 92.2 e 3.

⁵¹ Il Comitato sui diritti economici, sociali e culturali è composto da 18 individui, di riconosciuta competenza in materia di tutela dei diritti umani, eletti dal Consiglio economico e sociale per un periodo di quattro anni e rieleggibili.

In queste raccomandazioni, il Comitato dei diritti economici lamenta la violazione degli obblighi previsti dal Patto, la carenza di determinate misure legislative ovvero l'inadeguatezza dei mezzi di tutela offerti, proponendo misure da adottare per assicurare l'attuazione dei diritti affermati nel Patto.

Anche il Comitato dei diritti economici ha adottato procedure di monitoraggio del comportamento degli Stati vincolati dal Patto: il Comitato, infatti, può chiedere allo Stato interessato di ospitare sul proprio territorio una missione composta da due membri del Comitato stesso.

Lo scopo della visita consiste nel raccogliere le informazioni necessarie per mantenere un dialogo costruttivo con lo Stato parte e consentire al Comitato di esercitare le proprie funzioni.

Un'altra procedura di follow-up può interessare gli Stati che sono in notevole ritardo nell'invio dei propri rapporti periodici.

La volontà di entrambi i Comitati di richiamare l'attenzione degli Stati membri sull'effettiva attuazione del Patto emerge anche dall'impegno dedicato all'interpretazione e all'ulteriore precisazione degli obblighi procedurali e sostanziali che discendono dai Patti, che si concretizza nella redazione di commenti generali, in cui viene chiarita la natura, la portata e le modalità di applicazione di singole norme dei Patti.⁵²

Il loro sforzo, teso a far prevalere l'applicazione concreta dei Patti sugli interessi nazionali, tuttavia, deve essere affiancato dall'azione collaborativa degli Stati.

A compensare la natura programmatica di alcuni dei diritti enunciati dal Patto, possono intervenire norme, previste in altri trattati internazionali, ovviamente nei limiti in cui gli Stati membri siano vincolati a questi ultimi. Ad esempio, alcuni diritti garantiti dal Patto sui diritti economici, sociali e

⁵² Il Comitato per i diritti umani ha redatto 35 commenti generali; il Comitato per i diritti economici, sociali e culturali ne ha stilati 21. (Dati aggiornati al 31/10/2013)

culturali risultano meglio specificati in convenzioni internazionali a carattere settoriale, come quelle adottate dall'ILO per la tutela del diritto del lavoro, o a carattere regionale, come la Carta sociale europea.

1.3. Considerazioni conclusive

A pochi mesi dall'adozione del Patto internazionale sui diritti civili e politici, un autorevole studioso ha osservato che «il sistema descritto, per quanto ben lontano dall'essere perfetto, è il più avanzato che sia possibile a livello universale [...] date le condizioni reali della comunità internazionale contemporanea».⁵³

Questo giudizio, a distanza di anni, è ancora condivisibile: i risultati raggiunti dalle Nazioni Unite nella produzione di norme internazionali convenzionali, in materia di diritti dell'uomo, sono suscettibili di valutazioni contrastanti.

Nel complesso, sia la Dichiarazione Universale dei diritti dell'Uomo che i due Patti del 1966 sono sostenuti da un elevato numero di ratifiche e di adesioni e dotati di meccanismi di controllo, più o meno incisivi, dell'attuazione degli obblighi in essi previsti.

Tuttavia, significativi ritardi nel processo di ratifica da parte di alcuni Stati e l'elevato numero di riserve espresse rischiano di compromettere l'effettiva protezione dei diritti garantiti e il raggiungimento di risultati omogenei nell'applicazione dei trattati.

A ciò si aggiunge la ritrosia di molti stati che invocano giustificazioni politiche o economiche per sottrarsi agli obblighi pattizi o ai meccanismi di controllo, istituiti dagli stessi trattati delle Nazioni Unite, ovvero che

⁵³ MCGOLDRICK, D. *The Human Rights Committee. Its role in the development of the International Covenant on civil and political rights*. Oxford, Clarendon press, 1994

pongono in essere comportamenti in aperto contrasto con i diritti, che si sono impegnati a garantire.

Fermo restando che nessuno stato è immune da tentazioni autoritarie, vi sono, infatti, stati che basano il proprio governo sulla sistematica negazione delle libertà democratiche, contro cui l'attività di monitoraggio dei Comitati, priva di poteri coercitivi, non sortisce alcun effetto significativo.

Non bisogna però sottovalutare l'influenza che tali organi hanno nei confronti della maggior parte degli altri Stati membri, attraverso la loro decisa opera interpretativa delle norme dei trattati.⁵⁴

La collaborazione degli Stati è senza dubbio indispensabile perché si possano conseguire progressi significativi nell'opera di affermazione universale dei diritti dell'uomo.

Malgrado questi limiti, sarebbe tuttavia errato sottovalutare lo straordinario contributo che la produzione normativa promossa dalle Nazioni Unite ha dato alla progressiva affermazione dei diritti umani fondamentali.

Con l'adozione della Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo si è affermato definitivamente che i diritti umani sono inalienabili e devono essere garantiti da parte degli Stati membri nei confronti di tutti indiscriminatamente.

Inoltre, numerosi precetti incorporati nei trattati internazionali, adottati in seno all'Organizzazione, sono ormai cristallizzati in norme di diritto internazionale generale e, in quanto tali, sono vincolanti per tutti gli Stati, ivi compresi quelli che non hanno mai ratificato tali strumenti.

⁵⁴ Come rilevato da PINESCHI, L. *Il Patto delle Nazioni Unite sui diritti civili e politici*, in Pineschi, L. (a cura di) *La tutela internazionale dei diritti umani: norme, garanzie, prassi*. Milano, Giuffrè, 2006. Si sarebbe tentati di concludere che l'attività di monitoraggio può sortire effetto solo rispetto a stati che non ne hanno bisogno, avendo solide tradizioni democratiche.

2. L'Organizzazione Internazionale del Lavoro

L'Organizzazione Internazionale del Lavoro (ILO) fu istituita nel 1919 dalle nazioni firmatarie del Trattato di Versailles,⁵⁵ mosse dalla convinzione che la pace universale e duratura fosse possibile solo se fondata sulla giustizia sociale.

Gli Stati firmatari della Costituzione dell'ILO⁵⁶ avevano convenuto «che vi sono condizioni di lavoro che implicano per un gran numero di persone ingiustizia, miseria e privazioni, generando tale malcontento da mettere in pericolo la pace e l'armonia del mondo».⁵⁷

In conseguenza di ciò, unanimemente, affermarono che l'economia mondiale avesse bisogno di regole chiare, al fine di assicurare che il progresso economico andasse di pari passo con la giustizia sociale, la prosperità e la pace di tutti.

L'ILO si impegnò, quindi, fin dall'inizio del suo operare, nella definizione di un sistema di *labour standards*, convenzioni internazionali e raccomandazioni,⁵⁸ redatte da rappresentanti dei governi dei singoli Stati membri, dei datori di lavoro e dei lavoratori:⁵⁹ regole sociali elementari, la cui osservanza doveva essere garantita a prescindere dal livello di sviluppo dello stato.⁶⁰

⁵⁵ Il Trattato di Versailles pose fine ufficialmente alla prima guerra mondiale. La costituzione dell'ILO fu successivamente inclusa nell'articolo XII del Trattato.

⁵⁶ La commissione, incaricata della redazione della Costituzione, era formata dai rappresentanti dei nove Stati membri: Belgio, Cecoslovacchia, Cuba, Francia, Giappone, Italia, Polonia, Inghilterra e Stati Uniti. Attualmente gli stati membri dell'ILO sono 185.

⁵⁷ Considerando n. 1 del preambolo della Costituzione.

⁵⁸ A differenza delle convenzioni, le raccomandazioni non sono giuridicamente vincolanti per gli stati membri e non necessitano di ratifica. Per tali ragioni, queste contengono previsioni meno generiche rispetto a quelle delle Convenzioni. Quest'ultime, per consentire l'adozione da parte di tutti gli Stati membri dell'ILO, enunciano solo principi e criteri di massima.

⁵⁹ Gli standard sono adottati con i 2/3 dei voti favorevoli degli Stati membri. Oltre ad essere la sintesi dell'esperienza raccolta in materia da parte dei vari governi, questi sono definiti in maniera flessibile per poter trovare applicazione in paesi con tradizioni culturali ed economiche differenti.

⁶⁰ Mentre le leggi sulle condizioni del lavoro dipendono, inevitabilmente, dalla situazione economica del paese, l'esercizio dei diritti fondamentali, invece, deve essere considerato come una condizione preliminare per l'esistenza del libero mercato.

Nel 1944, a seguito di un periodo di crisi economica internazionale, i membri dell'ILO ribadirono i loro obiettivi adottando la Dichiarazione di Filadelfia, che costituisce, ancor oggi, la Carta degli obiettivi e dei principi dell'ILO.

Nella dichiarazione di Filadelfia, gli Stati membri, ispirati dalla considerazione che «la povertà, ovunque esista, è pericolosa per la prosperità di tutti», proclamarono che il «lavoro non è una merce» e definirono i diritti umani ed economici di base.

In particolare, la libertà d'espressione di pensiero e quella di associazione furono definite come condizioni indispensabili per un progresso continuo.⁶¹

Nel 1946, l'ILO fu la prima agenzia specializzata ad essere associata alle Nazioni Unite ed è l'unica ad essere dotata di una struttura tripartita: rappresentanti dei governi, degli imprenditori e dei lavoratori determinano congiuntamente le politiche e i programmi dell'Organizzazione.⁶²

Nel 1998, con la Dichiarazione sui principi fondamentali e i diritti del lavoro, l'ILO raccolse le sfide della globalizzazione, oggetto di un acceso dibattito fin dal 1994.⁶³

⁶¹ Articolo 1, lettera b, della Dichiarazione riguardante gli scopi e gli obiettivi dell'ILO.

⁶² L'attività dell'ILO è guidata dal Consiglio d'Amministrazione, composto da 28 rappresentanti dei governi degli Stati membri, 14 dei lavoratori e 14 dei datori di lavoro. Il Consiglio d'Amministrazione elabora il programma e il bilancio, che sono presentati alla Conferenza Internazionale del Lavoro, ed elegge il Direttore Generale. Ogni Stato, alla Conferenza Internazionale del Lavoro è rappresentato da quattro delegati: due del governo, uno in rappresentanza dei sindacati e un altro per gli imprenditori.

⁶³ Nel 1995, durante il Summit Mondiale sullo Sviluppo Sociale, i Capi di stato e di governo definirono un piano sociale, basato sugli standard dell'ILO, in riferimento all'intera economia globale. Nella conseguente Dichiarazione di Copenaghen, essi affermarono la loro intenzione di «perseguire l'obiettivo di migliorare la qualità del lavoro e salvaguardare gli interessi basilari e i diritti dei lavoratori e, a tale fine, promuovere il rispetto delle Convenzioni rilevanti in materia, incluse quelle relative alla proibizione del lavoro forzato e di quello minorile, sulla libertà sindacale, il diritto di organizzazione e contrattazione collettiva e il principio di non discriminazione» (Dichiarazione di Copenaghen del 1995, Parte C, Impegno n. 3, lettera i). In tal modo, i Capi di governo e di stato avevano di fatto selezionato le convenzioni fondamentali che, tre anni dopo, costituirono il nucleo dei valori su cui si basò la Dichiarazione sui principi fondamentali e dei diritti del lavoro. Tale impegno venne rinnovato nel dicembre del 1996, al termine della Conferenza ministeriale dell'Organizzazione Mondiale del Commercio, tenutasi a

La Dichiarazione sui principi fondamentali e i diritti del lavoro fu uno strumento innovativo, caratterizzato da una forte vocazione promozionale che la differenziava da tutti gli altri strumenti internazionali in materia di impiego: lo scopo era «contemperare la volontà di incentivare gli sforzi nazionali verso il progresso sociale, non disgiunto dal progresso economico, e la necessità di rispettare le diverse peculiarità, potenzialità e preferenze dei singoli Paesi».⁶⁴

Ispirandosi ai valori costituzionali, affermati nelle convenzioni riconosciute come fondamentali,⁶⁵ la Conferenza Internazionale del Lavoro dichiarò 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:

- a) libertà di associazione e riconoscimento effettivo del diritto di contrattazione collettiva;
- b) eliminazione di ogni forma di lavoro forzato o obbligatorio;
- c) abolizione effettiva del lavoro minorile;
- d) eliminazione della discriminazione in materia di impiego e professione».⁶⁶

Nella Dichiarazione, l'Organizzazione si impegnò ad «assistere i suoi Membri, a fronte dei loro bisogni accertati e dichiarati e allo scopo di conseguire tali obiettivi, attraverso il pieno utilizzo delle sue capacità

Singapore, in cui riconobbero l'ILO come l'unico ente competente nell'individuare tali *labour standards*.

⁶⁴ HANSENNE, M. *Dichiarazione dell'Organizzazione internazionale del lavoro sui principi e i diritti fondamentali nel lavoro e sui seguiti*. Centro Internazionale di Formazione dell'ILO, Torino, 1998.

⁶⁵ Le otto convenzioni fondamentali sono: la Convenzione n. 29 sul lavoro forzato (1930); la Convenzione n. 87 sulla libertà di associazione e la protezione del diritto sindacale (1948); la Convenzione n. 98 sul diritto di organizzazione e negoziazione collettiva (1949); la Convenzione n. 100 sull'uguaglianza di retribuzione (1951); la Convenzione n. 105 sull'abolizione del lavoro forzato (1957); la Convenzione n. 111 sulla discriminazione in materia di impiego e nelle professioni (1958); la Convenzione n. 138 sull'età minima (1973); la Convenzione n. 182 sulle forme peggiori di sfruttamento minorile (1999).

⁶⁶ Articolo 2 della Dichiarazione sui principi fondamentali e i diritti del lavoro.

costituzionali, operative e di bilancio».⁶⁷

Il 10 giugno 2008, l'ILO adottò, all'unanimità, la Dichiarazione sulla giustizia sociale per una globalizzazione giusta, con la quale si ribadirono con forza i valori dell'ILO, affermati nella Costituzione, nella Dichiarazione di Filadelfia e nella Dichiarazione sui principi e i diritti fondamentali del lavoro.

La Dichiarazione sulla giustizia sociale costituì un rinnovato atto di fede dell'ILO: espressione della visione contemporanea del suo mandato nell'era della globalizzazione.

La globalizzazione, infatti, influisce in maniera determinante sul mercato del lavoro, portando cambiamenti strutturali e tecnologici e intensificando la competizione mondiale.⁶⁸

Sebbene la globalizzazione rappresenti un fattore di crescita economica, la quale è una condizione indispensabile al progresso sociale, questa non è però in grado di garantire di per sé tale progresso: soltanto laddove i diritti fondamentali sono riconosciuti e garantiti, lo sviluppo del mercato del lavoro consente un reale miglioramento delle condizioni di lavoro ed una giusta distribuzione delle risorse e dei vantaggi, conseguenti dal progresso economico.

L'ILO si impegnò, quindi, a promuovere e realizzare il progresso e la giustizia sociale in un ambiente in costante mutamento. A tal fine, vennero individuati quattro obiettivi strategici «inseparabili, interconnessi e (che)

⁶⁷ L'articolo 3, inoltre, stabilisce che l'impegno dell'ILO è attuato sia attraverso la mobilitazione delle risorse dell'organizzazione e degli aiuti esterni sia incoraggiando le altre organizzazioni internazionali, con le quali l'ILO ha stabilito delle relazioni, a sostenere tali impegni.

⁶⁸ La liberalizzazione finanziaria e dei mercati ha comportato: una diretta competizione tra produttori di beni e servizi, provenienti da paesi diversi, con differenti condizioni di lavoro; una significativa riduzione dei costi dei trasporti e della comunicazione; un più facile movimento di capitali e merci che si è tradotto in un aumento di opportunità ma anche in una maggiore pressione competitiva sulle imprese. I cambiamenti nell'organizzazione si sono manifestati in un aumento delle procedure di esternalizzazione, *joint-ventures* e *outsourcing* internazionale. Si è registrato, inoltre, un aumento del ricorso al lavoro atipico, alle agenzie del lavoro e tipi di lavoro flessibile. In molti casi, a causa dell'esistenza di diverse relazioni contrattuali, è assai difficile identificare il reale datore di lavoro.

si sostengono a vicenda»: la promozione dell'occupazione; lo sviluppo e il potenziamento degli strumenti di protezione sociale; la promozione del dialogo sociale e il tripartitismo; il rispetto, l'attuazione e la promozione dei principi e i diritti fondamentali nel lavoro, i quali sono condizioni necessarie alla piena realizzazione di tutti gli obiettivi strategici.

Gli Stati membri si impegnarono a contribuire, tramite le proprie politiche sociali ed economiche, all'attuazione di una strategia globale e integrata; l'Organizzazione si concentrò nello sforzo di rafforzare e coordinare le sue attività di cooperazione tecnica e la sua *expertise*, al fine di sostenere e assistere i singoli Membri nei loro sforzi per progredire, su base tripartita, verso tutti gli obiettivi strategici affermati nella Dichiarazione.

Al fine di rafforzare l'efficacia delle proprie attività e programmi operativi, l'ILO intraprese nuovi progetti di partenariato con entità non statali e attori economici, come i sindacati che operano a livello settoriale e globale e le imprese multinazionali.

2.1. L'ILO e la libertà sindacale: le Convenzioni n. 87 e n. 98

Il principio di libertà sindacale è affermato nel preambolo della Costituzione come uno dei mezzi idonei a migliorare le condizioni economiche e sociali dei lavoratori e a garantire la pace nel mondo.⁶⁹

È stato poi enfaticamente ripreso nella Dichiarazione di Filadelfia, in cui si afferma che «la libertà di espressione e di associazione sono condizioni essenziali del progresso sociale»: ⁷⁰ il rispetto della libertà di associazione, infatti, gioca un ruolo importante nello sviluppo economico,⁷¹ garantendo

⁶⁹ Considerato n. 2 del preambolo della Costituzione.

⁷⁰ Articolo 1, lettera b, della Dichiarazione riguardante gli scopi e gli obiettivi dell'ILO.

⁷¹ L'affermazione della libertà d'associazione e della democrazia può contribuire all'aumento degli investimenti esteri e all'exportazioni. BUSSE M. *Do transnational corporations care about labour standard?*, in *Journal of Development Areas*. 2003, Vol. 36, n. 2; BUSSE M. *Transnational*

che i benefici portati dalla crescita arrechino vantaggi a tutta la popolazione.

Il principio di libertà sindacale costituisce anche una garanzia per il corretto funzionamento dell'ILO, assicurando la rappresentanza dei lavoratori e dei datori di lavoro che, congiuntamente a governi, formulano la politica e i piani d'azione dell'Organizzazione.

Nella Dichiarazione sui principi fondamentali e i diritti del lavoro, la libertà di associazione e il diritto di contrattazione collettiva sono tra i principi fondamentali che gli Stati membri si impegnano a rispettare e promuovere e realizzare.

La libertà di associazione e il diritto di contrattazione collettiva, inoltre, sono riconosciute come particolarmente rilevanti per il raggiungimento dei quattro obiettivi strategici della Dichiarazione del 2008.

L'inclusione della libertà sindacale nel novero dei diritti sociali, a carattere universale, assume anche una valenza preliminare, in quanto il suo rispetto è posto come garanzia di effettività di tutti i diritti dei lavoratori.

L'ILO ha dedicato alla libertà sindacale due apposite convenzioni: la Convenzione n. 87 sulla libertà sindacale e la protezione del diritto sindacale e la Convenzione n. 98 sul diritto di associazione e contrattazione collettiva.⁷²

La Convenzione n. 87, all'articolo 2, afferma che:

corporations and repression of political rights and civil liberties: an empirical analysis, in *Kyklos*, 2004, vol. 57, n. 1.

⁷² L'ILO si è occupata di tale principio anche in altre convenzioni: la Convenzione n. 135 sui rappresentanti dei lavoratori, la quale accorda protezione contro qualsiasi atto che può pregiudicare i rappresentanti dei lavoratori, in ragione del loro status o della relativa attività svolta, al fine di assicurare il corretto e indipendente esercizio delle loro funzioni; la Convenzione n. 141 sulle organizzazioni dei lavoratori rurali, che garantisce i principi affermati nella convenzione n. 87 anche a questa specifica categoria di lavoratori; la Convenzione n. 151 con riferimento esclusivo ai pubblici servizi, la quale afferma la necessità che sia garantita protezione contro qualsiasi atto discriminatorio in tale settore nonché assicurata la totale indipendenza dell'autorità pubblica; la convenzione n. 154 sulla promozione della contrattazione collettiva.

«I lavoratori e i datori di lavoro hanno il diritto, senza alcuna distinzione e senza autorizzazione preventiva, di costituire delle organizzazioni di loro scelta, nonché di divenire membri di queste organizzazioni, alla sola condizione di osservare gli statuti di queste ultime».

Il termine «organizzazione» si riferisce a ogni associazione di datori di lavoro o di lavoratori, impegnati sia nel settore pubblico che privato, che abbia lo scopo di promuovere e di difendere gli interessi della categoria rappresentata.⁷³

Ai sindacati deve essere assicurata la piena indipendenza, attraverso il riconoscimento del diritto di elaborare i loro statuti e di eleggere liberamente i propri rappresentanti, oltre che di organizzare l'attività sindacale, formulando i relativi programmi di azione.⁷⁴

Anche se il diritto di sciopero non è menzionato nella Convenzione, il Comitato sulle libertà sindacali e il Comitato di esperti sull'applicazione delle convenzioni e raccomandazioni sono concordi nel considerare lo sciopero come un diritto garantito dalla convenzione n. 87.⁷⁵

Le organizzazioni dei lavoratori e dei datori di lavoro hanno il diritto di costituire federazioni e confederazioni così come di divenirne membri.

Le disposizioni della Convenzione presuppongono che vi siano una pluralità di organizzazioni sindacali: il pluralismo sindacale è, infatti, una condizione fondamentale per il genuino esercizio delle libertà sindacali.⁷⁶

⁷³ Articolo 10 della Convenzione n. 87 sulla libertà sindacale e la protezione del diritto sindacale.

⁷⁴ Articolo 3 della Convenzione n. 87 sulla libertà sindacale e la protezione del diritto sindacale.

⁷⁵ GRAVERL, E., DUPLESSIS, I. & GERNIGON, B. *The Committee of freedom of association: its impact over 50 years*. Ginevra, Ufficio internazionale del lavoro, 2001.

⁷⁶ ILO, DIRETTORE GENERALE. *Freedom of association in practice: Lessons learned*. Global Report under the follow-up to the ILO Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work. Ginevra, Ufficio Internazionale del Lavoro, 2008.

La missione permanente e fondamentale delle associazioni sindacali è il progresso economico e sociale dei lavoratori; per svolgere tale compito è essenziale che sia preservata la loro libertà e indipendenza.

A tal fine, è previsto l'obbligo di astensione, in riferimento alle autorità pubbliche, da ogni intervento tale da limitare o da ostacolare il loro esercizio legale e dall'impossibilità di ottenere lo scioglimento o la sospensione per via amministrativa delle associazioni sindacali.⁷⁷

Anche la convenzione n. 98, all'articolo 2, si è occupata di tale tema, affermando la necessità che sia garantita un'adeguata protezione anche contro tutti gli atti di ingerenza, posti in essere dal datore di lavoro o da un'associazione a cui aderisce, nei confronti dei sindacati dei lavoratori e viceversa.

Gli atti di ingerenza si concretizzano sia nella creazione di organizzazioni di lavoratori che nel loro finanziamento, allo scopo di porre queste organizzazioni sotto il controllo di un datore di lavoro o di un'organizzazione di datori di lavoro.

La Convenzione n. 98, inoltre, stabilisce che i lavoratori hanno diritto ad un'adeguata protezione contro ogni atto discriminatorio, tendente a compromettere l'esercizio della libertà sindacale. Sono da intendersi come tali tutti gli atti che hanno lo scopo di:

- «a) subordinare l'impiego di un lavoratore alla condizione che egli non aderisca ad un sindacato o smetta di far parte di un sindacato;
- b) licenziare un lavoratore o portargli pregiudizio con ogni altro mezzo, a causa della sua affiliazione sindacale o della sua partecipazione ad attività sindacali al di fuori delle ore di lavoro, o, con il consenso del datore di lavoro, durante le ore di lavoro».⁷⁸

⁷⁷ Articolo 3, paragrafo 2, della Convenzione n. 87 sulla libertà sindacale e la protezione del diritto sindacale.

⁷⁸ Articolo 1 della Convenzione n. 98 sul diritto di associazione e contrattazione collettiva.

L'articolo 4 della Convenzione n. 98 prevede l'obbligo per gli Stati parte di adottare misure atte ad incoraggiare e promuovere lo sviluppo e l'uso di procedimenti di negoziazione volontaria di accordi collettivi fra i datori di lavoro e le organizzazioni di lavoratori, al fine di regolare le condizioni di lavoro.

Il livello di protezione garantito dalle previsioni delle convenzioni n. 87 e 98 costituisce un *minimum standard* che dovrebbe essere implementato, ad opera dei singoli stati membri, attraverso previsioni costituzionali e legali *ad hoc*, tenendo conto delle tradizioni sindacali e del sistema di relazioni industriali.

Ad oggi, la convenzione n. 87 è stata ratificata da 152 stati membri dell'ILO, la convenzione n. 98 ha ricevuto 163 ratifiche.

La convenzione n. 87 è quella tra le otto fondamentali che ha il numero più basso di ratifiche. Il dato appare ancora più allarmante se si considera che tra i paesi che non l'hanno ratificata vi sono gli stati che detengono la maggioranza della forza lavoro mondiale. Tra questi vi sono quattro superpotenze industriali, che sono membri permanenti del Consiglio d'Amministrazione dell'ILO.⁷⁹

Le ragioni della mancata ratifica di tali convenzioni si collega ai significativi cambiamenti che taluni Stati membri dovrebbero apportare alla normativa e alla prassi nazionali, le quali sono, in alcuni casi, in diretto contrasto con le più elementari libertà sindacali.

Tale situazione risulta complicata dalla naturale ritrosia degli stessi, di operare modifiche di vasta portata al proprio ordinamento sindacale, in conseguenza non di una scelta, maturata a livello nazionale, ma dall'assolvimento di un obbligo, in seguito alla ratifica di un trattato internazionale.⁸⁰

⁷⁹ Le quattro superpotenze industriali sono: Brasile, Cina, India e Stati Uniti.

⁸⁰ Per un'analisi delle motivazioni che hanno "trattenuto" gli Stati Uniti dal ratificare le convenzioni fondamentali in materia di diritti sindacali: POTTER, E. E. *Freedom of Association, the*

2.2. L'ILO e il principio di non discriminazione: la Convenzione n. 111

Il divieto di discriminazione è sempre stato al centro dell'attenzione dell'ILO.

La libertà da ogni tipo di discriminazioni è riconosciuta come un diritto umano fondamentale ed è essenziale affinché ogni lavoratore abbia la possibilità di scegliere liberamente un lavoro, sviluppare al massimo le proprie capacità e raggiungere obiettivi economici sulla base dei propri meriti.⁸¹

La Dichiarazione di Filadelfia,⁸² a tal proposito, ha affermato che:

«tutti gli esseri umani, indipendentemente dalla razza, dalla religione e dal sesso a cui appartengono, hanno il diritto di tendere al loro progresso materiale ed al loro sviluppo spirituale in condizioni di libertà, di dignità, di sicurezza economica, e con possibilità eguali».⁸³

Nella Dichiarazione sulla giustizia sociale, l'ILO ha sottolineato come in un mondo sempre più interdipendente e complesso, caratterizzato dall'internazionalizzazione della produzione, i valori fondamentali di non discriminazione, insieme a quelli di libertà, di dignità umana, di giustizia sociale e di sicurezza siano essenziali «per uno sviluppo ed una efficienza sostenibili dal punto di vista economico e sociale».

Right to Organize and Collective Bargaining: The Impact on US Law and Practice of Ratification of ILO Conventions No. 87 and No. 98. Washington DC, Labor Policy Association, 1984.

⁸¹ Tale assunto ha risvolti economici significativi: i datori di lavoro hanno accesso ad una forza lavoro maggiormente diversificata; i lavoratori hanno un più ampio accesso a training, avendo così la possibilità di accrescere le proprie competenze. I profitti derivanti da una globalizzazione «*fairy*» sono equamente distribuiti in una società che non opera nessuna discriminazione, la quale gode di una forte stabilità sociale e offre maggior supporto per un ulteriore sviluppo economico.

⁸² Tale disposizione è inserita nel Preambolo della Convenzione n. 111, a riprova della significatività della stessa nel percorso che ha portato all'elaborazione della Convenzione.

⁸³ Articolo 2, lettere a, della Dichiarazione sugli scopi e gli obiettivi dell'ILO.

Il divieto di discriminazioni, congiunto alla parità di genere, sono considerati tematiche trasversali a tutti gli obiettivi strategici della Dichiarazione del 2008.

L'ILO dedica alla materia delle discriminazioni nell'impiego e le professioni un'apposita convenzione: la Convenzione n. 111.⁸⁴

La Convenzione n. 111 ha lo scopo di promuovere l'uguaglianza di opportunità e di trattamento in materia di impiego e di professione.

La Convenzione si applica nei confronti di tutti i lavoratori, sia del settore pubblico che privato, anche se non sono cittadini dello stato membro in cui lavorano.⁸⁵

Un'innovazione significativa consiste nel fatto che la Convenzione si applica non solo ai lavoratori già inseriti nel mondo del lavoro ma anche a chi intende farvi ingresso, attraverso l'affermazione del divieto di discriminazione in riferimento all'accesso alla formazione professionale, senza il quale diminuirebbero sensibilmente le possibilità di collocamento.

Il divieto di discriminazione, oltre a riguardare l'accesso alla formazione professionale, si applica all'accesso all'impiego e alle differenti professioni e alle condizioni di impiego.⁸⁶

La Convenzione, inoltre, precisa il concetto di discriminazioni, definendole come:

«ogni distinzione, esclusione o preferenza fondata sulla razza, il colore,⁸⁷ il sesso, la religione, l'opinione politica, la discendenza nazionale o l'origine sociale, che ha per

⁸⁴ Subito poco dopo l'adozione della Convenzione n. 100 in materia di uguaglianza della retribuzione tra mano d'opera maschile e femminile, la comunità internazionale si rese conto che tale obiettivo sarebbe stato impossibile da conseguire se prima non fossero state vietate altre forme di disparità in materia di discriminazioni nell'impiego e le professioni. Si avvertì quindi la necessità che fosse prevista una convenzione in questa specifica materia.

⁸⁵ Per i cittadini immigrati di nazionalità straniera il paragrafo 7 del capo II, intitolato «Determinazione e applicazione della politica, della Raccomandazione n. 120» rinvia alla Convenzione n. 97 sui lavoratori migranti del 1949.

⁸⁶ Articolo 1, paragrafo 3, della Convenzione n. 111 sulla discriminazione (impiego e professione).

effetto di negare o di alterare l'uguaglianza di possibilità o di trattamento in materia d'impiego o di professione».⁸⁸

Dopo aver dato una prima definizione di discriminazione diretta ed elencato tutti i motivi in base ai quali è vietato discriminare, la convenzione n. 111 procede ampliando la nozione di discriminazione anche a:

«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».

In concreto, una discriminazione si verifica tutte le volte che un diverso trattamento viene riservato a degli individui sulla base di determinate categorie (sesso, colore della pelle, opinioni personali etc.) che nulla hanno a che vedere con il merito e con i requisiti richiesti dal lavoro che sono chiamati a svolgere.

Le discriminazioni si configurano, però, anche quando regole e situazioni pratiche in apparenza neutre producono effetti negativi su un consistente numero di individui accomunati da determinate caratteristiche. Tali criteri non sono discriminatori in sé ma per le conseguenze che la loro applicazione produce nei confronti dei possessori di una determinata qualità.

⁸⁷ La Convenzione prevede come categorie separate la razza e il colore della pelle. Il colore altro non è, però, che la più evidente caratteristica etnica che distingue gli esseri umani. Al fine di evitare un sovrapposizione dei concetti, la razza deve intendersi come utile a individuare le minoranze linguistiche o i gruppi accomunati da una determinata religione o cultura o da una determinata origine nazionale. ACRI, D. *La lotta internazionale contro le discriminazioni nel lavoro*, in *Dir. uomo*, 2004, n. 2.

⁸⁸ Articolo 1, paragrafo 3, lettera a, della Convenzione n. 111 sulla discriminazione (impiego e professione).

Il Comitato di Esperti ha incluso, tra le forme di discriminazioni dirette, le molestie sessuali e le attenzioni sessuali non richieste che, sul luogo di lavoro, arrecano danno al benessere e alla produttività dei lavoratori.⁸⁹

Non sono invece da considerare discriminazioni «le distinzioni, le esclusioni e le preferenze fondate sulle qualificazioni che si esigono per un determinato impiego».⁹⁰ Appare dunque perfettamente legittimo operare distinzioni in base al merito, inteso come la corrispondenza tra il talento e le competenze del lavoratore e le abilità necessarie per svolgere un determinato lavoro.⁹¹

Una particolare limitazione della tutela è prevista, dall'articolo 4, nei confronti di persone sospettate o coinvolte in attività pregiudizievoli per la sicurezza dello stato.⁹²

Ogni Stato membro, che abbia ratificato la Convenzione, s'impegna a formulare e ad applicare una politica nazionale per promuovere l'uguaglianza di possibilità e di trattamento, allo scopo di eliminare qualsiasi discriminazione in materia d'impiego e di professione.⁹³

⁸⁹ Nel Rapporto globale sull'eliminazione delle discriminazioni in materia di impiego e professione «*Time for equality*» del 2003, la Conferenza Internazionale del Lavoro ha sollecitato la previsione di politiche nazionali che consentano di combattere e prevenire le molestie sessuali.

⁹⁰ Articolo 1, paragrafo 2, della Convenzione n. 111 sulla discriminazione (impiego e professione).

⁹¹ ACRI, D. *La lotta internazionale contro le discriminazioni nel lavoro*, in *Dir. uomo*, 2004, n. 2.

⁹² La pericolosità di tali attività deve essere provata o comunque vi devono essere elementi precisi e concordanti che la lascino presumere. Le misure devono essere ben definite in modo da scongiurare il pericolo che sia posta in essere una persecuzione politica o religiosa. Ogni Stato deve garantire all'individuo interessato «il diritto di ricorrere ad un organismo competente stabilito secondo la prassi nazionale».

⁹³ L'articolo 3 chiarisce gli obblighi a carico degli Stati al fine di combattere le discriminazioni in materia di impiego e professione: «Ogni Stato membro per il quale la presente convenzione è in vigore, deve, con metodi adatti alle circostanze e agli usi nazionali: a) cercare di ottenere la collaborazione delle organizzazioni dei datori di lavoro e dei lavoratori e degli altri organismi idonei, per favorire l'accettazione e l'applicazione di questa politica; b) promulgare leggi e incoraggiare programmi di educazione rivolti ad assicurare questa accettazione ed applicazione; c) abrogare ogni disposizione legislativa e modificare ogni disposizione o prassi amministrativa contraria a detta politica; d) assicurare l'applicazione di questa politica nelle attività dei servizi di orientamento professionale, di formazione professionale e di collocamento sottoposti al controllo di una autorità nazionale; e) indicare nei propri rapporti annuali sull'applicazione della convenzione, le misure adottate conformemente a questa politica ed i risultati ottenuti».

Alle parti sociali è riconosciuto un ruolo cruciale nella lotta alle discriminazioni: l'articolo 5, paragrafo 2, consente ad ogni stato, previa audizione delle parti sociali, di attribuire carattere non discriminatorio a particolari misure, che rispondono alle esigenze di soggetti bisognosi di maggiore protezione e assistenza.

Nel 1970, con la Risoluzione riguardante i diritti sindacali e la loro relazione con le libertà civili, l'ILO riaffermò il compito del Consiglio d'Amministrazione di accrescere e intensificare gli sforzi «per eliminare pratiche discriminatorie sulla base della razza, il colore, il sesso, la religione, la nazionalità, l'opinione politica e sindacale che ancora sono presenti in molti paesi».

La Convenzione n. 111 è stata ratificata da 172 Stati membri.⁹⁴

2.3. I sistemi di supervisione e controllo

Fin dal 1919, l'ILO ha avuto come obiettivo principale il generale miglioramento delle condizioni di lavoro, perseguito attraverso l'adozione di strumenti internazionali, i quali fissano gli standard in materia.

L'Organizzazione si è poi preoccupata di assicurare che a tali standard fosse data applicazione effettiva; ciò ha portato alla definizione di vari meccanismi di supervisione, previsti al fine di monitorare l'applicazione che concretamente ricevevano le convenzioni e le raccomandazioni nei singoli Stati membri.

La prima procedura consiste nell'esame, effettuato dal Comitato di Esperti nell'applicazione delle convenzioni e delle raccomandazioni,⁹⁵ delle

⁹⁴ Gli Stati che non hanno ancora ratificato la Convenzione n. 111 sono 13. La maggior parte degli stati interessati appartengono alla penisola asiatica: Birmania, Brunei, Giappone, Malesia, Oman, Singapore, Thailandia, Timor Est. Gli stati del continente americano sono gli Stati Uniti e il Suriname. Gli altri tre stati (Palau, Isole Marshall e Tuvalu) sono piccoli stati insulari che si affacciano nell'Oceano Pacifico.

relazioni, inviate dagli Stati membri, sulle convenzioni ratificate e sulle otto fondamentali non ancora ratificate,⁹⁶ al fine di verificare se sia data concreta applicazione ai principi ivi sanciti.

Nel suo concreto operare, il Comitato di Esperti può formulare osservazioni, pubblicate nella sua relazione annuale, le quali contengono considerazioni sulle principali questioni che emergono dall'applicazione di una determinata convenzione, ovvero richiedere ulteriori informazioni.⁹⁷

La relazione annuale del Comitato di Esperti è esaminata dalla Commissione presso la Conferenza sull'applicazione degli standard⁹⁸ che seleziona una serie di osservazioni per la discussione successiva.

⁹⁵ Il Comitato di esperti fu istituito nel 1926. È composto da venti eminenti giuristi, nominati dal Consiglio d'Amministrazione per un periodo di tre anni. È competente a ricevere, periodicamente, relazioni dai governi degli Stati membri, ai sensi degli articoli 19, 22 e 35 della Costituzione dell'ILO. Il Comitato di Esperti non ha alcuna funzione giurisdizionale; le sue osservazioni non hanno valore di interpretazione autentica delle norme convenzionali e non sono legalmente vincolanti per gli Stati membri. Nonostante ciò, i suoi commenti assumono un peso significativo nell'orientare l'azione degli Stati membri nell'applicazione degli standard in materia di lavoro.

⁹⁶ Ogni Stato, che ha ratificato una Convenzione dell'ILO, è obbligato ad inviare una relazione sulle misure adottate per attuarla ogni cinque anni, eccetto quelle che sono state "accantonate", in quanto non supervisionate più con una certa regolarità. Tuttavia, relazioni sull'applicazione delle convenzioni possono essere richieste anche ad intervalli più brevi. Gli Stati membri sono tenuti anche ad inviare, ogni due anni, relazioni in merito all'attuazione delle otto convenzioni fondamentali e delle quattro prioritarie, anche se non sono state ancora ratificate. I Governi sono tenuti ad inviare copia delle relazioni anche alle organizzazioni dei datori di lavoro e dei lavoratori. Tale procedura, quindi, favorisce e promuove il dialogo tra le parti sociali, in quanto gli Stati, coinvolti in tale procedimento, sono tenuti a condividere le osservazioni del Comitato con le parti sociali, le quali possono dare il loro contributo, fornendo dati e considerazioni.

⁹⁷ L'opera del Comitato, svolta attraverso la redazione delle osservazioni, è talmente rilevante che queste ultime sono analizzate anche da altri Stati, che non sono oggetto delle osservazioni, al fine di emendare la loro legislazione o prassi ed evitare così problemi simili nell'applicazione degli standard. Il Comitato degli esperti dà un importantissimo contributo anche attraverso la redazione annuale di *General Surveys*, che contengono un'indagine approfondita sulle leggi e le prassi dei Paesi membri relativamente ad una particolare materia. Tale indagine si basa principalmente sulle relazioni inviate dai singoli Stati, a norma dell'articolo 19 della Costituzione dell'ILO, e dalle informazioni trasmesse dalle associazioni dei datori di lavoro e dei lavoratori.

⁹⁸ La Commissione presso la Conferenza sull'applicazione degli standard è una commissione permanente della Conferenza internazionale del lavoro, formata da delegati dei governi e rappresentanti dei datori di lavoro e dei lavoratori.

Lo Stato, interessato dalle osservazioni, è invitato a risponderne dinanzi alla Commissione e a fornire le informazioni in merito alla situazione, oggetto della discussione.

In molti casi il procedimento termina con la redazione di conclusioni, con cui la Commissione raccomanda allo stato l'adozione di specifiche misure per risolvere il problema, di ospitare una missione dell'ILO sul suo territorio ovvero di servirsi della sua assistenza tecnica.

La procedura, regolata dagli articoli 24 e 25 della Costituzione dell'ILO, prevede, invece, che le organizzazioni dei datori di lavoro o dei lavoratori⁹⁹ possano presentare un reclamo al Consiglio d'Amministrazione contro qualsiasi Stato che, a loro parere, abbia fallito nel compito di assicurare l'effettiva osservanza di una determinata convenzione ratificata.

Il Consiglio d'Amministrazione può nominare una Commissione tripartita, con l'incarico di analizzare i reclami e le comunicazioni fornite in risposta dal Governo interessato.

La Commissione tripartita, raccolte ulteriori informazioni dal Governo interessato, redige una relazione che invia a quest'ultimo, in cui analizza gli elementi in fatto e in diritto, esamina la risposta del governo e che si conclude con una raccomandazione.¹⁰⁰

La Costituzione dell'ILO prevede un'ulteriore meccanismo per garantire l'applicazione delle convenzioni, regolato dagli articoli 26 e seguenti.

Ciascun Membro può presentare un reclamo all'Ufficio Internazionale del Lavoro contro un altro Membro che, a parer suo, non provveda in modo soddisfacente all'esecuzione di una convenzione, da entrambi ratificata.

⁹⁹ I reclami, ex articoli 24 e 25, possono essere presentati dalle associazioni nazionali e internazionali dei datori di lavoro e dei lavoratori. Gli individui non possono presentare direttamente dei reclami all'ILO ma possono inoltrare le loro considerazioni ai sindacati a cui sono iscritti.

¹⁰⁰ A questo punto il Consiglio d'Amministrazione, adottata la relazione, presenta il caso il Comitato degli Esperti perché sia avviata una procedura di follow-up. Il Consiglio d'Amministrazione può, in alternativa, servirsi di una Commissione d'inchiesta che procederà a norma degli articoli 26 e seguenti.

Il reclamo può essere presentato anche da un rappresentante della Conferenza Internazionale del Lavoro e dal Consiglio d'Amministrazione.

Il Consiglio d'Amministrazione, ricevuto il reclamo, può nominare una Commissione d'inchiesta, composta da tre membri indipendenti, che è responsabile di svolgere indagini complete in relazione al reclamo, accertando tutti gli elementi di fatto.

Questa procedura è attivata di solito nei confronti di stati colpevoli di continue e significative violazioni dei trattati e che hanno ripetutamente rifiutato di correggere la loro condotta.¹⁰¹

L'indagine si conclude con una relazione che contiene raccomandazioni al governo interessato sulle misure da adottare per porre rimedio alla situazione denunciata.

Il governo può accettare le raccomandazioni formulate dalla Commissione d'inchiesta oppure fare appello alla Corte internazionale di giustizia.¹⁰²

2.3.1. Il Comitato sulla libertà sindacale

La libertà di associazione è tra i principi fondamentali su cui si basa l'opera dell'ILO.

¹⁰¹ Un esempio è la procedura a cui è stata soggetta la Polonia nel 1981. La Polonia aveva ratificato, nel 1951, sia la convenzione n. 87 sulla libertà sindacale che la n. 98 sul diritto di organizzazione e contrattazione collettiva. Nel 1981 fu proclamata la legge marziale e il governo sospese le attività del sindacato *Solidarnosc*, imprigionando o licenziando molti dei suoi leader e membri. Dopo che il caso fu esaminato dal Comitato sulla libertà sindacale, un rappresentante della Conferenza Internazionale del Lavoro inviò un reclamo ai sensi dell'articolo 26. La Commissione di inchiesta trovò gravi violazioni ad entrambe le convenzioni. In seguito alle sue raccomandazioni, l'ILO e molti Stati membri fecero pressioni sul governo polacco affinché adottasse le misure opportune per porre fine alle violazioni alle convenzioni n. 87 e n. 98. Nel 1989 la Polonia diede al sindacato *Solidarnosc* riconoscimento legale. Lech Walesa, leader del sindacato e successivamente presidente della Polonia, affermò: «La Commissione d'inchiesta creata dall'ILO dopo l'imposizione della legge marziale nel mio paese ha dato un contributo significativo per il cambiamento che ha portato alla Polonia la democrazia».

¹⁰² Nel primo caso lo Stato sarà poi oggetto di attenzione da parte del Comitato di esperti, che avvierà la procedura di monitoraggio, al fine di verificare se il governo ha agito in conformità alle raccomandazioni formulate dalla Commissione d'inchiesta. Nel caso di appello alla Corte, al termine del giudizio, invece, il Consiglio di amministrazione può agire, ai sensi dell'articolo 33, proponendo alla Conferenza le misure che reputa opportune per garantire l'esecuzione della pronuncia.

Dopo l'adozione delle convenzioni n. 87 e 98, l'ILO giunse alla conclusione che tale principio necessitasse di una specifica procedura di supervisione, al fine di assicurare il suo rispetto anche da parte di quei Paesi che non avevano ratificato le convenzioni rilevanti in materia sindacale.¹⁰³

Nel 1951 fu istituito così il Comitato sulla libertà sindacale con il compito di esaminare i reclami relativi alle violazioni della libertà sindacale ad opera degli Stati membri.¹⁰⁴

Il Comitato sulla libertà sindacale¹⁰⁵ è composto da un presidente indipendente e da nove membri che rappresentano equamente i governi dei singoli Stati membri, i datori di lavoro e i lavoratori.

I reclami sono inviati da organizzazioni dei datori di lavoro o dei lavoratori¹⁰⁶ ed esaminati senza che sia necessario il preventivo consenso del governo interessato.

¹⁰³ La Conferenza Internazionale del Lavoro adottò una risoluzione durante la sua 31esima sessione, nella quale invitò il Consiglio d'Amministrazione ad avviare una consultazione con le Nazioni Unite allo scopo di migliorare le procedure internazionali esistenti per salvaguardare la libertà sindacale.

¹⁰⁴ Originariamente il suo compito era limitato all'esame dei reclami, al fine di valutare se necessitassero di ulteriori informazioni oppure se il caso così istruito fosse pronto per la *Fact Finding and Conciliation Committee*. La Commissione svolgeva indagini sulla situazione sottoposta al suo esame, con il consenso dello Stato interessato, allo scopo di trovare una soluzione conciliativa. La Commissione analizzava anche casi di violazioni della libertà sindacale ad opera di Stati che non facevano parte dell'ILO ma erano membri delle Nazioni Unite. La procedura, però, fu utilizzata soltanto 6 volte nei suoi primi 50 anni di vita. Il numero così esiguo di casi esaminati si spiega con la naturale reticenza degli Stati a consentire l'analisi di reclami che li riguardavano e con l'esistenza di altre procedure di controllo che si sovrapponevano ad essa: la procedura ex articolo 26, ad esempio, che prevede la nomina di una Commissione di inchiesta e che non richiede il consenso dello Stato interessato.

¹⁰⁵ Essa si riunisce tre volte all'anno e dal 1978 è presieduta da un soggetto indipendente, il quale non è membro del Consiglio d'Amministrazione. Al fine di assicurare la terzietà del collegio, è fatto divieto di partecipare alle delibere del Comitato ai rappresentanti dello Stato interessato dalla procedura, ai suoi cittadini ovvero a persone che occupano un incarico istituzionale nell'organizzazione dei datori di lavoro o dei lavoratori che hanno inviato il reclamo.

¹⁰⁶ Il Comitato non è vincolato da nessuna definizione legislativa nazionale ed è quindi totalmente libero di stabilire se l'organizzazione, che ha inviato un reclamo, sia un'organizzazione di lavoratori o datori di lavoro, essendo vincolata alle sole definizioni, presenti nella Costituzione dell'ILO. Può quindi ricevere reclami anche da organizzazioni clandestine, in esilio oppure sciolte.

Il Comitato sulla libertà sindacale opera in contraddittorio con lo Stato interessato dalla procedura, al fine di stabilire con precisione gli elementi di fatto denunciati nel reclamo.

La sua analisi si basa unicamente sulle prove documentali prodotte; a volte il Comitato ha però ritenuto utile sentire le parti coinvolte al fine di poter istruire correttamente il caso, in quanto le informazioni fornitele erano totalmente contraddittorie o erano sorte difficoltà nella loro analisi, ovvero per tentare una soluzione conciliativa.¹⁰⁷

Nel caso in cui rilevi violazioni dei principi relativi alla libertà sindacale, il Comitato pubblica una relazione, in cui raccomanda l'adozione di misure, volte a riparare alle violazioni riscontrate. I Governi sono tenuti ad informare il Comitato sulle misure adottate in applicazione delle raccomandazioni.¹⁰⁸

Allo scopo di assicurare continuità ed efficacia all'opera di supervisione, il Comitato può sottoporre a periodici follow-up i casi di violazione dei diritti sindacali riguardanti Stati che non hanno ratificato le convenzioni rilevanti in materia sindacale.

Il Comitato sulla libertà sindacale ha adottato tutte le sue decisioni all'unanimità: ciò conferisce un maggior peso alle sue decisioni e, al tempo stesso, assicura che la delibera adottata sia frutto di un accorto bilanciamento tra i diversi interessi di cui sono portatori i governi nazionali, i datori di lavoro e i lavoratori.¹⁰⁹

¹⁰⁷ GRAVERL, E., DUPLESSIS, I. & GERNIGON, B. *The Committee of freedom of association: its impact over 50 years*. Ginevra, Ufficio internazionale del lavoro, 2001.

¹⁰⁸ Se il Governo non fornisce le sue osservazioni in merito alle allegazioni, contenute nel reclamo, ovvero le ulteriori informazioni richieste, può essergli formulato un appello urgente. Se il Governo continua a non fornire il suo indispensabile contributo alla definizione del caso, sarà avviato l'esame "by default". Le informazioni e le osservazioni necessarie alla completa istruzione del caso saranno forniti dagli altri Stati membri dell'ILO.

¹⁰⁹ GRAVERL, E., DUPLESSIS, I. & GERNIGON, B. *The Committee of freedom of association: its impact over 50 years*. Ginevra, Ufficio internazionale del lavoro, 2001.

Una peculiarità di tale procedura consiste nel fatto che essa può essere attivata senza che sia necessario l'esaurimento dei ricorsi interni.¹¹⁰

Il Comitato sulla libertà sindacale può scegliere di proporre una «*direct contacts mission*» al governo allo scopo di porre rimedio alle violazioni riscontrate attraverso un dialogo instaurato direttamente con i rappresentanti del governo e le parti sociali.

2.3.1.1. La “Giurisprudenza” del Comitato sulla libertà sindacale in materia di discriminazioni sindacali

In oltre cinquant'anni di lavoro, il Comitato sulla libertà sindacale ha esaminato oltre 2.300 casi, interessando oltre sessanta stati nei cinque continenti.

L'esame delle presunte violazioni della libertà sindacale ha consentito al Comitato sulla libertà sindacale di sviluppare un importante corpo di principi in materia,¹¹¹ che svolge un'importante funzione preventiva: gli Stati possono riferirsi ai principi formulati dal Comitato per emendare o abrogare previsioni normative e rimediare *de facto* ad una situazione che è in contrasto con i principi della libertà sindacale.

Notevole è stato il suo contributo in materia di discriminazioni sindacali.

¹¹⁰ L'esistenza di un rimedio interno è però un fattore di cui il Comitato tiene generalmente conto: esso può decidere, in tali casi, di sospendere il procedimento dinanzi a sé, in attesa della pronuncia del giudice nazionale.

¹¹¹ Tutte le massime sono contenute nel digesto del Comitato sulla libertà sindacale: ILO. *Freedom of Association: Digest of decisions and principles of the Freedom of Association Committee of the Governing Body of the ILO*. Ginevra, Ufficio internazionale del lavoro, 2006. Per una loro esposizione in forma discorsiva: GRAVERL, E. DUPLESSIS, I. GERNIGON, B. *The Committee of freedom of association: its impact over 50 years*. Ginevra, Ufficio Internazionale del Lavoro, 2001.

Le discriminazioni sindacali, a parere del Comitato, costituiscono una delle più gravi violazioni della libertà sindacale, potendo arrivare anche a minacciare l'esistenza stessa dei sindacati.¹¹²

Il principio generale, espresso chiaramente nelle massime del Comitato, è che nessun lavoratore dovrebbe subire pregiudizi, durante il rapporto di lavoro, perché ha aderito ad un sindacato o partecipato alle sue attività.

Il Comitato ha rilevato che le discriminazioni non riguardano soltanto il momento dell'assunzione o del licenziamento ma possono interessare qualsiasi momento del rapporto lavorativo, concretizzandosi in qualsiasi trattamento pregiudizievole, patito dal lavoratore, come un trasferimento o un demansionamento. Anche il mancato rinnovo del contratto per ragioni antisindacali, così come il pensionamento forzato, costituisce una violazione dei principi affermati nella Convenzione n. 98.

È da considerarsi discriminatoria, inoltre, qualsiasi molestia o intimidazione che abbia l'effetto di scoraggiare il lavoratore a iscriversi ad un sindacato di sua scelta, in tal modo violando il diritto di organizzazione sindacale.

Anche garantire bonus ai lavoratori non sindacalizzati o sospenderne l'erogazione agli iscritti ad un determinato sindacato, durante il periodo di conflitto collettivo, costituisce un atto di discriminazione antisindacale.¹¹³

Atti di discriminazione sindacale non possono essere giustificati, invocando la natura economica dei licenziamenti: in alcuni casi, il

¹¹² Paragrafo n. 771. ILO. *Freedom of Association: Digest of decisions and principles of the Freedom of Association Committee of the Governing Body of the ILO*. Ginevra, Ufficio internazionale del lavoro, 2006.

¹¹³ Paragrafo n. 787. ILO. *Freedom of Association: Digest of decisions and principles of the Freedom of Association Committee of the Governing Body of the ILO*. Ginevra, Ufficio internazionale del lavoro, 2006

Comitato ha rilevato che programmi di riduzione del personale fossero utilizzati per nascondere pratiche discriminatorie di natura sindacale.¹¹⁴

Il Comitato, inoltre, ha notato come una legislazione che permette ad un datore di lavoro di giustificare il licenziamento di lavoratori, che esercitano i loro diritti sindacali, invocando una mancanza di armonia nel rapporto di lavoro, non accorda sufficiente protezione nel caso di atti di discriminazione sindacale.¹¹⁵

Il Comitato si è occupato anche del fenomeno delle *blacklists*:¹¹⁶ pur riconoscendo l'importanza per i datori di lavoro di ottenere informazioni sui dipendenti da assumere, il Comitato ha ritenuto fondamentale che un lavoratore, che è stato membro di un'organizzazione sindacale o ha partecipato alle sue attività, sia informato dei dati in possesso del datore di lavoro e gli sia data la possibilità di ottenerne la modifica, specialmente nel caso siano errati o provenienti da una fonte inaffidabile.

Il Comitato, nelle sue relazioni, ha evidenziato la necessità di un'adeguata protezione contro tutti gli atti di discriminazione durante il loro rapporto di lavoro: tale protezione è particolarmente significativa nei confronti di lavoratori che svolgono un ruolo direttivo all'interno dei sindacati, in quanto rende possibile l'espletamento dei loro doveri sindacali in piena autonomia.¹¹⁷

¹¹⁴ Paragrafo n. 795 e 796. ILO. *Freedom of Association: Digest of decisions and principles of the Freedom of Association Committee of the Governing Body of the ILO*. Ginevra, Ufficio internazionale del lavoro, 2006

¹¹⁵ Paragrafo n. 838. ILO. *Freedom of Association: Digest of decisions and principles of the Freedom of Association Committee of the Governing Body of the ILO*. Ginevra, Ufficio internazionale del lavoro, 2006

¹¹⁶ Nel marzo del 1998 il Comitato chiese al governo inglese di essere informata sui progressi fatti nella previsione di forme di tutela nei confronti dell'utilizzo delle *blacklists* e delle altre forme di discriminazione. Nel maggio dello stesso anno, il governo annunciò al Comitato la pubblicazione di un *White Paper*, contenente la proposta di dichiarare illegittime sia la redazione delle *blacklists* che le discriminazioni nei confronti dei membri dei sindacati. Nel settembre del 1999, il governo informò che l'applicazione del *Data Protection Act* (1998) era stato esteso anche ai dati trattati tramite computer e che l'*Employment Relations Act* aveva conferito mandato al Governo di approvare una legge che proibisca le pratiche antisindacali.

¹¹⁷ Il Comitato ha notato come ciò sia funzionale a dare effettività al principio fondamentale per cui le organizzazioni di lavoratori hanno il diritto di eleggere i loro rappresentanti in piena libertà.

Nel caso in cui un leader sindacale fosse licenziato e riassunto pochi giorni dopo, tale condotta potrebbe costituire un'intimidazione diretta a impedire il libero esercizio delle funzioni sindacali.

In nessun caso è possibile licenziare un lavoratore sindacalista unicamente per aver presentato una lista di doglianze.¹¹⁸

Ma la protezione nei confronti dei leader sindacali non è sciolta da qualsiasi limite. Il Comitato ha rilevato, ad esempio, che sarebbe impossibile, per un sindacalista, invocare la protezione accordata dalla Convenzione n. 98 o sostenere, qualora fosse licenziato, che i suoi diritti sindacali siano stati violati nel caso in cui abbia svolto attività sindacali durante l'orario di lavoro, senza il consenso del datore di lavoro, utilizzando il proprio ruolo aziendale per fare indebite pressioni sugli altri impiegati, al fine di coinvolgerli nell'attività stessa.¹¹⁹

Ogni governo dovrebbe essere molto sensibile nei confronti degli atti diretti ad impedire l'esercizio della libertà sindacale, giungendo, in casi che riguardano il licenziamento di un numero considerevole di lavoratori sindacalizzati o leader sindacali, anche a svolgere autonome indagini al fine di stabilire le vere ragioni che hanno portato all'adozione di simili misure.

Allo scopo di assicurare l'effettiva attuazione al principio di non discriminazione sindacale, inoltre, i governi devono prevedere rimedi giurisdizionali e sanzioni dissuasive: deve essere assicurato a chiunque si ritenga discriminato per ragioni sindacali l'accesso a rimedi interni che siano imparziali, efficaci, veloci ed economici.¹²⁰

¹¹⁸ Paragrafo n. 808. ILO. *Freedom of Association: Digest of decisions and principles of the Freedom of Association Committee of the Governing Body of the ILO*. Ginevra, Ufficio internazionale del lavoro, 2006.

¹¹⁹ Paragrafo n. 809. ILO. *Freedom of Association: Digest of decisions and principles of the Freedom of Association Committee of the Governing Body of the ILO*. Ginevra, Ufficio internazionale del lavoro, 2006.

¹²⁰ Tali considerazioni riposano sull'articolo 3 della Convenzione n. 98, la quale afferma che «devono essere creati organismi adeguati alle condizioni nazionali per garantire il rispetto del diritto di organizzazione definito dai precedenti articoli».

L'organo giurisdizionale nazionale adito non soltanto deve essere imparziale ma essere percepito dalle parti come tale.¹²¹

Il giudizio deve concludersi in tempi brevi: maggiore sarà la durata del processo, maggiori saranno le difficoltà per l'organo adito di individuare un giusto e appropriato rimedio, soprattutto nel caso in cui la situazione lamentata sia stata oggetto di un cambiamento irreversibile e quindi sia impossibile ripristinare lo *status quo ante*. Un eccessivo ritardo nella definizione della controversia, in particolare, costituirebbe un diniego di giustizia e conseguentemente un diniego dei diritti sindacali dei lavoratori interessati.¹²²

Il Comitato sul punto ha osservato che una procedura ad hoc deve tener conto delle difficoltà del lavoratore, in ordine al soddisfacimento dell'onere della prova, nel giudizio discriminatorio, prevedendo che sia il datore di lavoro a fornire la prova che il licenziamento non ha alcun collegamento con l'attività sindacale svolta dal lavoratore.

Un sistema di protezione efficace dovrebbe prevedere multe severe in caso di licenziamento per motivi sindacali, ordini amministrativi di reintegrazione dei lavoratori così licenziati nonché la possibilità di far cessare tali comportamenti antisindacali alle imprese che continuano a violare la Convenzione n. 98.

Il Comitato ritiene che la reintegrazione nel posto di lavoro del lavoratore, vittima del licenziamento discriminatorio, sia il rimedio più efficace:¹²³ non sarebbe accordata sufficiente protezione se il datore di lavoro potesse licenziare qualsiasi lavoratore, pagando una somma in

¹²¹ Paragrafo n. 828. ILO. *Freedom of Association: Digest of decisions and principles of the Freedom of Association Committee of the Governing Body of the ILO*. Ginevra, Ufficio internazionale del lavoro, 2006.

¹²² Paragrafo n. 821. ILO. *Freedom of Association: Digest of decisions and principles of the Freedom of Association Committee of the Governing Body of the ILO*. Ginevra, Ufficio internazionale del lavoro, 2006.

¹²³ Nel caso in cui in un paese non vi è previsto come rimedio il reinserimento del lavoratore, in seguito ad un licenziamento illegittimo, il Comitato ha chiesto al governo di prendere le opportune misure per modificare la sua legislazione, affinché il lavoratore licenziato per avere esercitato i suoi diritti sindacali possa essere reinserito nel suo posto di lavoro.

compensazione per il licenziamento illegittimo, soprattutto se discriminatorio per ragioni sindacali.¹²⁴

Nel caso in cui il posto occupato dal lavoratore sia stato soppresso, quest'ultimo può essere reinserito in una posizione equivalente.

Nell'ipotesi di notevole intervallo di tempo trascorso tra il licenziamento e la pronuncia del giudice, nell'impossibilità di procedere alla reintegrazione del lavoratore, deve essere assicurato a quest'ultimo piena compensazione, senza ulteriori ritardi.

La compensazione deve costituire una sanzione sufficientemente dissuasiva, in modo da impedire che simili condotte si ripetano in futuro, ed adeguata al danno subito.

Dichiarazione di lealtà o altri simili impegni non possono essere imposti come condizione per il reinserimento.¹²⁵

2.4. Considerazioni conclusive

La ratifica di una convenzione non offre alcuna garanzia che i principi e i diritti, affermati in essa, siano concretamente garantiti ai lavoratori.

Nonostante la crisi economica internazionale, ci sono stati significativi progressi nella legislazione e nella politica antidiscriminatoria. Tali sviluppi riguardano, oltre al crescente numero di provvedimenti in materia, il contenuto di questi: il divieto di non discriminazione comprende un sempre crescente numero di motivi, accordando una protezione più ampia.

¹²⁴ Paragrafo n. 791. ILO. *Freedom of Association: Digest of decisions and principles of the Freedom of Association Committee of the Governing Body of the ILO*. Ginevra, Ufficio internazionale del lavoro, 2006.

¹²⁵ Paragrafo n. 849. ILO. *Freedom of Association: Digest of decisions and principles of the Freedom of Association Committee of the Governing Body of the ILO*. Ginevra, Ufficio internazionale del lavoro, 2006.

Prevedere leggi ad hoc non è, però, abbastanza: bisogna garantire che tali previsioni ricevano effettività applicazione.

Molti governi affrontano la limitatezza delle risorse finanziarie e umane,¹²⁶ una politica inadeguata e incapace di coordinare il livello nazionale e quello locale, oltre che ad un'insufficiente sinergia e cooperazione con le altre istituzioni.

Risulta impossibile confrontare le esperienze dei diversi paesi in materia di discriminazioni, in quanto i dati nazionali risentono della diversa definizione che l'atto discriminatorio trova negli ordinamenti interni e sono quasi sempre privi del carattere della sistematicità.¹²⁷

Ciò è possibile in materia sindacale, invece, soprattutto grazie all'opera del Comitato sulla libertà sindacale: guardando ai reclami in materia di violazione dei diritti sindacali, si può notare come, dal 1994, si sia assistito ad una diminuzione dei reclami relativi alla negazione delle libertà civili.¹²⁸

Nonostante il decisivo sviluppo delle garanzie delle libertà civili e l'aumento del numero di ratifiche, continuano a verificarsi gravi violazioni dei diritti sindacali: in alcuni paesi è ancora negato, ad alcune categorie di lavoratori, il diritto di associarsi in sindacati; associazioni di lavoratori e datori di lavoro sono sospese illegalmente o i loro affari interni soggetti

¹²⁶ Per quanto riguarda la limitatezza delle risorse umane è da rilevare come ispettori del lavoro, giudici, pubblici ufficiali e le altre competenti autorità siano prive di conoscenza e di quelle capacità istituzionali necessarie per poter riconoscere e risolvere i diversi casi di discriminazione.

¹²⁷ ILO, DIRETTORE GENERALE. *Equality at work: The continuing challenge*. Global Report under the follow-up to the ILO Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work. Ginevra, Ufficio internazionale del lavoro, 2011.

¹²⁸ L'esercizio dei diritti sindacali è strettamente connesso al riconoscimento delle fondamentali libertà civili come la libertà personale, la libertà di espressione e di opinione, il diritto di assemblea, il diritto ad un giusto processo e ad un tribunale imparziale nonché il riconoscimento del diritto di proprietà delle associazioni dei lavoratori e dei datori. Dal clamoroso 33% del periodo 1995-2000 al 10% nel triennio 2000-2003 per poi stabilizzarsi al 13 nel periodo di riferimento 2003-2007. ILO, DIRETTORE GENERALE. *Organizing for social justice*. Global Report under the Follow-up to the ILO Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work. Ginevra, Ufficio Internazionale del Lavoro, 2004.

ad interferenze; leader sindacali sono vittime di omicidi, violenze, arresti e detenzione.

La singola categoria che raccoglie più reclami riguarda le discriminazioni antisindacali.¹²⁹

Tali considerazioni dimostrano chiaramente che, mentre le regole base per l'esercizio dei diritti sindacali si sono affermate negli ordinamenti della quasi totalità degli stati, la loro effettiva applicazione continua ad essere un problema spinoso per moltissimi di questi.¹³⁰

L'esercizio dei diritti sindacali richiede una serie di condizioni: una legislazione che garantisca le necessarie protezioni e garanzie, istituzioni che favoriscano la contrattazione collettiva e la risoluzione degli eventuali conflitti, un'efficiente politica del lavoro e sindacati forti e indipendenti.

I governi nazionali hanno il compito di rendere concreto tutto ciò, prevedendo una legislazione che riconosca e garantisca i principi e i diritti sindacali e una politica tesa a garantire l'effettiva realizzazione di questi.

La globalizzazione e i cambiamenti strutturali che ne sono derivati hanno aperto nuovi problemi relativi alla garanzia dei diritti sindacali a cui le singole politiche nazionali non sono, però, in grado di porre soluzione: è necessaria una politica internazionale ad hoc, capace di coordinare l'operato dei vari attori nazionali verso un obiettivo unico e condiviso.

L'ILO, consapevole di tale necessità, vanta collaborazioni con le Nazioni Unite, il Consiglio d'Europa, le confederazioni internazionali dei sindacati dei lavoratori e dei datori di lavoro e altri attori economici internazionali.¹³¹

¹²⁹ I reclami sono aumentati dal 23% del periodo 1995-2000 al 26% del 2000-2007.

¹³⁰ ILO, DIRETTORE GENERALE. *Freedom of association in practice: Lessons learned*. Global Report under the follow-up to the ILO Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work. Ginevra, Ufficio internazionale del lavoro, 2008.

¹³¹ L'ufficio Internazionale del Lavoro fornisce informazioni agli organi delle Nazioni Unite sull'applicazione degli standard, segue il loro lavoro e fornisce le sue considerazioni. Il Comitato di Esperti analizza le relazioni degli stati membri dell'Unione Europea sull'applicazione del Codice di sicurezza sociale. L'ILO coopera nella promozione dell'obiettivo della «*Decent Work Agenda*» con l'ITUC (International Trade Union Confederation) che fornisce il segretario alla

Recentemente si è registrato anche un aumento dei cosiddetti «*framework agreements*», conclusi tra imprese multinazionali e federazioni mondiali di sindacati, allo scopo di garantire il rispetto dei principi basilari, come la libertà sindacale e il diritto di contrattazione collettiva, negli stabilimenti della società, sparsi in tutto il mondo.

Un osservatore realistico potrebbe, però, asserire che questa «*wealth of notions*», in riferimento agli standard di lavoro e agli altri strumenti internazionali, sembra corrispondere ad una «povertà di diritti» che sono garantiti alla maggior parte della popolazione mondiale, seppure non in maniera uniforme.¹³²

Tale commento trascura di considerare che la funzione di questi strumenti internazionali è proprio quella di garantire i diritti sociali minimi e i principi di democrazia sociale, essenziali al funzionamento del libero mercato.

Inoltre appare evidente che, nonostante i cambiamenti dovuti alla globalizzazione abbiano reso impossibile procedere alla promozione del rispetto dei diritti umani se non in ottica internazionale, in ultima istanza l'iniziativa e il potere di implementare i diritti civili e sociali sono rimessi ai singoli governi nazionali.

rappresentanza dei lavoratori; con l'ITF (International Finance Corporation) partecipa al programma «*Better work*», il quale ha l'obiettivo di migliorare gli standard di lavoro, aiutando le imprese e i governi nazionali a migliorare le loro possibilità di competizioni in un'economia globale, tenendo alta la produttività e la qualità.

¹³² ILO, DIRETTORE GENERALE. *Rules of game: A brief introduction to International Labour Standards*. Ginevra, Ufficio internazionale del lavoro, 2005.

3. La Convenzione Europea per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali

La Convenzione Europea per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali (CEDU) fu adottata a Roma, il 4 novembre del 1950, in seno al Consiglio d'Europa.¹³³

La CEDU è il primo dei grandi trattati internazionali in materia di diritti umani nonché l'unico ad essere dotato di un sistema di controllo integralmente giurisdizionale.

I redattori della Convenzione di Roma trassero diretta ispirazione dalla Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo e dai lavori della Commissione delle Nazioni Unite sui diritti umani, impegnata nella redazione di un trattato internazionale che, solo 15 anni dopo, sfocerà nell'adozione dei due Patti internazionali.¹³⁴

Il preambolo della Convenzione richiama, infatti, il precedente trattato delle Nazioni Unite, nella convinzione che sia necessario «prendere le prime misure atte ad assicurare la garanzia collettiva di alcuni dei diritti enunciati nella Dichiarazione universale»: si tratta dei diritti civili e politici.¹³⁵

¹³³ Il Consiglio d'Europa era sorto appena un anno prima, nel maggio del 1949, all'indomani della seconda guerra mondiale, con l'obiettivo specifico «di raggiungere una più intensa coesione tra i suoi membri», allo scopo di favorire lo sviluppo economico e sociale e di salvaguardare e realizzare gli ideali e i principi che costituivano la loro comune eredità: la promozione dei diritti umani e dello stato di diritto. All'indomani della scomparsa dell'Unione Sovietica e del relativo blocco socialista, il Consiglio d'Europa ha potuto estendere il suo campo d'azione in tutto l'Est europeo, arrivando ad abbracciare 47 stati.

¹³⁴ Il testo della CEDU e le sue prime esperienze applicative influenzarono non poco lo sviluppo e la conclusione dei lavori preparatori dei due Patti, a testimonianza del nesso profondo che lega la codificazione dei diritti umani nell'ambito regionale europeo e quella realizzata dalle Nazioni Unite, pur sussistendo differenze rilevanti nella formulazione di alcuni diritti e nel loro ambito di applicazione.

¹³⁵ All'indomani della seconda guerra mondiale e dei regimi totalitari abbattuti, infatti, la tutela di diritti civili e politici era avvertita come prioritaria. I diritti e le libertà assicurate dalla Convenzione includono: il diritto alla vita, il diritto a un equo processo, il diritto al rispetto della vita privata e familiare, la libertà di espressione, la libertà di pensiero, coscienza e religione e la tutela della proprietà. La Convenzione, inoltre, proibisce: la tortura, i trattamenti inumani o degradanti, il lavoro forzato, la detenzione arbitraria e illegale, la discriminazione.

La CEDU, all'articolo 1, definisce il suo campo d'applicazione, stabilendo l'obbligo per le Parti contraenti di rispettare i diritti di ogni persona sottoposta alla loro giurisdizione.

Il Titolo I elenca i diritti che gli Stati contraenti si impegnano a garantire. Il Titolo II è dedicato al sistema internazionale di controllo, presieduto dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo; il Titolo III contiene invece le disposizioni finali, il cui contenuto è simile a quello di molte convenzioni internazionali.

3.1. L'articolo 14 e il Protocollo addizionale n. 12

La CEDU affronta il tema della discriminazione all'articolo 14, rubricato «Divieto di discriminazione», il quale afferma che:

«Il godimento dei diritti e delle libertà riconosciuti nella presente Convenzione deve essere assicurato senza nessuna discriminazione, in particolare quelle fondate sul sesso, la razza, il colore, la lingua, la religione, le opinioni politiche o quelle di altro genere, l'origine nazionale o sociale, l'appartenenza a una minoranza nazionale, la ricchezza, la nascita od ogni altra condizione».

Non si tratta dell'affermazione di un divieto generale di discriminare.

La CEDU proibisce le sole discriminazioni che siano introdotte da una pubblica autorità relativamente all'esercizio o al godimento di un diritto e di una libertà garantiti dalla Convenzione.

L'articolo non riconosce un diritto autonomo a non subire discriminazioni ma fornisce tutela aggiuntiva ad un diritto convenzionale, assicurando che questo sia garantito senza che si effettuino discriminazioni.

Ciò significa che, in riferimento ai diritti affermati nella CEDU, gli Stati membri non possono garantire tali diritti o limitarli, operando in modo

tale da porre in essere discriminazioni in riferimento, *inter alia*, ai motivi elencati nell'articolo 14.

L'articolo 14 può essere fatto valere solo congiuntamente ad altri diritti tutelati dalla CEDU e non può essere invocato, invece, autonomamente nel caso di una legge o di un atto statale che è sì discriminatorio, ma senza incidere su un diritto convenzionale: la tutela antidiscriminatoria ex articolo 14 è perciò sussidiaria rispetto a quella accordata al diritto primario violato.

Per poter accertare l'esistenza di un trattamento discriminatorio, deve potersi identificare un motivo in base al quale opera il differente trattamento, il diritto sulla cui base è operata la distinzione e l'arbitrarietà di quest'ultima.

La CEDU non si è preoccupata di dare una definizione di discriminazione, che sarebbe stata assai opportuna, vista la diversità di significato che tale termine assume nei vari ordinamenti nazionali e nel linguaggio comune.¹³⁶

La giurisprudenza della Corte EDU ha, però, fornito importanti indicazioni in proposito. Secondo la corte di Strasburgo, l'articolo 14 copre sia le discriminazioni dirette che le indirette: le discriminazioni dirette consistono nel «trattare diversamente, senza una giustificazione obiettiva e ragionevole, persone in situazioni rilevantemente simili»;¹³⁷ le discriminazioni indirette sono definite come «politiche generali o misure che producono effetti sproporzionalmente pregiudizievoli nei confronti di una categoria di persone, [...] risultando il carattere discriminatorio di queste dalla situazione *de facto* realizzata dalla loro applicazione»¹³⁸

¹³⁶ La delicatezza della questione e la mancanza di chiare e univoche indicazioni nella prassi e nella giurisprudenza della Corte EDU avrebbero dovuto suggerire l'inserimento di alcuni principi guida di carattere generale, in relazione all'attività di accertamento e valutazione delle presunte discriminazioni, ad opera delle corti nazionali.

¹³⁷ *Willis c. Regno Unito* del 11 giugno 2002.

¹³⁸ *D.H. c. Repubblica Ceca* del 13 novembre 2007.

La lista dei motivi non ha carattere esaustivo: il carattere aperto della stessa è suggerito dal fatto che essa termini riferendosi ad «altre condizioni», la cui menzione permette l'inclusione di altri motivi diversi da quelli già protetti, nel caso in cui i cambiamenti sociali rendano necessaria l'estensione della tutela antidiscriminatoria ad ulteriori motivi.¹³⁹ In particolare il termine «altre condizioni» si riferisce ad ogni caratteristica personale per la quale persone o gruppi di persone sono distinguibili da altri.¹⁴⁰

La giurisprudenza della Corte EDU è assai utile per definire la portata del divieto di discriminazione: la diversità legislativa diventa discriminatoria quando la differenza non ha una giustificazione obiettiva e ragionevole; il fine per cui opera il differente trattamento deve essere legittimo e deve esistere una ragionevole relazione di proporzionalità tra i mezzi impiegati e il fine perseguito.

Le azioni positive sono legittime ai sensi della Convenzione e ritenute, in alcuni casi, addirittura necessarie per raggiungere la piena eguaglianza, eliminando le difficoltà riscontrate dai gruppi socialmente più deboli.

La Corte ha recepito il principio di eguaglianza, comune a tutte le tradizioni costituzionali dei principali paesi europei, per cui differenze di trattamento legislativo possono sussistere nel caso in cui vi siano differenti situazioni di fatto e differenti valori da tutelare.

In conseguenza di ciò, la Corte ha affermato che violazioni dell'articolo 14 possono configurarsi anche nel caso in cui uno stato non tratti diversamente persone che si trovino in situazioni sensibilmente diverse, senza che sussista una giustificazione razionale e oggettiva.

La Corte, però, riconosce agli Stati un certo margine di apprezzamento nel valutare fino a che punto le differenze esistenti in situazioni

¹³⁹ *Engel c. Paesi Bassi* dell'8 giugno 1976.

¹⁴⁰ *Dudgeon v. Regno Unito* del 21 dicembre 1981; *Van Der Musselle c. Belgio* del 23 novembre 1983; *Botta c. Italia* del 24 febbraio 1998; *Salgueiro Da Silva Mouta c. Portogallo* del 21 dicembre 1999; *SL c. Austria* del 9 gennaio 2003; *Sahin c. Germania* del 8 luglio 2003.

sostanzialmente analoghe possono giustificare una diversità di trattamento.¹⁴¹

Nel caso di discriminazioni per ragioni sindacali, il diritto primario leso, da invocare insieme all'articolo 14, è l'articolo 11, dedicato alla libertà di riunione e di associazione, che riconosce ai lavoratori «il diritto di partecipare alla costituzione di sindacati e di aderire a essi per la difesa dei propri interessi».¹⁴²

Di rilievo marginale appare l'accostamento all'articolo 9, che si occupa di libertà di pensiero, coscienza e religione, garantendo sia il diritto ad avere una propria opinione o credo che il diritto di manifestarlo individualmente e collettivamente.

La libertà di pensiero, se esercitata collettivamente, riceve tutela, da parte della Corte EDU, tramite l'articolo 11;¹⁴³ l'articolo 10, relativo alla libertà di espressione, invece, viene preferito in tutti i casi in cui si tratti di manifestazioni di convinzioni non avente carattere religioso.¹⁴⁴

Nonostante la ricca giurisprudenza che ha avuto ad oggetto l'articolo 14, nel VII Colloquio internazionale dei Diritti Umani sulla Convenzione dei Diritti Umani, gli Stati membri conclusero che non vi erano possibilità per un'espansione dell'articolo 14 per via giurisprudenziale, considerando il carattere accessorio del divieto di discriminazione, il quale presuppone a

¹⁴¹ L'ampiezza del margine di apprezzamento dipende dalle circostanze specifiche, dall'oggetto di tutela e dal contesto. Un aspetto particolarmente rilevante consiste nel grado di *consensus* di cui gode il diritto nei Paesi membri del Consiglio d'Europa. V. *Rasmussen c. Danimarca* del 28 novembre 1984, § 40.

¹⁴² Emblematico è il caso *Sindacato Nazionale della polizia belga c. Belgio*, in cui la Corte riconosce il diritto di organizzazione sindacale, come una variante significativa del diritto di associazione. In tale sentenza, la Corte si preoccupa di precisare che la CEDU non si occupa in nessun altro punto di libertà sindacale e rinvia in proposito alla Carta sociale del 1961 per definire i contenuti di tale libertà.

¹⁴³ *Yazar, Karata, Aksoy e Partito del lavoro del popolo v. Turchia* del 9 aprile 2002; *Refah Partisi (Partito della prosperità) e altri c. Turchia* del 13 febbraio 2003; *Partito comunista unificato di Turchia c. Turchia* del 30 gennaio 1998.

¹⁴⁴ *Baskaya e Okcuoglu c. Turchia* del 15 novembre 1996, in cui la Corte rifiuta la qualificazione dei fatti dei ricorrenti basata sulla violazione dell'articolo 9, in favore dell'articolo 10.

monte la violazione di un diritto espressamente previsto nella Convenzione.¹⁴⁵

Sulla base di tali considerazioni si giunse alla decisione di elaborare un protocollo addizionale alla Convenzione,¹⁴⁶ dedicato al tema delle discriminazioni.

Tale protocollo, il n. 12, frutto di acceso dibattito, fu adottato dal Comitato dei Ministri il 26 giugno del 2000.¹⁴⁷

Nel preambolo del Protocollo si afferma, seppur timidamente, l'importanza del principio di uguaglianza degli individui dinanzi alla legge e il diritto di tutti gli uomini ad un'uguale protezione da parte della legge.

All'articolo 1 del Protocollo n. 12 si conferisce un'autonoma e generale protezione contro le discriminazioni, stabilendo che:

«Il godimento di ogni diritto previsto dalla legge deve essere assicurato senza nessuna discriminazione, in particolare quelle fondate sul sesso, la razza, il colore, la lingua, la religione, le opinioni politiche o di altro genere, l'origine nazionale o sociale, l'appartenenza a una minoranza nazionale, la ricchezza, la nascita o ogni altra condizione».

¹⁴⁵ *Explanatory report, Protocol n. 12 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*, in <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Reports/Html/177.html>.

¹⁴⁶ I protocolli sono destinati ad integrare o modificare le disposizioni relative ai diritti, affermati nel Titolo I, ed al sistema di controllo del Titolo II. I protocolli adottati finora sono 14: i protocolli n. 11 (che ha soppiantato i protocolli n. 2, 3, 5, 8, 9 e 10) e n. 14 hanno modificato il sistema di controllo delineato nel Titolo II; i protocolli n. 1, 4, 6, 7, 12 e 13 tutelano diritti aggiuntivi o forniscono una tutela aggiuntiva in riferimento ad alcuni diritti già previsti nel testo della CEDU. Il sistema dei diritti della CEDU presenta, quindi, attorno ad un nucleo comune a tutti gli Stati parti, dato dal catalogo di diritti incluso nel Titolo I, una differenziazione interna in riferimento ai diritti tutelati, a seconda dei protocolli aggiuntivi che ciascun Stato parte ha ratificato.

¹⁴⁷ Il complesso e articolato dibattito che ha preceduto e accompagnato l'elaborazione del Protocollo n. 12 vedeva contrapposti il Comitato per l'Uguaglianza tra uomini e donne e la Commissione europea contro il razzismo e l'intolleranza. Il primo lamentava l'assenza, nel quadro dei diritti garantiti dalla CEDU, di una disposizione relativa all'eguaglianza tra uomini e donne, che avrebbe dovuto essere formulata nei termini rigorosi di un principio fondamentale di diritto. Il secondo respingeva l'approccio "settoriale" del Comitato, in base al rilievo che un intervento del genere avrebbe contrastato con il principio di universalità dei diritti dell'uomo. La Commissione denunciava, inoltre, l'inadeguatezza della legge per l'eliminazione di tutte le pratiche razziste poste in essere contro singoli individui o gruppi.

Si afferma, finalmente, il divieto di discriminazione in relazione ad un qualsiasi diritto definito dalla legge, non essendo necessario che questo trovi espresso riconoscimento nel testo della CEDU.

Il Rapporto esplicativo chiarisce che l'articolo 1 si riferisce ai diritti che trovano espresso riconoscimento nella legge nazionale o che si desumono da un obbligo di agire in una particolare maniera imposto alle autorità pubbliche.

È stato osservato come una distinzione che escluda arbitrariamente un soggetto dalla fruizione di un diritto civile non sostanzia soltanto una violazione del principio di non discriminazione, ma automaticamente dello stesso diritto civile, dato che quest'ultimo deve essere garantito a tutti gli individui sottoposti alla giurisdizione dello Stato.¹⁴⁸

Quanto ai motivi di discriminazione, questi sono ripresi dall'articolo 14 e la loro elencazione ha carattere non tassativo.

Il Protocollo, inoltre, non sancisce un divieto generale di discriminazione nei rapporti tra privati, interessando soltanto il rapporto tra questi e lo Stato.

Il paragrafo 2 dello stesso articolo 1 del Protocollo stabilisce il divieto di discriminazione nei confronti dell'autorità pubblica, senza prevedere però alcun obbligo positivo di rimuovere le discriminazioni esistenti.

Un'interpretazione del genere di tale disposizione, però, risulterebbe eccessivamente restrittiva: è da ritenere che la previsione dell'obbligo di garantire che i diritti, riconosciuti dalla legge, siano esercitati senza

¹⁴⁸ Tali conclusioni non sono valide, invece, rispetto ai diritti economici e culturali, in quanto non sussiste a carico dello Stato un obbligo di garantire tali categorie di diritti, nella stessa misura e alle stesse condizioni a tutta la popolazione. Uno Stato, infatti, potrebbe essere costretto a negare o comunque a limitare anche significativamente la fruizione di uno o più diritti economici e culturali nei confronti di parte della sua popolazione. Le condizioni al godimento di tali diritti devono però rispondere ai criteri di ragionevolezza e proporzionalità ed essere collegate a reali esigenze socio-economiche. Ne consegue che un soggetto, a cui non è riconosciuto tale diritto dalla legislazione interna, non potrebbe lamentare una violazione del divieto di non discriminazione se non in riferimento alla ragionevolezza dell'esclusione e alle modalità di esercizio di un certo diritto sociale.

discriminazioni implica un impegno degli Stati membri alla rimozione delle discriminazioni esistenti.

Il Protocollo si riferisce, quindi, ad ogni azione dello stato nei confronti di soggetti privati, non essendo rilevante la forma dell'atto ovvero se il suo scopo sia quello di garantire dei diritti o di imporre degli obblighi agli individui.¹⁴⁹

La norma è interpretata nel senso della piena compatibilità tra le azioni positive e il divieto di discriminazione del Protocollo n. 12, fermo restando che la Corte EDU potrà valutare caso per caso le caratteristiche e gli effetti di tali misure.¹⁵⁰

L'articolo 2 si occupa dell'ambito di applicazione territoriale del Protocollo; l'articolo 3 chiarisce che le disposizioni di cui all'articolo 1 e 2 sono da considerarsi, per gli Stati che hanno ratificato il Protocollo, come articoli aggiuntivi alla CEDU e tutte le disposizioni della Convenzione si applicheranno di conseguenza, essendo quindi a queste ultime completamente equiparate.

Il Rapporto esplicativo, annesso al Protocollo, inoltre, ha chiarito che la sua ratifica non comporta l'abrogazione dell'articolo 14 ma soltanto una sua integrazione, non curandosi, però, di spiegare come i due articoli debbano essere coordinati, date le analogie esistenti tra i due divieti.

Il Protocollo n. 12 è entrato in vigore il 1 aprile del 2005 ma è stato ratificato soltanto da 18 dei 47 Paesi membri del Consiglio d'Europa.¹⁵¹

Lo scarso successo del Protocollo n. 12 contrasta con l'entusiasmo che aveva condotto alla sua adozione e si spiega con la ritrosia degli Stati membri a codificare il principio generale di non discriminazione, qualificandolo come diritto fondamentale, in ragione del ruolo estremamente attivo svolto dalla Corte EDU nell'interpretazione dei diritti

¹⁴⁹ ELLIS, E. WATSON, P. *EU Antidiscrimination Law*. Oxford, Oxford European Law Library, 2012.

¹⁵⁰ FAVILLI, C. *La non discriminazione nell'Unione Europea*. Bologna, Il Mulino, 2008.

¹⁵¹ Dati aggiornati al 10/12/2013.

sanciti nella Convenzione: il Protocollo, una volta divenuto patrimonio comune della gran parte degli Stati membri, darà origine ad una giurisprudenza molto più ricca di quella definita, ad oggi, sul tema di non discriminazione grazie al solo riferimento all'articolo 14.

3.2. La Corte europea dei diritti dell'uomo

La CEDU si fonda, come la maggior parte dei trattati in materia di diritti dell'uomo, su un doppio grado di tutela: la previsione dei diritti da parte della Convenzione serve ad integrare la tutela predisposta negli ordinamenti interni, i quali restano liberi di prevedere diritti aggiuntivi o di fornire una protezione più intensa.

Sul piano dei meccanismi di garanzia, ai singoli Stati membri è affidato il compito di predisporre strumenti effettivi per prevenire e reprimere le violazioni dei diritti stabiliti nella CEDU, nonché offrire adeguata riparazioni agli individui, i cui diritti siano stati lesi.¹⁵²

Il controllo internazionale assume così una funzione sussidiaria, venendo in rilievo nel caso in cui i rimedi interni siano risultati inoperanti o inadeguati.

L'articolo 19 della CEDU prevede l'istituzione della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, al fine di assicurare il rispetto degli impegni derivanti per le Alte Parti contraenti dalla Convenzione e dai suoi Protocolli.

Sebbene la Convenzione sia stata firmata nel 1950 ed entrata in vigore nel 1953, per vent'anni fu, secondo Jochen Frowein, vicepresidente della

¹⁵² L'articolo 13, infatti, riconosce ad ogni persona il «diritto a un ricorso effettivo davanti a un'istanza nazionale» per la tutela dei propri diritti, nel caso in cui ritenga siano stati violati». La norma in questione non si riferisce espressamente ad organi giudiziari. Il ricorso, per essere considerato effettivo, deve poter essere presentato ad un autorità che offra garanzia di imparzialità ed abbia i poteri necessari per incidere sulla situazione dedotta in giudizio, sospendendone la violazione o garantendo un'adeguata riparazione alla vittima.

Commissione Europea sui Diritti umani, «*a sleeping beauty, frequently referred to but without much impact*».

La previsione del diritto di ricorso individuale alla Corte EDU per far valere una violazione di un diritto convenzionale e l'accettazione della sua giurisdizione vincolante da parte degli Stati membri permisero alla CEDU di conquistare un ruolo centrale nel panorama europeo in materia di protezione dei diritti umani.¹⁵³

La Corte si compone di un numero di giudici pari a quello delle Alte Parti contraenti, tra i quali vengono eletti, durante la seduta plenaria, un presidente e due vice-presidenti.

I singoli giudici siedono a titolo individuale, impegnandosi a svolgere il loro incarico con spirito di assoluta imparzialità e indipendenza; essi restano in carica per un periodo di nove anni e non sono rieleggibili.

La Corte è suddivisa in sezioni, nell'ambito delle quali sono costituiti i Comitati, composti da tre giudici, e le Camere, in cui siedono sette giudici. Accanto ad essi, opera la Grande Camera, la più ampia formazione giurisdizionale della Corte, composta da ben diciassette giudici.

Il protocollo n. 14 ha introdotto la figura del giudice unico, il quale svolge una funzione di filtro dei ricorsi individuali che risultino *icto oculi* irricevibili.

I Comitati, oltre a svolgere la medesima funzione nel caso in cui questa non sia stata esercitata dal giudice unico, sono competenti a decidere, con sentenza definitiva, i ricorsi individuali relativi a questioni oggetto di una giurisprudenza consolidata.¹⁵⁴

La competenza a decidere i ricorsi individuali e statali è generalmente attribuita alle Camere.

¹⁵³ Tali previsioni erano contenute nelle clausole opzionali n. 19 e 46 che in un primo momento le Alte Parti contraenti erano assai riluttanti ad accettare.

¹⁵⁴ Si tratta dei cosiddetti ricorsi ripetitivi, che si riconducono ai problemi strutturali propri di taluni ordinamenti giuridici e che, tra i ricorsi dichiarati ricevibili, rappresentano la categoria maggiormente responsabile dell'ingolfamento del lavoro della Corte.

Nel caso in cui, però, vi siano gravi problemi di interpretazione della Convenzione o dei suoi Protocolli, ovvero la soluzione prospettata in merito alle violazioni riscontrate rischi di dar luogo ad un contrasto con un precedente orientamento della Corte, la Camera, se non ha ancora pronunciato la sentenza, può rimettere il caso alla Grande Camera, a meno che una delle parti non si opponga.

La Corte EDU può essere adita sia da uno Stato membro, ex articolo 33, il quale ritenga che un altro Stato abbia violato le disposizioni della Convenzione e dei Protocolli, che da un individuo, un ente non governativo o un gruppo di individui che lamenti di essere vittima di una delle suddette violazioni, compiute da parte di uno Stato membro.¹⁵⁵

Il ricorso statale costituisce uno strumento importante di garanzia oggettiva, il quale è stato utilizzato, per evidenti motivi politici, in limitate occasioni ed in relazione a situazioni specifiche.

Questo tipo di ricorso può dar luogo anche ad un'*actio popularis*, un'azione proposta nel solo interesse oggettivo del rispetto dei diritti della Convenzione, in riferimento a leggi o pratiche amministrative ritenute in contrasto con la disciplina convenzionale.

Al contrario, per i ricorsi individuali non si può prescindere dal cosiddetto «*victim requirement*», dovendo necessariamente esistere un soggetto che lamenti la violazione di uno o più diritti.¹⁵⁶

Perché la Corte possa conoscere del ricorso, è necessario che ne sia accertata la ricevibilità.

Il primo requisito, ai sensi dell'articolo 35, è il previo esaurimento dei ricorsi interni. Il ricorso deve essere presentato entro 6 mesi dalla data della decisione interna definitiva.¹⁵⁷

¹⁵⁵ È importante notare che le organizzazioni che possono proporre ricorso alla Corte non devono necessariamente essere dotate di personalità giuridica. L'accesso è consentito anche ai partiti politici e ai sindacati.

¹⁵⁶ In riferimento ai ricorsi di enti non governativi e di gruppi di individui, la Corte di Strasburgo ha ammesso i ricorsi anche nei confronti di leggi che non erano state applicate nei loro confronti ma la cui esistenza poteva incidere sui diritti dei ricorrenti.

I ricorsi presentati non devono essere anonimi né essere già presentati alla Corte di Strasburgo o oggetto di una procedura di inchiesta o di regolamento sul piano internazionale.¹⁵⁸ Inoltre, essi devono essere compatibili con le disposizioni della Convenzione, non manifestamente infondati e abusivi.¹⁵⁹

Un'ulteriore condizione di ricevibilità è stata introdotta dal Protocollo n. 14: il ricorrente deve aver subito un pregiudizio significativo, a meno che l'esame del ricorso non sia imposto dal rispetto dei diritti umani.

Dopo aver accertato la ricevibilità del ricorso, la Corte procede all'esame del merito al fine di accertare se ci siano state le violazioni lamentate nel ricorso, nel rispetto del principio del contraddittorio, tramite una serie di udienze pubbliche.

L'esame del merito si conclude con una sentenza motivata e definitiva.¹⁶⁰

La Convenzione ha previsto un meccanismo di riesame per le sole decisioni della Camera: entro tre mesi dalla decisione, la parte soccombente può chiedere che il caso sia sottoposto al giudizio della Grande Camera.¹⁶¹

¹⁵⁷ I ricorsi interni non devono avere necessariamente carattere giudiziario, essendo sufficiente che conducano a decisioni vincolanti. I ricorsi interni, inoltre, devono però essere concretamente esperibili dai singoli ed idonei ad accordare loro la tutela richiesta. La Corte, ad esempio, ha ritenuto che il rimedio della declaratoria di illegittimità costituzionale di una legge o di un atto avente forza di legge da parte della Corte Costituzionale italiana, potendo essere attivato dal giudice e non dall'individuo, non debba essere esperito.

¹⁵⁸ Si intendono per tali anche le istanze di carattere quasi giudiziario, come il Comitato dei diritti umani.

¹⁵⁹ La manifesta infondatezza viene rilevata dalla Corte tutte le volte in cui ad un esame sommario appare che i fatti addotti dal ricorrente non comportino una violazione della Convenzione o che non siano veri o risultino sprovvisti di prove. La condizione di compatibilità del ricorso è valutata considerando la posizione dell'individuo ricorrente, i diritti di cui lamenti la violazione nonché la data della presunta violazione, verificando se tali diritti siano protetti dalla Convenzione o dai suoi protocolli, se lo strumento giuridico che la prevede sia entrato in vigore per lo Stato interessato, le eventuali riserve apposte e le limitazioni territoriali in riferimento ad eventuali territori dipendenti.

¹⁶⁰ La decisione della Corte può essere evitata attraverso una composizione amichevole della controversia, nel rispetto dei diritti umani. La Corte cancellando la causa dal ruolo, si limita ad una breve esposizione dei fatti e della soluzione raggiunta.

¹⁶¹ La richiesta è valutata da un collegio di cinque giudici della Grande Camera, che deve decidere se il caso sollevi una questione importante riguardante l'interpretazione della Convenzione. Tale meccanismo è assai criticabile, tenendo conto che il diritto al riesame dipende dalla valutazione del Collegio. Inoltre, nella Grande camera chiamata a riesaminare il

La sentenza della Camera diviene definitiva se le parti dichiarano che non intendono chiedere un rinvio alla Grande Camera, se entro tre mesi la richiesta non è presentata oppure se è rigettata dal collegio di cinque giudici.¹⁶²

Gli Stati si impegnano a conformarsi alle sentenze definitive della Corte sulle controversie in cui siano parti:¹⁶³ nei confronti dello Stato grava innanzi tutto l'obbligo di cessare l'illecito e di effettuare la *restitutio in integrum* a favore del soggetto leso, ripristinare cioè la situazione che sarebbe esistita se i diritti garantiti dalla Convenzione non fossero stati violati.

Nel caso in cui il diritto interno non consenta, se non in modo imperfetto, di ripristinare lo *status quo ante*, la Corte accorda alla parte lesa un indennizzo di carattere economico.

La scelta delle misure riparatorie spetta allo Stato membro, non potendo la Corte vincolarlo all'adozione di specifiche misure.¹⁶⁴

Nel caso in cui le violazioni si ricolleghino a problemi strutturali o pratiche generalizzate, lo Stato è obbligato non soltanto a porre in essere misure riparatorie rispetto al singolo caso, ma anche misure di carattere generale, come riforme strutturali che consentano di prevenire il ripetersi di analoghe violazioni.

Dell'esecuzione delle decisioni si occupa il Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa: tale controllo negli anni si è fatto sempre più incisivo

caso, siedono due giudici che hanno partecipato alla decisione impugnata. È evidente che l'interesse tutelato con tale meccanismo è quello oggettivo alla coerenza degli orientamenti giurisprudenziali della Corte piuttosto che quello soggettivo delle parti in causa.

¹⁶² Articolo 44 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo.

¹⁶³ Articolo 46 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo.

¹⁶⁴ In alcuni casi eccezionali, la Corte ha indicato allo Stato interessato l'adozione di determinate misure riparatorie. In *Apamichalopoulos c. Grecia* del 31 ottobre 1995, la Corte ordinò alla Grecia di restituire la proprietà espropriata o di pagare all'attore un prezzo che corrispondesse al valore di mercato corrente della proprietà.

interessando sia il versamento dell'indennizzo in favore del singolo, sia l'adozione delle misure di carattere individuale che generale.¹⁶⁵

3.2.1. La Corte europea dei diritti dell'uomo e la libertà sindacale

La Corte EDU si è occupata del tema della libertà sindacale, esaminando i ricorsi aventi ad oggetto l'articolo 11 della Convenzione.

Tale disposizione riconosce che:

«Ogni persona ha diritto alla libertà di riunione pacifica e alla libertà d'associazione, ivi compreso il diritto di partecipare alla costituzione di sindacati e di aderire a essi per la difesa dei propri interessi.

L'esercizio di questi diritti non può essere oggetto di restrizioni diverse da quelle che sono stabilite dalla legge e che costituiscono misure necessarie, in una società democratica, alla sicurezza nazionale, alla pubblica sicurezza, alla difesa dell'ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale e alla protezione dei diritti e delle libertà altrui. Il presente articolo non osta a che restrizioni legittime siano imposte all'esercizio di tali diritti da parte dei membri delle forze armate, della polizia o dell'amministrazione dello Stato».

La libertà sindacale viene inquadrata come un particolare aspetto della libertà di associazione.¹⁶⁶

Le parole «per la difesa dei propri interessi» non sono superflue: la Convenzione, infatti, salvaguarda il diritto di proteggere gli interessi dei membri dei sindacati attraverso l'azione sindacale, il cui sviluppo gli Stati contraenti devono rendere possibile.¹⁶⁷

¹⁶⁵ Il Comitato fissa un termine entro il quale tali misure devono essere prese, monitora il caso e adotta risoluzioni, rilevando le eventuali mancanze dello Stato. L'efficacia del controllo dipende dalla pressione politica esercitata sullo Stato, soprattutto per effetto della pubblicità che, tramite le risoluzioni viene dato al comportamento negligente dello Stato.

¹⁶⁶ *Unione nazionale della polizia belga c. Belgio* del 27 ottobre 1975, § 38; *Sindacato svedese dei conduttori di locomotive c. Svezia* del 6 febbraio 1976, § 39.

¹⁶⁷ Concorde opinione del giudice Jörundsson annessa alla sentenza *Wilson e NUJ (Sindacato nazionale dei giornalisti) e altri c. Regno Unito* del 2 luglio 2002.

I sindacati devono, infatti, essere liberi di agire per la tutela degli interessi dei loro membri e a questi ultimi deve essere riconosciuto il diritto che i primi siano ascoltati.

In *Unione nazionale della polizia belga c. Belgio*, la Corte ha precisato che il diritto ad essere ascoltato, di cui è titolare il sindacato, non implica il diritto ad essere consultato e, in riferimento al caso *Sindacato svedese dei conduttori di locomotive c. Svezia*, neanche il diritto a partecipare alla negoziazione collettiva con i datori di lavoro.

La Corte ha sottolineato come l'articolo 11 non preveda alcun particolare trattamento di favore nei confronti delle associazioni sindacali o dei loro membri e lascia lo stato libero di scegliere in che modo debba essere assicurata la libertà sindacale nel proprio ordinamento.¹⁶⁸

Nel caso *Wilson, NUJ e altri c. Regno Unito*, la Corte ha affermato che, benché il diritto alla contrattazione collettiva sia una delle vie attraverso le quali i sindacati possono tutelare gli interessi dei loro membri, il riconoscimento di tale diritto non è indispensabile per l'effettivo godimento della libertà sindacale.¹⁶⁹

In tale pronuncia, la Corte ha stabilito che il diritto di partecipare ad un sindacato per la protezione dei propri interessi implica che i lavoratori siano liberi di conferire al sindacato il potere di rappresentarli di fronte al datore di lavoro nonché usufruire di tutti i servizi da questo offerti.¹⁷⁰

¹⁶⁸ Una spiegazione di tale orientamento può essere fornita riferendosi alla Carta sociale europea del 1961, la quale prevede che gli Stati siano liberi di scegliere gli articoli e relativi paragrafi che si impegnano a rispettare. Ad esempio, è possibile per uno Stato rifiutare di garantire il diritto di organizzazione sindacale, il diritto di contrattazione collettiva o di sciopero. Secondo il tortuoso ragionamento della Corte, affermare che la CEDU riconosca e tuteli tali diritti sindacali nell'articolo 11, significherebbe ammettere che nel 1961 il Consiglio d'Europa abbia fatto un passo indietro nel creare una Carta in cui tali diritti sono opzionali.

¹⁶⁹ Nel caso particolare, il sistema di relazioni industriali inglese, basato sul solo riconoscimento volontario dei sindacati da parte del datore di lavoro, è stato giudicato non in contrasto con l'articolo 11, in quanto assicurava comunque ai sindacati non riconosciuti la possibilità di agire, anche attraverso la proclamazione di uno sciopero, al fine di convincere il datore di lavoro ad ammetterli al tavolo delle trattative. *Wilson e NUJ (Sindacato nazionale dei giornalisti) e altri c. Regno Unito* del 2 luglio del 2002, § 45.

¹⁷⁰ Janis, Mark W. Kay, Richard S. Bradley, Anthony W. *European Human Rights Law: text and materials*. New York, Oxford University Press, 2008.

Se ciò fosse impedito, il diritto di aderire ad un sindacato sarebbe svuotato di contenuto.

La Corte ha chiarito che è compito dello Stato assicurare che ai lavoratori sia permesso farsi rappresentare dal sindacato nel tentativo di regolamentare le loro relazioni con il datore di lavoro.

Nel caso in esame, era concesso ai datori di lavoro di cercare di indebolire il potere contrattuale dei sindacati fino ad arrivare ad eliminare qualsiasi forma di negoziazione collettiva, offrendo considerevoli aumenti di stipendio ai lavoratori che, accettando contratti individuali di lavoro, avessero rinunciato a farsi rappresentare dai sindacati.

La legge inglese, di fatto, consentiva ai datori di lavoro di trattare in maniera meno favorevole i lavoratori che non avevano rinunciato ad esercitare la loro libertà sindacale: tale condotta si traduceva in un forte freno per i lavoratori all'utilizzo dei sindacati per la tutela dei propri interessi.¹⁷¹

La Corte ha rilevato che «permettere ai datori di usare incentivi economici per indurre i lavoratori a rinunciare ad importanti diritti (sindacali), è una grave mancanza da parte dello Stato che ha l'obbligo di assicurare il godimento di questi diritti ex articolo 11 della Convenzione».¹⁷²

La Corte ha affermato in più occasioni che, nel verificare se sia o no assicurata la libertà sindacale in un singolo Stato membro, bisogna prendere in considerazione la totalità delle misure poste in essere per garantirne l'esercizio, le quali sono soggette ad un ampio margine di apprezzamento da parte dello Stato.

¹⁷¹ «Il diritto interno [sezione 23 (1) lett. a della Legge sulla Protezione del Lavoro del 1978] non impediva al datore di lavoro di offrire incentivi a chi avesse rinunciato a farsi rappresentare da un sindacato, anche se lo scopo fosse quello di porre fine alla negoziazione collettiva e di ridurre il potere del sindacato, a meno che non agisse con il chiaro intento di impedire o dissuadere il lavoratore semplicemente dall'essere membro del sindacato». *Wilson e NUJ (Sindacato nazionale dei giornalisti) e altri c. Regno Unito* del 2 luglio del 2002, § 48.

¹⁷² *Wilson e NUJ (Sindacato nazionale dei giornalisti) e altri c. Regno Unito* del 2 luglio del 2002, § 48.

La Corte deve accertare, inoltre, analizzando i ricorsi che le pervengono, se le restrizioni, previste nei vari ordinamenti, colpiscono la libertà sindacale nel suo nucleo centrale.

La Corte ne ha individuato gli elementi essenziali nel diritto di costituire un sindacato e di aderirvi, nel divieto delle clausole di *closed-shop* e nel diritto dei sindacati di persuadere il datore di lavoro ad ascoltarli e tenere in conto l'interesse dei lavoratori.

Questa lista non è definitiva ma soggetta ad un'evoluzione che dipende dallo sviluppo delle relazioni industriali: la Corte ha infatti sottolineato come la Convenzione sia un «*living instrument*» che deve essere interpretato alla luce della situazione attuale e in sintonia con lo sviluppo del diritto internazionale e i crescenti standard richiesti in riferimento al tema della protezione dei diritti umani.¹⁷³

Tale posizione della Corte le ha permesso di rivedere le proprie statuizioni per accordarle all'evoluzione legislativa internazionale e ai cambiamenti che hanno interessato il sistema di relazioni industriali.

Ciò è avvenuto con la decisione *Demir e Baykara c. Turchia*, vero e proprio *leading case*, che ha consentito alla Corte di ridefinire il contenuto del diritto d'associazione sindacale che, nelle sue precedenti statuizioni, non comprendeva il diritto alla contrattazione collettiva.

L'importanza capitale di tale decisione è ancora più evidente se si considera che sono dell'anno precedente le sentenze *Viking* e *Laval* in cui la Corte di Giustizia Europea aveva riconosciuto il diritto di sciopero e di azione collettiva come diritti fondamentali di matrice europea: il bilanciamento tra le libertà economiche e i diritti di libertà sindacale, operato dalla Corte di Lussemburgo in tali sentenze, però, era stato a dir poco imperfetto, in quanto la Corte di Giustizia ha di fatto ricostruito «lo

¹⁷³ *Demir e Baykara c. Turchia* del 12 Novembre 2008, §§ 65-68.

spazio attribuito ai secondi come una deroga al pieno e illimitato dispiegamento delle prime». ¹⁷⁴

Nel caso *Demir e Baykara c. Turchia*, alcuni dipendenti di municipalità turche erano riusciti, attraverso il loro sindacato a stipulare un contratto collettivo biennale che successivamente la Corte di Cassazione aveva annullato. La decisione del tribunale turco era stata motivata dalla mancanza di una legge che autorizzasse i pubblici dipendenti a concludere accordi collettivi, data la specialità del rapporto. La mancanza di una legge specifica, inoltre, bloccava l'applicazione diretta della Convenzione OIL n. 98 e i lavoratori interessati erano stati obbligati a restituire le somme percepite in base all'accordo.

In tale decisione, la Corte, basandosi su un'interpretazione evolutiva del diritto internazionale, soprattutto dell'articolo 28 della Carta di Nizza, ¹⁷⁵ e sulla prassi affermata nella maggioranza dei paesi europei, è giunta ad affermare che:

«il diritto alla contrattazione collettiva con i datori di lavoro è diventato uno degli elementi essenziali del diritto di costituire e aderire ad un'organizzazione sindacale per la tutela dei proprio interessi».

La Corte, inoltre, ha chiarito che non esistono proibizioni di carattere generale nei confronti dei pubblici dipendenti in materia sindacale, con particolare riferimento al diritto di costituire sindacati e concludere accordi collettivi; limiti specifici sono previsti soltanto nei confronti delle

¹⁷⁴ BRONZINI, G. *Diritto alla contrattazione collettiva e diritto di sciopero entrano nell'alveo protettivo della Cedu: una nuova frontiera per il garantismo sociale in Europa?*, in *RIDL*, 2009, n. 4.

¹⁷⁵ La Corte ha in moltissime occasioni utilizzato la Carta di Nizza come testo imprescindibile per accertare le linee di tendenza della civiltà giuridica europea, richiamandola nelle sue decisioni fin dal 2002 nella celebre sentenza *Goodwin*. La Carta di Nizza, a parere della Corte, rileva un'evoluzione dei costumi e del diritto rilevante al fine di una corretta e sempre attuale interpretazione della Convenzione.

forze di polizia o dell'esercito o, al più, rispetto ad alcune categorie di dipendenti pubblici che esercitano poteri esecutivi dello Stato.¹⁷⁶

La normativa turca, quindi, è stata giudicata in contrasto con l'articolo 11 della CEDU, in quanto prevedeva un divieto di negoziare per i sindacati pubblici di carattere arbitrariamente generale, il quale non era in alcun modo giustificato da un interesse pubblico preminente. Anche la decisione di annullare *ex tunc* l'accordo collettivo intercorso tra l'associazione e il datore di lavoro è stata giudicata in contrasto con l'articolo 11.

La decisione *Demir* ha costituito la premessa per continuare l'opera d'interpretazione evolutiva della Corte, in riferimento ad altri aspetti della libertà sindacale.

L'esame del caso *Enerji Yapi-Sol Sen c. Turchia*, ad esempio, ha permesso alla Corte di trattare il diritto allo sciopero in relazione al diritto di associazione sindacale, tutelato dall'articolo 11 della CEDU.

Tale caso ha ad oggetto una circolare della Presidenza del Consiglio turco, con cui si inibiva a un sindacato di funzionari del catasto, dell'energia e del comparto autostrade di indire assemblee per organizzare uno sciopero di protesta, diretto al riconoscimento del diritto alla contrattazione collettiva. A tal fine, la circolare richiamava l'incertezza del diritto interno che non consentiva di ritenere legittime per i pubblici dipendenti tali iniziative e la necessità di mantenere l'ordine e di assicurare la continuità dei servizi.

La Corte, in una succinta motivazione, si è limitata a richiamare la Convenzione OIL n. 87, in cui si afferma che il diritto allo sciopero è un corollario inscindibile del diritto di associazione sindacale, le disposizioni della Carta Sociale Europea sull'effettività della contrattazione collettiva e

¹⁷⁶ Tale decisione si basa su un'interpretazione dell'articolo 11 che tiene conto delle convenzioni OIL n. 98 e 151, dell'articolo 5 e 6 della Carta sociale del 1961 e dell'articolo 28 della Carta di Nizza e la prassi recentemente affermata nei paesi europei.

ha concluso il ragionamento con un richiamo alla decisione *Demir* «per l'incidenza dinanzi alla Corte delle disposizioni sulla libertà sindacale e la protezione dei diritti sindacali».¹⁷⁷

La Corte ha richiamato la necessità che la normativa interna consenta ai sindacati di avviare iniziative di lotta sindacale per la tutela degli interessi dei loro membri.¹⁷⁸

Lo sciopero, in quanto consente ai sindacati di far sentire la propria voce, costituisce un importante mezzo sindacale ma non ha carattere assoluto: esso infatti può essere subordinato a condizioni ed essere oggetto di talune restrizioni.¹⁷⁹

La centralità dello sciopero era già stata riconosciuta nella sentenza *Wilson e NJU*, dove si era giunti ad affermarne la dignità di vero e proprio diritto, anche se non ancora ricompreso nella libertà di associazione, così come garantita dall'articolo 11 della CEDU.

Le restrizioni al diritto allo sciopero apposte dalla circolare turca riguardavano indiscriminatamente tutti i dipendenti pubblici, non avendo riguardo alle mansioni esercitate e non vi era nesso di proporzionalità rispetto ai fini allegati.

La Corte EDU ha giudicato il divieto di scioperare, imposto dal governo turco, non corrispondente ad alcun bisogno imperativo di ordine sociale presente in un paese democratico.

La Corte ha inoltre affermato che l'azione disciplinare, conseguente alla circolare, in quanto idonea a scoraggiare i lavoratori sindacalizzati e gli altri ad esercitare il loro legittimo diritto di partecipare allo sciopero o ad

¹⁷⁷ *Enerji Yapi- Sol Sen c. Turchia* del 21 aprile 2009, § 24.

¹⁷⁸ *Schmidt e Dahlström c. Svezia* del 6 febbraio 1976, §§ 34 e 36; *Unione nazionale della polizia belga c. Belgio* del 27 ottobre 1975 § 39; *Sindacato svedese dei conduttori di locomotive c. Svezia* del 6 febbraio del 1976, § 40.

¹⁷⁹ *Unison c. Regno Unito* del 10 gennaio 2002, § 37.

altre azioni in difesa dei loro interessi, costituisce una compressione dei diritti garantiti dall'articolo 11.¹⁸⁰

Il superamento del precedente orientamento della Corte, prodotto con queste due pronunce, è stato reso possibile grazie alla libertà che ha la Corte di determinare quali siano i «comuni denominatori» che si impongono nelle società europee e che pone alla base della sua opera interpretativa «costruttiva», in cui il dato giuridico è strettamente connesso a quello etico e sociale.¹⁸¹

La Corte, in tali pronunce, ha alluso alla possibilità di individuare uno *ius cogens* anche nel settore sociale,¹⁸² in particolare nella materia sindacale, conferendo alle Convenzioni OIL una rilevanza che prescinde dall'accertamento preliminare della ratifica del singolo stato.

Si tratta di un coraggioso orientamento, in piena sintonia con la Dichiarazione dell'OIL del 1998 sui *Core Labour Rights*, la quale mira a rendere di fatto obbligatorie le Convenzioni che hanno ad oggetto, tra le altre, la libertà di associazione e il riconoscimento effettivo del diritto alla contrattazione collettiva, superando così l'ostacolo derivante dalla mancata ratifica di Convenzioni da parte di alcuni paesi, come la Gran Bretagna e degli Stati Uniti.¹⁸³

¹⁸⁰ *Enerji Yapi-Sol Sen c. Turchia* del 21 aprile 2009, § 32.

¹⁸¹ BRONZINI, G. *Diritto alla contrattazione collettiva e diritto di sciopero entrano nell'alveo protettivo della Cedu: una nuova frontiera per il garantismo sociale in Europa?*, in *RIDL*, 2009, n. 4; GUARRIELLO, F. *I diritti di contrattazione collettiva in un'economia globalizzata*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.* 2012, n. 3.

¹⁸² La Corte Europea dei Diritti dell'Uomo non è vincolata al rispetto dell'articolo 53 della Carta di Nizza che, pur stabilendo l'intangibilità dei diritti, tutelati dalle convenzioni internazionali, limita tali effetti solo a quelle in cui «l'Unione, la Comunità o tutti gli Stati membri sono parti contraenti». Tenuto conto del dialogo tra la Corte EDU e la Corte di giustizia non è da escludere una rivalutazione da parte della seconda corte sovranazionale delle Convenzioni OIL in sé e per sé considerate.

¹⁸³ «Un limitato numero di ratifiche di questi strumenti non può essere d'ostacolo alla continua evoluzione della legislazione domestica della gran maggioranza degli Stati membri». *Demir e Baykara c. Turchia* del 12 Novembre 2008, § 79.

3.2.2. L'articolo 6 del TUE e il sistema multilivello di tutela dei diritti umani

L'articolo 6 del Trattato sull'Unione Europea, dopo aver riconosciuto al primo paragrafo la stessa validità giuridica dei Trattati alla Carta di Nizza, al paragrafo 2 stabilisce che:

«L'Unione aderisce alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. Tale adesione non modifica le competenze dell'Unione definite nei trattati».

La tutela dei diritti umani in ambito comunitario viene così a fondarsi su tre diverse fonti: la Carta di Nizza, i principi generali, che comprendono sia i diritti tutelati dalla CEDU che quelli risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri, ed infine la stessa Convenzione.

Tale adesione, ponendo la CEDU al centro del sistema giuridico europeo, riafferma con forza l'impegno dell'Unione nella tutela dei diritti umani, attraverso l'assicurazione di un armonioso sviluppo della giurisprudenza della Corte di Giustizia e della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo.

L'adesione alla CEDU renderà possibile per i singoli denunciare una violazione della Convenzione ad opera di un atto delle istituzioni europee. Tale adesione apre però la strada ad una serie di interrogativi.

Il primo di questi riguarda la qualificazione giuridica da dare alle norme convenzionali, potendo queste essere equiparate a quelle dei Trattati oppure riconosciute come principi generali, rilevanti autonomamente e non più soltanto attraverso le pronunce della Corte di Giustizia.¹⁸⁴

La centralità della CEDU nella materia dei diritti civili e politici si evince chiaramente nella dichiarazione congiunta dei Presidenti della due Alte

¹⁸⁴ SALVATO, L. *Il rapporto tra norme interne, diritto dell'UE e disposizioni della CEDU: il punto sulla giurisprudenza*, in *Corr. giu.* 2011, n. 3.

Corti, in cui si afferma che nel caso in cui i diritti della Carta di Nizza corrispondano a quelli della CEDU, questi debbano essere interpretati conformemente al significato loro attribuito dalla Convenzione, secondo quanto già affermato nell'articolo 52, paragrafo 3 della Carta stessa.

Il secondo quesito riguarda i rapporti tra la Corte di Giustizia, la Corte EDU e il giudice nazionale.

Le diverse giurisdizioni, per oltre cinquant'anni, sono coesistite e hanno concorso a proteggere le situazioni sostanziali con strumenti differenti, ciascuno appropriato alla natura e ai caratteri dell'ordinamento nel quale quella giurisprudenza opera. Esse si sono poste tra di loro non in rapporti di supremazia e sottordinazione ma di distinzione e complementarità.

Questo triplice ancoraggio ha permesso alla Corte di Giustizia di costruire un catalogo di principi generali immanenti all'ordinamento comunitario e di porsi come interprete delle norme della CEDU strettamente connesse con il diritto comunitario.¹⁸⁵

Fra le due Corti sovranazionali il dialogo è sempre stato sereno e fecondo, avendo la Corte di Giustizia riconosciuto che l'interpretazione ultima in materia di diritti dell'uomo spetti alla Corte di Strasburgo.

Tali equilibri potrebbero subire dei cambiamenti con l'adesione dell'Unione europea alla CEDU: i rapporti tra le Alte Corti potrebbero essere ridisegnati in base al principio di sussidiarietà, con la Corte di Giustizia che diventa una tappa necessaria prima che si pronunci la Corte di Strasburgo.

Il fitto dialogo tra le corti costituzionali nazionali, la corte di Strasburgo e quella di Lussemburgo, tutto orientato verso la costruzione di una vera e propria «comunità di corti», si traduce sempre più frequentemente in una

¹⁸⁵ Tra questi principi generali si ricordano: la supremazia dell'ordinamento europeo, le quattro libertà economiche, il divieto di discriminazione che costituiscono l'*acquis* formato attraverso l'interpretazione della Corte e che ha assunto, almeno nel suo nucleo essenziale, carattere costituzionale.

sorta di tutela multilivello dei diritti umani e tale tendenza è destinata a consolidarsi con l'adesione dell'Unione Europea alla CEDU.¹⁸⁶

La compresenza di fonti e giudici nazionali e sovranazionali è orientata verso una protezione maggiore dei diritti: il sistema multilivello non è volto certamente ad elidere segmenti di tutela aggiuntivi, eventualmente previsti negli ordinamenti interni, ma proiettato, quasi fisiologicamente, ad aumentare il raggio d'azione dei diritti.

A sostegno di tale interpretazione, l'articolo 53 della CEDU stabilisce che l'interpretazione delle disposizioni convenzionali non può implicare livelli di tutela inferiori a quelli assicurati dalle fonti nazionali.

Le tradizioni costituzionali nazionali, la Carta di Nizza e la CEDU offrono al giudice nazionale ed europeo strumenti di straordinaria forza ed efficacia che si intersecano tra di loro sempre di più, a dimostrazione del duplice processo di costituzionalizzazione del diritto internazionale e di internazionalizzazione dei diritti costituzionali.

Questi «circuiti di legalità», intrecciandosi tra di loro, richiedono che i singoli giudici nazionali debbano ricostruire la norma da applicare al caso concreto alla luce delle direttive comunitarie, delle pronunce della Corte di Giustizia e della Corte di Strasburgo, della Carta di Nizza e della CEDU.

Si tratta di «un lento e irreversibile formarsi di un humus costituzionale europeo nel quale crescono e si sviluppano relazioni e principi comuni (agli Stati e alle organizzazioni internazionali a cui partecipano)».¹⁸⁷

¹⁸⁶ V. ALAIMO, A. *Il diritto al lavoro fra Costituzione nazionale e Carte Europee dei diritti: un diritto aperto e multilivello*, in *CSDL IT* 2008, n. 60; VIARENGO, I. *I diritti fondamentali tra Corte di giustizia, Corte europea dei diritti dell'uomo e Corti costituzionali*, in Adinolfi G, & Lang A. (a cura di) *Il trattato che adotta una costituzione per l'Europa: quali limitazione all'esercizio dei poteri sovrani degli Stati?* Milano, Giuffrè, 2006; GIUBBONI, S. *Da Roma a Nizza. Libertà economiche e diritti sociali fondamentali dell'unione europea*, in *Quad. dir. lav. rel. ind.*, 2004, n. 1, 28. TIZZANO, A. *Corte e Corte di giustizia e ZAGREBELSKY, W. Corte, Convenzione europea dei diritti dell'uomo e sistema europeo di protezione dei diritti fondamentali*", entrambi in *La Corte Costituzionale compie cinquant'anni*, in www.foro.it.

¹⁸⁷ SORRENTINO, F. *Il diritto europeo nella giurisprudenza della Corte costituzionale: problemi e prospettive*, in www.cortecostituzionale.it

Più i giudici riusciranno a dare attuazione a questo complesso sistema normativo reticolare ed applicarlo, più l'Europa camminerà in avanti nella sua opera di progressiva affermazione dei diritti dell'uomo.

3.3. Considerazioni conclusive

La Corte ha dato un contributo di notevole importanza all'affermazione e allo sviluppo dei diritti della persona in un quadro regionale già caratterizzato dalla comunanza di alcuni valori basilari.

Il fatto che la CEDU si incentri prevalentemente, se non esclusivamente, sulla tutela dei diritti civili e politici, non ha impedito alla Corte EDU di occuparsi in numerose pronunce dei cosiddetti diritti sociali, in quanto «molti di questi (diritti civili e politici) hanno delle implicazioni di natura economica o sociale [...]. Nessuna barriera impermeabile separa i diritti socio-economici dall'ambito coperto dalla Convenzione».¹⁸⁸

Paradossalmente è proprio il notevole successo della Corte europea dei diritti umani a costituire la minaccia principale con cui essa dovrà confrontarsi in futuro.

Le misure previste dal protocollo n. 14 non appaiono sufficienti a fronte delle prospettive di crescita ulteriore del numero di ricorsi presentati alla Corte.

È indispensabile che gli Stati contraenti provvedano ad attuare quegli interventi di carattere strutturale, volti a prevenire violazioni di carattere sistematico, e istituiscano rimedi effettivi a livello interno, in modo da restituire al ricorso a Strasburgo l'eccezionalità che dovrebbe caratterizzarlo.

¹⁸⁸ *Airey c. Irlanda* del 9 ottobre 1979, § 26.

Questo percorso, già difficile per alcuni stati appartenenti al «nucleo storico» del Consiglio d'Europa, risulterà molto problematico per alcuni dei nuovi Stati membri.¹⁸⁹

¹⁸⁹ PEDRAZZI, M. *La Convenzione europea sui diritti umani e il suo sistema di controllo*, in Pineschi, L. (a cura di) *La tutela internazionale dei diritti umani: norme, garanzie, prassi*. Milano, Giuffrè, 2006.

4. L'Europa e il principio di non discriminazione

Prima di analizzare il percorso europeo in materia di contrasto alle discriminazioni, è necessario ricordare quali furono le motivazioni, che mossero i sei Paesi fondatori ad organizzarsi in una comunità internazionale.¹⁹⁰

Le spinte in tal senso erano state di carattere prettamente economico: le preoccupazioni sociali, infatti, erano secondarie rispetto all'obiettivo di creare un grande mercato unificato, fondato sulla concorrenza.

Gli Stati membri convenivano, unanimemente, sulla necessità di promuovere il miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro, che avrebbe consentito una parificazione nel progresso, ma sostanzialmente se ne disinteressavano, convinti che non necessitassero azioni mirate a tal fine, in quanto l'affermarsi del mercato unico europeo avrebbe portato con sé, in automatico, il progresso sociale.¹⁹¹

Solo nel caso in cui la realizzazione del mercato unico non avesse prodotto come conseguenza lo sviluppo sociale atteso, la Comunità europea avrebbe utilizzato le procedure previste dal Trattato e il riavvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative.¹⁹²

¹⁹⁰ CARINCI F. & PIZZOFRERATO A. *Diritto del lavoro dell'Unione europea*. Torino, UTET, 2010; SCHIAVETTI, F. *I diritti sociali dei lavoratori in Europa*. Roma, Pioda, 2013; ROCCELLA, M. & TREU, T. *Diritto del lavoro nell'Unione Europea*. Padova, Cedam, 2012; GALANTINO, L. *Diritto comunitario del lavoro*. Torino, Giappichelli, 2012; FOGLIA, R. & COSIO, R. *Il diritto del lavoro nell'Unione europea*. Milano, Giuffrè, 2011. ROCCELLA, M. & IZZI, D. *Lavoro e diritto nell'Unione europea*. Assago, Cedam, 2010; SCIARRA, S., ALAIMO, A., VALLAURI M.L. & MILITELLO, M. *Diritto del lavoro e diritto sociale europeo: temi scelti*, in Sciarra S. & Caruso B. (a cura di) *Il lavoro subordinato, Trattato di diritto privato dell'Unione europea*. Torino, Giappichelli, 2009; BORELLI, S., GUAZZAROTTI, A. & LORENZON, S. *I diritti dei lavoratori nelle carte europee dei diritti fondamentali*. Napoli, Jovene, 2012; CASALE, G. *Diritto del lavoro e relazioni industriali nell'Europa che cresce*. Roma, Ediesse, 2007; ROCCELLA, M., AIMO, M. & IZZI, D. *Diritto comunitario del lavoro: casi e materiali*. Torino, Giappichelli, 2006.

¹⁹¹ Articolo 117 del Trattato di Roma.

¹⁹² Il riavvicinamento, previsto dall'articolo 100 del TCE, riguarda le sole disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative degli Stati membri, che hanno un'incidenza diretta sull'instaurazione o sul funzionamento del mercato comune.

L'unico punto di incidenza normativa diretta in materia sociale, contenuto nel Trattato di Roma, riguardava la parità retributiva fra lavoratori e lavoratrici. Tale previsione, però, non deve trarre in inganno sul reale stato di avanzamento della politica sociale, perseguita all'epoca del Trattato di Roma: l'articolo 119 era figlio della stessa aspirazione di fondo del Trattato, in quanto mirava a parificare le condizioni di concorrenza in settori produttivi ad alta occupazione femminile.¹⁹³

Ben presto gli Stati parte si resero conto della fallacia degli automatismi del mercato e delle difficoltà di concepire interventi efficaci in campo sociale.

In conseguenza di ciò, si pensò di affidare alla Commissione il compito di promuovere una stretta collaborazione fra tutti gli Stati membri nel campo sociale, con riferimento specifico ad una serie di materie, tra cui il diritto sindacale e la contrattazione collettiva.¹⁹⁴

Con il primo Programma sociale del 1974, l'interdipendenza fra l'azione economica e quella sociale, che, fin dalla nascita della Comunità europea, era stata elaborata in termini di prevalenza della prima sulla seconda, fu in parte riformulata: l'espansione economica non era più considerata un fine in sé ma doveva tradursi, necessariamente, in un miglioramento della qualità e del livello di vita.¹⁹⁵

I contenuti del Programma sociale interessarono l'intero spettro delle politiche sociali e furono attuati tramite direttive.¹⁹⁶

¹⁹³ Il riconoscimento del principio di parità retributiva tra uomo e donna, prevista solo in alcuni degli Stati membri, produceva l'effetto di alterare la concorrenza, traducendosi in un diverso e più alto costo del lavoro per gli Stati che avevano introdotto tale principio.

¹⁹⁴ Tale competenza era prevista dall'articolo 118 del Trattato di Roma, che affidava alla Commissione il compito di promuovere una stretta collaborazione tra gli Stati membri in campo sociale, con riferimento specifico ad una serie di materie: occupazione, diritto del lavoro e condizioni di lavoro, formazione e perfezionamento professionale, sicurezza professionale, protezione contro gli infortuni e le malattie professionali, igiene del lavoro, diritto sindacale e contrattazione collettiva.

¹⁹⁵ ROCCELLA, M. TREU, T. *Diritto del lavoro nell'Unione Europea*. Padova, Cedam, 2012.

¹⁹⁶ È infatti di quegli anni l'adozione di una serie di direttive che tuttora costituiscono una parte importante del diritto del lavoro dell'Unione: sulla parità fra uomo e donna in materia di retribuzione (75/117/CEE), condizioni di lavoro (76/207/CEE) e poi di trattamenti

La difficile crisi petrolifera del 1973, con l'introduzione di forme di *deregulation* e di flessibilità nei sistemi europei e nazionali, determinò una battuta d'arresto delle politiche sociali, poiché ritenute potenzialmente aggravanti dei mali europei.

L'opera di armonizzazione fu resa ancora più difficile dall'adesione alla Comunità di Grecia (1980), Spagna e Portogallo (1986), le cui condizioni retributive e di lavoro erano sensibilmente inferiori a quelle degli altri Stati membri.

I deboli orientamenti sociali dell'Atto Unico¹⁹⁷ furono rafforzati nel 1989, con la Carta comunitaria dei diritti sociali fondamentali, adottata dal Consiglio Europeo di Strasburgo.

L'azione normativa della Comunità appariva, però, alquanto fragile sia per la mancanza di basi giuridiche specifiche, su cui fondare le proprie azioni, sia perché non accompagnata da azioni coerenti di politica economica, capaci di avvicinare le condizioni strutturali delle varie aree della Comunità.

Scarso appariva, inoltre, l'impegno a sviluppare, con adeguati atti normativi, quei diritti sociali fondamentali espressi nella Carta del 1989.

Con il Trattato di Amsterdam del 1999, si introdusse una solida base normativa su cui fondare l'azione di contrasto alle discriminazioni: si conferì al Consiglio il potere di adottare provvedimenti opportuni per «combattere le discriminazioni fondate sul sesso, la razza e l'origine

previdenziali (79/7/CEE); sulla protezione dei lavoratori in caso di licenziamenti collettivi (75/129/CEE), di trasferimenti di impresa (77/187/CEE) e di insolvenza del datore di lavoro (80/987/CEE); sulla tutela della salute in riferimento a rischi specifici (78/610/CEE).

¹⁹⁷ L'Atto Unico non ha contenuti direttamente sociali, ma presenta alcune innovazioni rilevanti in materia: l'articolo 118A che ribadisce l'obiettivo dell'armonizzazione nel progresso delle condizioni di sicurezza e di salute dei lavoratori, ampliandone la portata in riferimento all'ambiente di lavoro, attraverso il ricorso a direttive adottabili a maggioranza qualificata; 118 B che impegna la Commissione a sviluppare il dialogo fra le parti sociali a livello europeo, il quale potrà evolversi nell'instaurazione di relazioni convenzionali.

etnica, la religione e le convinzioni personali, gli handicap, l'età o le tendenze sessuali».¹⁹⁸

Tra gli scopi dell'Unione, si affermò, inoltre, la tutela dei «principi di libertà, democrazia, rispetto dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e dello stato di diritto, principi che sono comuni agli Stati membri».¹⁹⁹

Nel 2000, sulla base dell'articolo 13 TCE, fu presentato un pacchetto di norme antidiscriminatorie, composto da due direttive (2000/43/CE e 2000/78/CE) e un programma d'azione (2000/750/CE).

La direttiva 2000/78/CE è dedicata alle discriminazioni, in materia di occupazione e condizioni di lavoro, fondate sulla religione e le convinzioni personali, l'handicap, l'età e l'orientamento sessuale.

Il quadro antidiscriminatorio fu rafforzato ulteriormente nel 2000, ad opera della Carta di Nizza, che estese il divieto di disparità di trattamento in riferimento ad ulteriori motivi: le opinioni politiche, le caratteristiche genetiche, il patrimonio e la nascita, oltre che l'appartenenza ad una minoranza nazionale.²⁰⁰

Il Trattato di Lisbona, entrato in vigore nel 2009, contribuì a dare all'Europa un volto più sociale, sancendo l'adesione dell'Unione europea alla CEDU e riconoscendo alla Carta di Nizza la stessa efficacia giuridica dei Trattati.

Di seguito si analizzeranno, in maniera più approfondita, le novità in materia di lotta alle discriminazioni, introdotte dai Trattati europei e dalle Carte sociali principali.

¹⁹⁸ Articolo 13 del Trattato di Nizza.

¹⁹⁹ Articolo 6 del Trattato sull'Unione Europea.

²⁰⁰ Articolo 21 della Carta di Nizza.

4.1. La Carta sociale del 1961

Dopo solo sei anni dalla fine della Seconda Guerra Mondiale, la Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo segnò l'inizio di un lungo e complesso percorso di stabilizzazione della pace in Europa.

Agli inizi degli anni Sessanta, l'Europa occidentale stava attraversando un periodo di travolgente sviluppo economico²⁰¹ nel quale, tuttavia, la "forbice" fra diritti civili e diritti sociali era ben chiara agli osservatori più attenti.

Si avvertiva l'esigenza di uno strumento che affermasse, a livello internazionale, il riconoscimento dei diritti economici e sociali, così come aveva fatto, nel decennio precedente, la Convenzione europea dei Diritti dell'Uomo, limitatamente ai diritti civili e politici: fu così firmata a Torino, il 18 ottobre 1961, la Carta sociale.²⁰²

Nel Preambolo della versione del 1961 si legge:

«Il godimento dei diritti sociali deve essere assicurato senza alcuna discriminazione fondata sulla razza, il colore, il sesso, la religione, l'opinione pubblica, l'ascendenza nazionale o l'origine sociale».

Si afferma così che ogni individuo è titolare di diritti sociali in quanto uomo, senza che possano essere considerate rilevanti differenze etniche, di genere, religiose o relative a convinzioni personali, all'ascendenza nazionale o all'origine sociale.

È nei confronti di tutti gli individui, quindi, che devono dirigersi gli sforzi per migliorare il livello di vita e per promuovere il benessere, obiettivi cui mira la Carta sociale.

²⁰¹ Lo sviluppo economico interessò in particolare la Germania e l'Italia, uscite sconfitte e semidistrutte dal secondo conflitto mondiale.

²⁰² La Carta è stata emendata nel 1996.

Tale disposizione, nell'emendata Carta del 1996, è collocata nella parte V, articolo E, rubricato «Non discriminazione», ed è stata in parte riscritta:

«Il godimento dei diritti riconosciuti nella presente Carta deve essere garantito senza qualsiasi distinzione basata in particolare sulla razza, il colore della pelle, il sesso, la lingua, la religione, le opinioni politiche o ogni altra opinione, l'ascendenza nazionale o l'origine sociale, la salute, l'appartenenza ad una minoranza nazionale, la nascita e ogni altra situazione».

La Carta precisa che non sussiste discriminazione, nel caso in cui la differenza di trattamento sia fondata su un motivo obiettivo e ragionevole.

Al pari di quanto previsto dalla CEDU, non si afferma un divieto di discriminazione di carattere assoluto: tale divieto è previsto soltanto in riferimento al godimento dei diritti riconosciuti dalla Carta, i quali devono, quindi, essere garantiti senza operare distinzioni di sorta.

L'elenco è da intendersi puramente esplicativo, come suggerisce l'espressione "in particolare", utilizzata per introdurre l'elenco dei motivi di discriminazione.

Non vi sono dubbi che la nuova formulazione, sostituendo il termine opinioni pubbliche con "le opinioni politiche e ogni altra opinione", abbia natura omnicomprensiva e, quindi, potenzialmente idonea a ricomprendere anche le opinioni sindacali.

La Carta sociale si occupa dei diritti sindacali all'articolo 5 della Parte II, il quale riconosce il diritto, di cui sono titolari lavoratori e datori di lavoro, di costituire sindacati per la difesa dei propri interessi economici e di aderirvi.

Le Parti si impegnano a garantire l'esercizio effettivo di tale diritto, che diventa un obiettivo politico da perseguire con tutti i mezzi possibili, sia in campo nazionale che internazionale.²⁰³

In conseguenza di ciò, gli Stati contraenti «s'impegnano affinché la legislazione nazionale non pregiudichi questa libertà né sia applicata in modo da pregiudicarla».²⁰⁴

Sulla base di quanto affermato, le misure nazionali, volte a rendere effettivo l'esercizio dei diritti sindacali, dovrebbero prevedere misure finalizzate a contrastare i comportamenti discriminatori basati su ragioni sindacali.²⁰⁵

L'importanza delle disposizioni richiamate è in parte ridimensionata dalla natura programmatica della Carta sociale: la Carta definisce gli obiettivi che devono essere perseguiti dagli Stati membri, sia in campo nazionale che internazionale.

Gli Stati membri non sono obbligati al rispetto della Carta nella sua totalità ma hanno la facoltà di selezionare, attraverso una dichiarazione notificata al Segretario Generale, le disposizioni, a cui scelgono di vincolarsi.²⁰⁶

La Carta sociale ha, indiscutibilmente, valore di *moral suasion*, capace di orientare, al pari di tutti gli altri strumenti internazionali in materia, le politiche dell'Unione Europea nei settori di sua competenza e la conseguente attività degli Stati membri.

²⁰³ Tale impegno è contenuto nel primo paragrafo della parte I della Carta sociale ed è affermato in relazione a tutti i diritti che sono contenuti in tale parte.

²⁰⁴ Articolo 5, Parte II, della Carta sociale europea.

²⁰⁵ Ricordiamo che la garanzia della libertà sindacale è attuata anche attraverso la predisposizione di un'adeguata tutela nei confronti dei soggetti discriminati per ragioni sindacali, in quanto tale protezione garantisce l'effettivo esercizio dei diritti sindacali da parte dei lavoratori nel luogo di lavoro.

²⁰⁶ La Parte III, a tal fine, all'articolo A, paragrafo 1, lettera b, impone ai singoli Stati membri l'obbligo di considerarsi vincolati da almeno sei dei nove articoli seguenti della parte II della Carta: articoli 1, 5, 6, 7, 12, 13, 16, 19 e 20. Tra i diritti sociali, affermati nella Carta, i diritti sindacali assumono un'importanza rilevante.

La tutela dei diritti economici e sociali è rafforzata, infine, dalla previsione di rapporti periodici che gli Stati membri devono sottoporre al Comitato europeo per i diritti sociali, istituito dalla Carta stessa.

Nel caso di violazioni del contenuto della Carta, accertata da una relazione del Comitato europeo per i diritti sociali, il Comitato dei Ministri, organo esecutivo del Consiglio d'Europa, provvede ad inviare una raccomandazione allo Stato inadempiente.²⁰⁷

Le raccomandazioni non sono vincolanti sotto il profilo strettamente giuridico ma hanno un considerevole peso morale e politico.

4.2. La Carta dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori

All'indomani dell'approvazione dell'Atto unico, si assistette al riattivarsi dei propositi comunitari in materia sociale.

In un contesto assai favorevole al tema dei diritti sociali, fu elaborata la Carta comunitaria dei diritti sociali fondamentali, approvata, nel 1989, dal Consiglio Europeo di Strasburgo.

Alla Carta fu affidato il compito di rafforzare i deboli orientamenti sociali dell'Atto Unico, permettendo di dare, all'Europa di quegli anni, una dimensione sociale all'altezza delle sue ambizioni economiche.

Lo scopo della Carta era garantire la protezione di alcuni diritti e condizioni ritenuti essenziali: la Carta, strumento direttivo solenne e vincolante, avrebbe dovuto costituire uno «zoccolo sociale» di diritti per tutti i lavoratori.²⁰⁸

L'affermazione di tali diritti avrebbe impedito che si sviluppassero fenomeni di concorrenza al ribasso delle condizioni di lavoro, spinti dagli

²⁰⁷ Articolo 9 del Protocollo Addizionale alla Carta sociale, annesso alla Carta nel 1995.

²⁰⁸ ROCCELLA, M. TREU, T. *Diritto del lavoro nell'Unione Europea*. Padova, Cedam, 2012.

imperativi della competitività internazionale e dalle tensioni fra Paesi economicamente forti e deboli della Comunità.

Il progetto della Carta incontrò, però, l'opposizione di alcuni Stati membri e ambienti imprenditoriali, convinti che, in una Comunità a cambi fissi e con differenti livelli di produttività e di efficienza, un avvicinamento troppo netto delle condizioni di lavoro poteva essere economicamente controproducente proprio per le aree europee più deboli.

Nel tentativo di giungere ad un accordo tra le diverse posizioni all'interno del Consiglio europeo, i contenuti della Carta andarono via via riducendosi, fino ad identificarsi con il "minimo comun denominatore" dei diritti già riconosciuti nei vari sistemi nazionali.

Il ridimensionamento delle ambizioni degli estensori fu completato con la rinuncia ad attribuire alla Carta qualsiasi valore normativo.

La Carta dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori, infatti, fu varata come solenne dichiarazione di principi, priva di efficacia vincolante ma rilevante in sede interpretativa e come strumento di promozione degli obiettivi vincolanti.²⁰⁹

La Carta fu adottata da tutti gli Stati membri, ad eccezione del Regno Unito.

Il preambolo della Carta afferma che:

«Per assicurare la parità di trattamento, è necessario combattere ogni forma di discriminazione, in particolare quelle basate sul sesso, sul colore, sulla razza, sulle opinioni e sulle credenze e che, in uno spirito di solidarietà, si deve combattere l'emarginazione sociale».

È chiara l'intenzione di combattere il fenomeno discriminatorio, allo scopo di promuovere un miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro, che consenta la parificazione delle stesse nel progresso.

²⁰⁹ LA MACCHIA, C. *La Carta Comunitaria dei diritti sociali*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 1990 p. 769 ss..

Le discriminazioni, in tal caso, rilevano in sé, diversamente da quanto stabilito nella Carta sociale o nella CEDU, dove il divieto era affermato in relazione al godimento dei diritti che i due atti tutelavano.²¹⁰

La Carta, inoltre, riconosce espressamente la libertà sindacale e la contrattazione collettiva come diritti sociali fondamentali del lavoratore. È interessante osservare che l'articolo 11, dopo aver affermato il diritto dei datori di lavoro e dei lavoratori di costituire organizzazioni sindacali, statuisce che:

«Ogni datore di lavoro ed ogni lavoratore ha la facoltà di aderire o di non aderire a queste organizzazioni senza che ne possa derivare a suo carico un danno personale o professionale».

Dalla lettera della disposizione si ricava, inequivocabilmente, l'esistenza del diritto a non subire alcun pregiudizio in conseguenza della scelta sindacale compiuta, a non essere discriminato sulla base della propria affiliazione sindacale.

4.3. Il Trattato di Amsterdam

Negli anni Novanta, soprattutto in seguito all'adozione del Trattato di Maastricht, si avvertì l'esigenza di un maggior riconoscimento dei diritti sociali nell'Unione Europea, anche attraverso la promozione di misure volte a contrastare le discriminazioni.

Il Parlamento Europeo giocò un ruolo decisivo nella promozione della lotta alle discriminazioni, sollecitando le altre istituzioni politiche a prendere le dovute iniziative.²¹¹

²¹⁰ ELLIS, E. WATSON, P. *EU Antidiscrimination Law*. Oxford, Oxford European Law Library, 2012.

²¹¹ Già negli anni Ottanta, il Parlamento Europeo aveva adottato una serie di atti non vincolanti, diretti a denunciare determinati fenomeni di discriminazione e a invocare corrispondenti azioni

Nella società civile, in quegli anni, prese forma un vero e proprio movimento di lobbying, sostenuto da associazioni impegnate nella lotta alle discriminazioni, diretto a favorire l'inserimento nel Trattato di clausole che vietassero le discriminazioni per motivi di razza, disabilità, orientamento sessuale ed età.²¹²

In tale contesto, sicuramente assai favorevole ad una revisione del Trattato in chiave antidiscriminatoria, si svolse la Conferenza intergovernativa del 1996.

Tutti gli Stati membri, infatti, ad eccezione del Regno Unito, erano favorevoli all'introduzione del divieto generale di discriminazione.²¹³

La Comunità aveva promosso già in passato alcune azioni dirette a contrastare le discriminazioni, soprattutto quelle basate sulla razza e la disabilità, ma la mancanza di competenza impediva l'adozione di disposizioni di più ampio respiro: era necessaria quindi l'introduzione di una norma ad hoc nel Trattato.

Ciò avvenne ad opera del Trattato di Amsterdam, il quale modificò il Trattato che istituisce la Comunità europea, attraverso l'introduzione dell'articolo 13, chiaramente ispirato all'articolo 14 della CEDU, in base al quale:

«Fatte salve le altre disposizioni del Trattato e nell'ambito delle competenze ad esso conferite alla Comunità, il Consiglio, deliberando all'unanimità su proposta della Commissione e previa consultazione del Parlamento Europeo, può prendere i

di contrasto. In tale direzione è anche la risoluzione 17 maggio 1995, con cui il Parlamento chiede che venga inserito nel Trattato un riferimento espresso al principio di uguaglianza e all'obbligo dell'Unione di intervenire per contrastare l'esclusione sociale, l'ingiustizia e la discriminazione (*GUCE C 151* del 19 giugno 1995).

²¹² Si ricorda, in particolare, l'attività dello *Starting Line Group*, alla cui campagna di emendamento del Trattato hanno partecipato oltre 250 associazioni non governative di tutti i 15 Stati membri.

²¹³ Tale opposizione non deve affatto stupire, vista la tradizionale ritrosia di questo Paese all'introduzione di qualsiasi disposizione che attribuisse competenze in materia sociale all'Unione Europea. In riferimento al rifiuto di introdurre una norma antidiscriminatoria nei Trattati, si veda il libro bianco del governo britannico GREAT BRITAIN: FOREIGN AND COMMONWEALTH OFFICE. *A Partnership of Nations*. Oxford, Stationery Office Books, 1996.

provvedimenti opportuni per combattere le discriminazioni fondate sul sesso, la razza o l'origine etnica, la religione o le convinzioni personali, gli handicap, l'età o le tendenze sessuali».

L'azione comunitaria, diretta a contrastare le discriminazioni, è stata così ampliata a settori fino ad allora estranei al diritto comunitario, quali il sesso (considerato al di là del lavoro e dell'occupazione) la razza o l'origine etnica, la religione o le convinzioni personali, gli handicap, l'età o le tendenze sessuali.

Si tratta di una norma «a forte vocazione sociale»,²¹⁴ in quanto permette alla Comunità di predisporre una tutela adeguata nei confronti di tutti i soggetti, presenti sul territorio europeo e discriminati per i motivi elencati nell'articolo 13, a prescindere dall'esercizio di un'attività economica connessa al mercato interno.

Prima dell'entrata in vigore del Trattato di Amsterdam, nell'ordinamento europeo non vi erano, infatti, norme che consentissero l'adozione di atti in materia di contrasto alle discriminazioni, le quali non fossero collegate all'esercizio delle libertà economiche, disciplinate dai Trattati.²¹⁵

L'articolo 13 è quindi una norma sostanziale, idonea ad orientare l'azione della Comunità nel settore della lotta alle discriminazioni, in riferimento ai motivi indicati.

Tale disposizione non contiene però un divieto di discriminare, direttamente applicabile orizzontalmente o verticalmente. Si può sostenere, al massimo, che contenga un divieto implicito, nei confronti del legislatore comunitario, di adottare atti discriminatori.

²¹⁴ FAVILLI, C. *La non discriminazione nell'Unione Europea*. Bologna, Il Mulino, 2008; SIMONE, P. *Il principio di non discriminazione nella giurisprudenza della Corte di Giustizia: i criteri applicativi*, in Castangia, I. & Bianconi, G. (a cura di) *Il principio di non discriminazione nel Diritto dell'Unione Europea*. Napoli, Editoriale Scientifica, 2011.

²¹⁵ L'unica base giuridica possibile era l'articolo 308 TCE, che non era idonea allo scopo, in quanto permette di adottare soltanto gli atti necessari «per raggiungere, nel funzionamento del mercato comune, uno degli scopi della Comunità».

È importante sottolineare, infatti, che l'articolo 13 conferisce al Consiglio il potere di agire per combattere le discriminazioni per i motivi elencati, senza però prevedere obblighi diretti per gli Stati o diritti per i privati.²¹⁶

Non fornisce, quindi, direttamente tutela ai soggetti dell'ordinamento comunitario, come invece avevano auspicato le *lobbies* e le istituzioni comunitarie.

In quanto norma attributiva di un potere, l'elenco dei motivi indicati nell'articolo è da intendersi come tassativo.

È stato osservato, infatti, come l'articolo 13 parli «il linguaggio dei poteri piuttosto che il linguaggio dei diritti».²¹⁷

L'articolo 13 differisce, quindi, profondamente da tutte le convenzioni internazionali, dalle precedenti disposizioni dei Trattati comunitari²¹⁸ e dalle costituzioni nazionali che, riconoscendo un generale principio di non discriminazione, contengono un elenco meramente esemplificativo dei motivi protetti.

Il legislatore comunitario non si è curato di dare una definizione dei singoli motivi, che sono alla base delle discriminazioni che l'Unione Europea si impegna a contrastare. Una puntualizzazione del loro significato sarebbe stata assai utile, considerando la tassatività dell'elenco dell'articolo 13.²¹⁹

²¹⁶ LENGAUER, A. *The new general principle of Non-Discrimination in EC Treaty as Amended by the Treaty of Amsterdam*, in *Aus. J. Int. & Eur. L.* 1999 n. 3; WADDINGTON, L. *Testing the limits of the EC Treaty of Non-Discrimination*, in *ILJ*, 1999 n. 2; BELL, M. *The new article 13 EC: the sound basis of european anti-discrimination law?*, in *MJECCL*, 1999 n. 1; FLYNN, L. *The implication of article 13 EC- After Amsterdam, will some forms of discrimination be more equal than others?*, in *CML Rev.* 1999, n. 6; CHITI, G. *Il principio di non discriminazione e il Trattato di Amsterdam*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.* 2000 n. 3-4.

²¹⁷ BARBERA, M. *Not the same? The judicial role in the new community anti-discrimination law context*, in *ILJ*, 2002, n. 2.

²¹⁸ Le disposizioni nel TCE, che contengono un divieto di discriminare, sono l'articolo 12, in riferimento alle discriminazioni in base alla nazionalità, e articolo 141 che si occupa di discriminazioni di genere.

²¹⁹ Rispetto al motivo delle «convinzioni personali», ad esempio, l'assenza di una definizione genera non poche incertezze: se si ammettesse, ad esempio, che le convinzioni personali ricomprendano le opinioni sindacali, la lotta alle discriminazioni in ambito europeo potrebbe interessare anche quelle perpetrate per ragioni sindacali. Bisogna però tenere in conto la mancanza di competenza in materia sindacale (153 TFUE).

Tale disposizione, inoltre, non attribuisce una nuova competenza alla Comunità, in quanto i poteri, riconosciuti al Consiglio, devono essere esercitati «nell'ambito delle competenze da esso conferite alla Comunità» e «fatte salve le altre disposizioni del Trattato».

Quest'ultimo inciso deve essere interpretato nel senso che l'articolo 13 può costituire una base giuridica idonea per l'adozione di un atto derivato, in materia di contrasto alle discriminazioni, soltanto in assenza di una norma specifica.²²⁰

La procedura, prevista per l'adozione di provvedimenti in materia antidiscriminatoria, è stata oggetto di forti critiche: le decisioni del Consiglio devono essere adottate all'unanimità e al Parlamento europeo è attribuito un ruolo meramente consultivo.

Ciò comporta che uno Stato membro, attraverso l'espressione di voto contrario, potrebbe ostacolare l'adozione di un atto, impedendo che si raggiunga l'unanimità, facendo così prevalere il proprio interesse nazionale su quello della Comunità.

La necessità di un voto unanime, accompagnata dall'inidoneità della norma a produrre effetti diretti, ha consentito di rimandare ad un momento successivo la ricerca del consenso relativamente ad atti specifici in materia antidiscriminatoria.²²¹

Il Trattato di Nizza del 2000 ha modificato l'articolo 13 TCE, aggiungendo un secondo paragrafo in base al quale:

«Il Consiglio delibera secondo la procedura di cui all'articolo 251 quando adotta misure di incentivazione comunitarie, ad esclusione di qualsiasi armonizzazione delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri, destinate ad appoggiare le

²²⁰ Ciò significa che il legislatore comunitario dovrà prima verificare se non sia possibile utilizzare come base giuridica l'articolo 12, l'articolo 39 o l'articolo 141 del Trattato della Comunità Europea.

²²¹ Questo spiega quanto sia importante che, laddove sussistano, si utilizzino altre basi giuridiche specifiche, contenute nei Trattati, che non prevedano una procedura con voto all'unanimità.

azioni degli Stati membri volte a contribuire alla realizzazione degli obiettivi di cui al paragrafo 1».

Questa disposizione permette di adottare misure di incentivazione in base alla procedura di codecisione, la quale assicura al Parlamento europeo una maggiore partecipazione e prevede che il Consiglio deliberi a maggioranza qualificata, eliminando così l'ostacolo rappresentato dal requisito dell'unanimità.

Tra gli atti che è possibile adottare, ai sensi del paragrafo 2, vi sono i programmi d'azione, annuali o pluriennali, attraverso i quali la Comunità finanzia varie attività sulla base delle priorità e linee guida precedentemente determinate.

L'unica condizione, espressa nel paragrafo 2, è che non si tratti di misure di armonizzazione.

L'articolo 13, in seguito al consolidamento conseguente all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, è stato spostato dal Trattato sull'Unione Europea nel Trattato per il funzionamento dell'Unione europea, subendo una modifica nel suo contenuto, oltre che nella numerazione.

L'articolo 19 del TFUE (ex articolo 13 TUE) così dispone:

«Fatte salve le altre disposizioni dei trattati e nell'ambito delle competenze da essi conferite all'Unione, il Consiglio, deliberando all'unanimità secondo una procedura legislativa speciale e previa approvazione del Parlamento europeo, può prendere i provvedimenti opportuni per combattere le discriminazioni fondate sul sesso, la razza o l'origine etnica, la religione o le convinzioni personali, la disabilità, l'età o l'orientamento sessuale.

In deroga al paragrafo 1, il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando secondo la procedura legislativa ordinaria, possono adottare i principi di base delle misure di incentivazione dell'Unione, ad esclusione di qualsiasi armonizzazione delle disposizioni

legislative e regolamentari degli Stati membri, destinate ad appoggiare le azioni degli Stati membri volte a contribuire alla realizzazione degli obiettivi di cui al paragrafo 1».

L'unica differenza di rilievo della nuova formulazione riguarda la procedura per l'adozione dei provvedimenti per combattere le discriminazioni, delineata nel paragrafo 1: nella versione attuale, è prevista una procedura legislativa speciale, in cui è richiesta l'approvazione preventiva del Parlamento, rispetto alla mera consultazione, prevista nel Trattato di Amsterdam.²²²

4.4. La Carta di Nizza

Il decennio successivo all'adozione del Trattato di Amsterdam fu interessato da reiterati interventi dell'Unione Europea, sia sul piano economico-sociale che istituzionale.

La ridefinizione delle politiche economiche e sociali era stata sollecitata dal processo di allargamento a numerosi paesi dell'Est europeo:²²³ la marcata diversità di questi Paesi, nelle condizioni economiche e nelle strutture produttive e sociali, come nelle condizioni di lavoro e di welfare, rispetto ai Paesi della vecchia Unione a quindici, costituiva una sfida difficile per la nuova Unione allargata.

Le acquisizioni raggiunte dall'Europa sociale, negli anni precedenti, entrarono in crisi per la pressione competitiva esercitata da economie con costi e condizioni di lavoro più bassi.

²²² Nella rivoluzione terminologica, compiuta dal Trattato di Lisbona, la procedura legislativa speciale riassume le ipotesi in cui era prevista la consultazione o il parere conforme del Parlamento. Il termine "parere conforme" è stato sostituito da "approvazione".

²²³ Il 1 maggio 2004, ben 10 Stati entrarono a far parte dell'Unione europea: Repubblica Ceca, Estonia, Cipro, Lettonia, Lituania, Ungheria, Malta, Polonia, Slovenia e Slovacchia. Il 1 gennaio 2007 fu la volta di Bulgaria e Romania; il 1 luglio del 2013 della Croazia.

Si avvertì, quindi, l'esigenza di ricercare strumenti nuovi per consolidare l'*acquis* comune e gestire la transizione non solo economica ma anche sociale degli Stati entranti.²²⁴

Una risposta ambiziosa alle sfide della competizione globale venne data dal Consiglio europeo del 23-24 marzo 2000, in cui si individuò un'agenda economica e sociale, destinata a governare, fino al 2010, le politiche complessive dell'Unione.

Si rilevò, in tale sede, una rinnovata attenzione al tema dei diritti fondamentali, che portò all'elaborazione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

La Carta si propone di rafforzare la tutela dei diritti fondamentali, alla luce dell'evoluzione della società, del progresso sociale e degli sviluppi scientifici e tecnologici.²²⁵

Al tal fine, nel Preambolo, si dichiara che:

«La presente Carta riafferma, nel rispetto delle competenze e dei compiti della Comunità e dell'Unione e del principio di sussidiarietà, i diritti derivanti in particolare dalle tradizioni costituzionali e agli obblighi internazionali comuni agli Stati membri, dal trattato sull'Unione europea e gli altri trattati comunitari, dalla convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, dalle carte sociali adottate dalla Comunità e dal consiglio d'Europa, nonché i diritti riconosciuti dalla Giurisprudenza della Corte di Giustizia delle Comunità Europee e da quella della Corte europea dei diritti dell'uomo».

La scelta dei diritti e delle libertà da inserire nella Carta risulta molto più ambiziosa rispetto a quella compiuta della Carta sociale del 1989: oltre ai tradizionali diritti sociali a fruizione individuale (sicurezza sociale, assistenza sociale, formazione professionale etc.), trovano riconoscimento

²²⁴ ROCCELLA, M. & TREU, T. *Diritto del lavoro nell'Unione Europea*. Padova, Cedam, 2012.

²²⁵ GARABELLO, R. *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, in Pineschi, L. (a cura di) *La tutela internazionale dei diritti umani: norme, garanzie, prassi*. Milano, Giuffrè, 2006.

anche i diritti collettivi, come il diritto di associazione e riunione (articolo 12), il diritto alla contrattazione collettiva e all'azione collettiva, compreso lo sciopero (articolo 28), i diritti di informazione e consultazione (articolo 27) e i diritti di contrasto dell'esclusione (articoli 20-26).

A questi ultimi è dedicato il capo III della Carta, intitolato «Uguaglianza».

All'interno del Capo, l'articolo 21, paragrafo 1, statuisce che:

«È vietata qualsiasi forma di discriminazione fondata, in particolare, sul sesso, la razza, il colore della pelle o l'origine etnica o sociale, le caratteristiche genetiche, la lingua, la religione o le convinzioni personali, le opinioni politiche o di qualsiasi altra natura, l'appartenenza ad una minoranza nazionale, il patrimonio, la nascita, gli handicap, l'età o le tendenze sessuali».

Si nota subito che l'elenco, contenuto nella disposizione, è molto più esteso rispetto a quello dell'articolo 13 del Trattato di Amsterdam.

L'elenco dei motivi è da intendersi puramente esplicativo, suscettibile quindi di interpretazione estensiva.

La Carta di Nizza, infatti, diversamente da quanto avvenuto con il Trattato di Amsterdam, non conferisce all'Unione nuovi poteri ma afferma il divieto di discriminare, ad opera delle istituzioni e degli organi dell'Unione europea nell'esercizio delle competenze, conferite ai sensi dei Trattati, e a opera degli Stati membri soltanto nei casi in cui agiscono in attuazione del diritto dell'Unione.²²⁶

L'articolo 21 stabilisce, rispetto a tali motivi, un divieto di discriminare di carattere generale,²²⁷ senza prevedere un diritto direttamente azionabile dal singolo nei suoi rapporti privati.

²²⁶ Così è stabilito, in riferimento all'articolo 21, nelle "Spiegazioni relative alla Carta dei diritti fondamentali", in *G.U.U.E. C 303* del 14 dicembre 2007.

²²⁷ Il divieto di discriminazione non è affermato in riferimento all'esercizio dei diritti e delle libertà affermati nella Carta, come previsto dall'articolo 14 della CEDU. SIMONE, P. *Il principio di non discriminazione nella giurisprudenza della Corte di Giustizia: i criteri applicativi*, in Castangia,

Oltre al riconoscimento del divieto discriminazione, ai fini del presente elaborato, di notevole importanza appare il riconoscimento, ad opera della Carta di Nizza, dei diritti sociali collettivi.

L'articolo 12, paragrafo 1, rubricato «Libertà di riunione e di associazione», dispone che:

«Ogni individuo ha diritto alla libertà di riunione pacifica e alla libertà di associazione a tutti i livelli, segnatamente in campo politico, sindacale e civico, il che implica il diritto di ogni individuo di fondare sindacati insieme con altri e di aderirvi per la difesa dei propri interessi».

L'articolo 28, invece, si occupa del diritto alla negoziazione e alle azioni collettive, prevedendo che:

«I lavoratori e i datori di lavoro, o le rispettive organizzazioni, hanno, conformemente al diritto comunitario e alle legislazioni e prassi nazionali, il diritto di negoziare e di concludere contratti collettivi, ai livelli appropriati, e di ricorrere, in caso di conflitti di interessi, ad azioni collettive per la difesa dei loro interessi, compreso lo sciopero».

Tali previsioni potrebbero costituire le premesse per l'affermazione del divieto discriminazione sindacale in ambito europeo.

Il soggetto, discriminato per ragioni sindacali, subisce un pregiudizio in quanto membro di un'organizzazione sindacale o per aver partecipato alle sue attività. Ciò si traduce in una limitazione all'esercizio della sua libertà sindacale, formalmente riconosciuta nella Carta, limitazione che non può che ritenersi illegittima, in quanto diretta a colpire il contenuto essenziale della libertà stessa.²²⁸

I. & Bianconi G. (a cura di) *Il principio di non discriminazione nel Diritto dell'Unione Europea*. Napoli, Editoriale Scientifica, 2011.

²²⁸ L'articolo 52, «Portata dei diritti garantiti», al paragrafo 1, dispone che: «Eventuali limitazioni all'esercizio dei diritti e delle libertà riconosciuti dalla presente Carta devono essere previste dalla legge e rispettare il contenuto essenziale di detti diritti e libertà. Nel rispetto del principio

L'affermazione dei diritti sociali, ad opera della Carta di Nizza, non è però idonea ad aprire la strada ad un'azione comunitaria in materia.

Nelle disposizioni finali della Carta, infatti, è chiaramente stabilito che essa non introduce nuove competenze²²⁹ o nuovi compiti né modifica quelli definiti dai Trattati.²³⁰

Il suo effetto è circoscritto alle istituzioni, gli organi dell'Unione e gli Stati membri nell'attuazione del diritto dell'Unione:²³¹ la Carta non riconosce "*free-standing right*".²³²

La configurazione e l'efficacia di questi diritti è stata oggetto di forti controversie e le incertezze derivatene hanno indebolito il potenziale rilievo degli stessi come stimolo alla diffusione di standard e politiche comuni.²³³ Quanto detto dimostra, chiaramente, l'asimmetria interna all'Europa sociale: al rafforzamento dei valori e degli obiettivi sociali non corrisponde un adeguamento degli strumenti di attuazione degli stessi.²³⁴ Nonostante ciò, la Carta, prima del suo formale riconoscimento ad opera del Trattato di Lisbona, è stata utilizzata come valido strumento interpretativo da tutti gli organi e le istituzioni dell'Unione, soprattutto dalla Corte di giustizia.²³⁵

di proporzionalità, possono essere apportate limitazioni solo laddove siano necessarie e rispondano effettivamente a finalità di interesse generale riconosciute dall'Unione o all'esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui».

²²⁹ Si ricorda che la competenza in materia sindacale è esclusa, espressamente, dall'art 153 TFUE.

²³⁰ Articolo 51 della Carta di Nizza.

²³¹ Articolo 51, paragrafo 1, della Carta di Nizza.

²³² ELLIS, E. WATSON, P. *EU Antidiscrimination Law*. Oxford, Oxford European Law Library, 2012.

²³³ ROCCELLA, M. TREU, T. *Diritto del lavoro nell'Unione Europea*. Padova, Cedam, 2012.

²³⁴ GIUBBONI, S. *La costituzione asimmetrica dell'Europa sociale*, in Barbera, M. (a cura di) *Nuove forme di regolazione: il metodo aperto di coordinamento delle politiche sociali*. Milano. Giuffrè, 2006.

²³⁵ BRONZINI, G. & PICCONE, V. *La corte di Lussemburgo "scopre" la Carta di Nizza: verso una nuova stagione della tutela multilevel dei diritti fondamentali?*, in *Riv. critica dir. lav*, 2006 pag 979 ss.; FOGLIA, R. *L'incidenza del diritto comunitario sul diritto del lavoro italiano nel dialogo tra le alte corti*, in Cosio, R. & Foglia, R. (a cura di) *Il diritto del lavoro nell'Unione Europea*, Milano, Giuffrè, 2011.

La Carta fu poi incorporata, non semplicemente premessa, nel «Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa» dell'ottobre del 2004, al fine di conferirne un'efficacia giuridica compiuta.²³⁶

L'articolo 6 del TUE, modificato dal Trattato di Lisbona, ha stabilito che:

«L'Unione riconosce i diritti, le libertà e i principi sanciti nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea del 7 dicembre 2000, adattata il 12 dicembre 2007 a Strasburgo, che ha lo stesso valore giuridico dei trattati».

L'innovazione potrebbe contribuire a chiarire l'impatto di tali diritti, permettendo di correggere l'attuale squilibrio che vede i principi di concorrenza e libertà di circolazione prevalere in tutte le politiche dell'Unione, a scapito dei diritti sociali.

Al paragrafo 2, il legislatore comunitario si preoccupa di ribadire che il riconoscimento della Carta di Nizza non ha alcun effetto sulle competenze dell'Unione, non apportando a queste alcuna modifica o aggiunta.

4.5. Il Trattato di Lisbona

Il tema dell'assetto costituzionale e sociale è stato ripreso con innovazioni significative nel Trattato di Lisbona, entrato in vigore nel 2009.

Il cosiddetto Trattato di Riforma ha recepito parte del contenuto del Trattato che istituisce una Costituzione per l'Europa, intervenendo su numerose norme dei due Trattati europei, riformulandole e ricollocandole nel tentativo di dare loro un ordine sistematico.

Nei primi due titoli del Trattato sull'Unione Europea (TUE), numerose norme contengono riferimenti alla materia del contrasto alle

²³⁶ Nonostante sia stato ratificato dalla maggior parte degli Stati membri, il Trattato non è potuto entrare in vigore, per l'esito negativo delle consultazioni referendarie, svoltesi in Francia e Olanda.

discriminazioni e al principio di uguaglianza: l'articolo 2 TUE, come modificato dal Trattato di Lisbona, include, tra i valori su cui si fonda l'Unione, il principio di uguaglianza e di non discriminazione; l'articolo 3, definendo gli obiettivi dell'Unione, inserisce tra questi anche la lotta alle discriminazioni e all'esclusione sociale.

Il contrasto alle pratiche discriminatorie, quindi, è contemplato sia tra i valori comuni a tutti gli Stati membri che tra gli obiettivi che l'Unione intende perseguire.²³⁷

Il valore dell'uguaglianza è anche affermato nell'articolo 4, paragrafo 2, e nell'articolo 9: la prima norma afferma che l'Unione rispetta il principio di uguaglianza tra gli Stati membri e la loro identità nazionale; la seconda si occupa di assicurare l'uguaglianza tra tutti i cittadini, garantendo loro «uguale attenzione da parte delle istituzioni, organi e organismi».

L'articolo 6 del TUE, riconoscendo alla carta di Nizza la stessa forza giuridica dei Trattati e dichiarando l'adesione dell'Unione Europea alla CEDU, rivela una rinnovata attenzione al tema dei diritti fondamentali.

Nel Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea, l'articolo 10, dedicato alla lotta alle discriminazioni, afferma che:

«Nella definizione e nell'attuazione delle sue politiche e azioni, l'Unione mira a combattere le discriminazioni fondate sul sesso, la razza o l'origine etnica, la religione o le convinzioni personali, la disabilità, l'età o l'orientamento sessuale».

Questa disposizione, oltre a contenere un implicito divieto di discriminazione nella definizione delle politiche dell'Unione, impone che queste debbano concorrere ad eliminare le discriminazioni.²³⁸

²³⁷ FAVILLI, C. *La non discriminazione nell'Unione Europea*. Bologna, Il Mulino, 2008.

²³⁸ L'articolo 10 non introduce un divieto di discriminazione né attribuisce una competenza ma impone di perseguire la lotta alle discriminazioni in ogni settore di intervento dell'Unione europea.

Il Trattato di Lisbona, come anticipato precedentemente, ha spostato l'articolo 13 TCE, modificandone la numerazione, nella seconda parte del TUE, dedicata alla «Non discriminazione e cittadinanza dell'Unione».

L'accorpamento delle norme antidiscriminatorie con quelle sulla cittadinanza non deve, però, essere inteso nel senso che le prime si applichino nei confronti dei soli cittadini europei.

La scelta di riunire tali norme sotto un unico titolo potrebbe essere stata dettata dalla volontà di raggruppare, in un'unica parte del Trattato, le norme relative ai diritti della persona, a prescindere dai diritti derivanti dalle altre parti del Trattato e in particolare da quelle relative al mercato interno.²³⁹

Le novità introdotte da Lisbona, in chiave antidiscriminatoria, sono sparse e piuttosto limitate ma segnalano la presenza di più Europa sociale, la quale non solo deve tener conto della lotta all'esclusione sociale nella definizione delle sue politiche e azioni ma deve anche, attivamente, perseguirla.²⁴⁰

4.6. Il diritto derivato: la direttiva 78/2000/CE

Dopo aver esaurito l'esame delle Carte sociali e dei Trattati che hanno segnato l'evoluzione del diritto antidiscriminatorio europeo, è opportuno analizzare il diritto derivato, allo scopo di ricercare utili argomenti a sostegno dell'esistenza del divieto di discriminazione sindacale in ambito europeo: in particolare, la direttiva 78/2000/CE, che mira a combattere le discriminazioni fondate sulla religione o le convinzioni personali, gli handicap, l'età o le tendenze sessuali.

²³⁹ FAVILLI, C. *La non discriminazione nell'Unione Europea*. Bologna, Il Mulino, 2008.

²⁴⁰ SIMONE, P. *Il principio di non discriminazione nella giurisprudenza della Corte di Giustizia: i criteri applicativi*, in Castangia, I. & Bianconi, G. (a cura di) *Il principio di non discriminazione nel Diritto dell'Unione Europea*. Napoli, Editoriale Scientifica, 2011.

La direttiva era contenuta in un pacchetto di proposte, volte a «rendere effettivi i nuovi poteri conferiti alla Comunità dall'articolo 13».²⁴¹

Il pacchetto era costituito da due atti normativi e da un programma d'azione.

Le due proposte di direttiva, analoghe per impostazione e struttura, si differenziavano per i motivi di discriminazione tutelati e per l'ambito di applicazione oggettivo: una proposta riguardava tutti i fattori previsti dall'articolo 13, in riferimento al solo settore del lavoro; l'altra era dedicata alle sole discriminazioni razziali e si applicava anche a settori diversi come la protezione sociale, l'educazione e l'accesso ai servizi pubblici.

Le due proposte di direttive, quindi, si occupavano entrambe di discriminazione, seppur con un diverso ambito di applicazione; la sovrapposizione sarebbe stata eliminata, al momento dell'approvazione di una delle due direttive, modificando quella ancora in fase di negoziazione.²⁴²

Nonostante la Commissione avesse affermato che la lotta alle discriminazioni dovesse essere condotta in riferimento a tutti motivi di discriminazione, senza stabilire nessuna gerarchia tra di essi, il pacchetto tradiva decisamente una maggior attenzione verso le discriminazioni razziali.²⁴³

²⁴¹ Comunicazione della Commissione al Consiglio, al Parlamento europeo, al Comitato economico e sociale e al Comitato delle regioni relativo a misure comunitarie di lotta contro la discriminazione. Cit. pag. 2.

²⁴² La prima direttiva ad essere adottata fu quella relativa alle discriminazioni razziali. Ciò ha permesso di modificare l'altra proposta di direttiva, relativa alle discriminazioni in materia di occupazione e condizioni di lavoro, eliminando il riferimento alla razza e l'origine etnica. Secondo il ragionamento della Commissione, se fosse stata approvata prima la direttiva 78/2000/CE si sarebbe dovuta modificare la direttiva sulle discriminazioni razziali, escludendone l'applicazione al settore lavoro. In tal caso, però, ci sarebbero potuti essere dei problemi di coordinamento, relativamente all'attuazione delle due direttive negli ordinamenti interni.

²⁴³ La particolare attenzione nei confronti del motivo razziale fu in gran parte dovuta all'azione portata avanti dalle organizzazioni non governative attive nel settore, soprattutto dalla *Starting Line Group*.

Il programma d'azione, complementare alle misure legislative, era diretto a sostenere azioni concrete di promozione dei divieti discriminatori, sanciti dalle direttive.²⁴⁴

In relazione al pacchetto di proposte, la Commissione dichiarò che le direttive non avrebbero inciso sul principio di uguaglianza così come riconosciuto dalle costituzioni nazionali e dal diritto consuetudinario, svolgendo un'azione integrativa e di rafforzamento delle disposizioni nazionali.²⁴⁵

L'unanimità, giudicata all'indomani del Trattato di Amsterdam come l'aspetto più critico dell'articolo 13, non impedì l'adozione del pacchetto in tempi relativamente brevi ma incise notevolmente sul contenuto delle direttive.²⁴⁶

L'adozione del pacchetto di misure antidiscriminatorie, resa possibile da una situazione politica favorevole,²⁴⁷ fu dettata dalla necessità di stabilire standard comuni in materia di diritti umani, permettendo di lanciare un segnale chiaro ai Paesi candidati all'adesione.

L'approvazione dell'intero pacchetto permise, inoltre, che si compisse «la definitiva affermazione della componente sociale e non soltanto

²⁴⁴ L'articolo 13 si riferisce ai provvedimenti per combattere le discriminazioni, che quindi non necessariamente devono avere carattere normativo. Il principio ispiratore della lotta alle discriminazioni è che le misure normative non siano sufficienti se non accompagnate da misure di incentivazione e di sostegno al cambiamento delle prassi e dei comportamenti, capaci di mobilitare tutti i soggetti attivi del settore e incoraggiare lo scambio di informazioni e buone pratiche.

²⁴⁵ *Comunicazione COM (1999) 564.*

²⁴⁶ Il 1 maggio 1999 entrò in vigore il Trattato di Amsterdam; il 25 novembre dello stesso anno la Commissione presentò il pacchetto di proposte per l'attuazione dell'articolo 13, il quale venne approvato il 27 novembre del 2000. Il pacchetto, quindi, fu approvato nella sua totalità dopo meno di un anno dalla sua presentazione e dopo soli 18 mesi dall'entrata in vigore del Trattato di Maastricht.

²⁴⁷ Successivamente alle elezioni austriache del 1999, il partito liberale di Haider era entrato a far parte della coalizione governativa in Austria. Anche a causa delle tesi razziste sostenute da tale partito, si paventò l'ipotesi di sanzionare l'Austria, ai sensi dell'art 7 TUE. Tutti gli Stati membri si trovavano così nell'impossibilità di bloccare l'adozione delle direttive contro le discriminazioni, in particolar modo l'Austria che aveva l'occasione di dimostrare agli altri Stati, alle istituzioni comunitarie e all'opinione pubblica mondiale che la tutela dei diritti umani non sarebbe mutata nel paese se non nel senso di un miglioramento.

meramente economica del principio di non discriminazione in ambito comunitario». ²⁴⁸

L'intervento del legislatore comunitario era dovuto alla consapevolezza che «l'occupazione e le condizioni di lavoro sono elementi chiave per garantire pari opportunità a tutti i cittadini e contribuiscono alla piena partecipazione degli stessi alla vita economica, culturale e sociale e alla realizzazione personale». ²⁴⁹

Le direttive approvate (43/2000/CE e 78/2000/CE) si proponevano così di stabilire una serie di principi che, applicati in tutti gli Stati membri, avrebbero garantito alle persone una protezione contro le discriminazioni.

Entrambe le direttive lasciano gli Stati membri liberi di introdurre o mantenere, per quanto riguarda il principio della parità di trattamento, disposizioni più favorevoli di quelle previste dalla normativa comunitaria, la cui attuazione non può, in alcun caso, costituire motivo di riduzione del livello di protezione contro le discriminazioni, già predisposto dagli Stati membri. ²⁵⁰

Il contenuto della direttiva 78/2000/CE è articolato tenendo conto della giurisprudenza della Corte di giustizia, in riferimento alle discriminazioni per motivi di nazionalità e di sesso: ne deriva una disciplina organica, con un sistema di tutela efficace, soprattutto in riferimento alla nozione di discriminazione, alle sanzioni e ai mezzi di ricorso.

Tuttavia la direttiva segna anche la rottura con la passata esperienza in materia di discriminazione di genere: la nozione di discriminazione, infatti, si discosta sensibilmente da quella di genere, elaborata dalla Corte di giustizia.

²⁴⁸ FAVILLI, C. *La non discriminazione nell'Unione Europea*. Bologna, Il Mulino, 2008.

²⁴⁹ Preambolo n. 9 della direttiva n. 78 del 2000.

²⁵⁰ Articolo 8 della direttiva 78/2000/CE.

L'articolo 2, paragrafo 2, contiene le definizioni di discriminazione diretta e indiretta:

«a) sussiste discriminazione diretta quando, sulla base di uno qualsiasi dei motivi di cui all'articolo 1, una persona è trattata meno favorevolmente di quanto sia, sia stata o sarebbe trattata un'altra in una situazione analoga;

b) sussiste discriminazione indiretta quando una disposizione, un criterio o una prassi apparentemente neutri possono mettere in una posizione di particolare svantaggio le persone che professano una determinata religione o ideologia di altra natura, le persone portatrici di un particolare handicap, le persone di una particolare età o di una particolare tendenza sessuale, rispetto ad altre persone».

La nozione di discriminazione, accolta nella direttiva, tende ad andare oltre la tradizionale struttura della tutela antidiscriminatoria, che presuppone un confronto tra il trattamento subito dal lavoratore discriminato e quello corrisposto ad un qualsiasi altro lavoratore, con requisiti analoghi a quelli del primo (anzianità di servizio, qualifica, ecc.) tranne che per il fattore discriminante.

Dalla lettera della disposizione in esame, si evince che la comparazione può riguardare non solo un lavoratore presente ma anche uno situato nel passato oppure ipotetico: la direttiva prende in considerazione i casi in cui «una persona è trattata meno favorevolmente di quanto sia, *sia stata o sarebbe trattata* un'altra in una situazione analoga».

Importante notare che, nel caso di discriminazione indiretta, è sufficiente la presenza di una lesione semplicemente potenziale: non è infatti necessario aver sofferto un pregiudizio concreto e attuale.²⁵¹

Nella nozione di discriminazione indiretta, inoltre, viene a mancare il richiamo alla sproporzione statistica del danno, prevista per le

²⁵¹ BARBERA, M. *Il nuovo diritto antidiscriminatorio: innovazioni e continuità*, in Barbera, M. (a cura di) *Il nuovo diritto antidiscriminatorio: il quadro comunitario e nazionale*. Milano, Giuffrè, 2007

discriminazioni di genere prima della direttiva 2002/73/CE, essendo necessario, perché il comportamento sia qualificabile come discriminatorio, che questo causi un particolare svantaggio.

Stando ad un'interpretazione letterale della disposizione, non sarebbe necessario neanche prendere in considerazione il gruppo, ossia il numero totale di persone, interessate dagli effetti della disposizione, criterio o prassi, in quanto sarebbe sufficiente guardare alla sola situazione del singolo individuo.

Tale orientamento comporta una "soggettivizzazione" del giudizio discriminatorio: l'attenzione del giudice deve, quindi, concentrarsi sulla situazione del singolo, senza verificare se lo svantaggio lamentato sia condiviso dal gruppo stesso.²⁵²

Il divieto di discriminazione riguarda un insieme di caratteri dell'identità personale assai ampio, non suscettibile di estensione analogica, data la tassatività dell'elenco.²⁵³

L'articolo 2 prevede un'ipotesi generale di deroga, in riferimento alle sole discriminazioni indirette, stabilendo che non sussiste discriminazione nel caso in cui la disposizione, il criterio o la prassi, siano oggettivamente giustificati da una finalità legittima e i mezzi impiegati per il suo conseguimento siano appropriati e necessari.

I paragrafi successivi dell'articolo 2 si occupano di molestie sessuali e dell'ordine di discriminare, che sono considerati discriminatori.

Il paragrafo 5 dell'articolo 2 contiene una clausola di salvaguardia, non presente nella direttiva "gemella" sulla razza e l'origine etnica:

²⁵² La definizione di discriminazione indiretta parla, infatti, di "persone" che si trovino in una condizione di particolare svantaggio, a causa della loro identità soggettiva, senza che sia necessario dimostrare che tale svantaggio è patito da tutto il gruppo, individuato in base al possesso della caratteristica protetta.

²⁵³ V. Corte di Giustizia 11 luglio 2006, C-13/05, *Chacón Navas v. Eurest Colectividades SA*, che ha escluso l'esistenza di un divieto di discriminazione dei lavoratori in base alla malattia, sia desumibile dal divieto di discriminazione in base all'handicap.

«La presente direttiva lascia impregiudicate le misure previste dalla legislazione nazionale che, in una società democratica, sono necessarie alla sicurezza pubblica, alla tutela dell'ordine pubblico, alla prevenzione dei reati e alla tutela della salute e dei diritti e delle libertà altrui».

Questa disposizione è frutto delle negoziazioni notturne che caratterizzarono l'approvazione della direttiva quadro.²⁵⁴

L'eccezione è formulata in termini talmente ampi da poter permettere qualsiasi deroga al divieto di discriminazione, in tutte le situazioni in cui la sicurezza pubblica sia compromessa.

La Corte di giustizia ha stabilito che tale clausola sia da interpretarsi restrittivamente, in quanto, diversamente, ne risulterebbe compromessa la forza cogente e l'applicazione uniforme del diritto comunitario²⁵⁵.

L'articolo 3 definisce l'ambito di applicazione della direttiva, chiarendo che questa si applica nei confronti di tutti i lavoratori, impiegati sia nel settore pubblico che nel settore privato, compresi gli organismi di diritto pubblico.

L'ambito di applicazione oggettivo è circoscritto al settore del lavoro in riferimento:

- a) alle condizioni di accesso all'occupazione e al lavoro, sia dipendente che autonomo, compresi i criteri di selezione e le condizioni di assunzione, indipendentemente dal ramo di attività e a tutti i livelli della gerarchia professionale, nonché ai criteri di promozione;
- b) all'accesso a tutti i tipi e livelli di orientamento e formazione professionale, perfezionamento e riqualificazione professionale, inclusi i tirocini professionali;

²⁵⁴ L'aver previsto, come termine perentorio per l'adozione della direttiva il 17 ottobre del 2000, assieme alla necessità di adottare il testo all'unanimità, ha permesso ad alcuni Stati, come il Regno Unito e l'Irlanda, di proporre e di vedere accettate alcune disposizioni, in cambio del loro necessario consenso all'adozione.

²⁵⁵ Il principio è stato affermato dalla Corte in merito alla libertà di circolazione ma è suscettibile di applicazione generalizzata.

c) all'occupazione e alle condizioni di lavoro, comprese le condizioni di licenziamento e la retribuzione;

d) all'affiliazione e all'attività in un'organizzazione di lavoratori o datori di lavoro, o in qualunque organizzazione i cui membri esercitino una particolare professione, nonché alle prestazioni erogate da tali organizzazioni.

L'articolo 3, inoltre, precisa che la direttiva non si applica alle discriminazioni basate sulla nazionalità e non pregiudica le disposizioni relative alla cittadinanza.²⁵⁶

La prima esclusione appare incomprensibile.

L'impressione è che il processo di progressiva comunitarizzazione delle politiche migratorie stia avvenendo senza superare l'idea che gli immigrati siano soggetti estranei alla protezione dell'ordine giuridico comunitario, disegnando così «l'immagine, per niente eroica e generosa, di una delle economie più ricche del mondo poco disposta a condividere con altri i propri privilegi».²⁵⁷

La direttiva non si applica, inoltre, in riferimento ai pagamenti di qualsiasi genere effettuati dai regimi statali o regimi assimilabili.

L'articolo 4, rubricato «Requisiti per lo svolgimento dell'attività lavorativa», prevede al paragrafo 1:

«Fatto salvo l'articolo 2, paragrafi 1 e 2, gli Stati membri possono stabilire che una differenza di trattamento basata su una caratteristica correlata a uno qualunque dei motivi di cui all'articolo 1 non costituisca discriminazione laddove, per la natura di un'attività lavorativa o per il contesto in cui essa viene espletata, tale caratteristica

²⁵⁶ Tale disposizione è rafforzata dal considerando n. 13 della direttiva, in base al quale: «La presente direttiva non si applica ai regimi di sicurezza sociale e di protezione sociale le cui prestazioni non sono assimilate ad una retribuzione, nell'accezione data a tale termine ai fini dell'applicazione dall'articolo 141 del trattato CE, e nemmeno ai pagamenti di qualsiasi genere, effettuati dallo Stato allo scopo di dare accesso al lavoro o di salvaguardare posti di lavoro».

²⁵⁷ BARBERA, M. *Il nuovo diritto antidiscriminatorio: innovazioni e continuità*, in Barbera, M. (a cura di) *Il nuovo diritto antidiscriminatorio: il quadro comunitario e nazionale*. Milano, Giuffrè, 2007.

costituisca un requisito essenziale e determinante per lo svolgimento dell'attività lavorativa, purché la finalità sia legittima e il requisito proporzionato».

È necessario, quindi, che la caratteristica protetta dalla normativa antidiscriminatoria sia essenziale e determinante per lo svolgimento dell'attività lavorativa, che il requisito sia proporzionato e la finalità di tale differenziazione risulti legittima.

Il paragrafo successivo si occupa di definire eccezioni al divieto di discriminare. in riferimento ai motivi della religione e delle convinzioni personali, nel particolare caso di attività professionale di chiese o di altre organizzazioni pubbliche o private, la cui etica è fondata sulla religione o su una convinzione personale: differenze di trattamento, sulla base di tali motivi, sono legittime nel caso in cui questi rappresentino un requisito essenziale, legittimo e giustificato per lo svolgimento dell'attività lavorativa, tenuto conto dell'etica dell'organizzazione.

L'eccezione, però, opera soltanto a vantaggio di quegli Stati che, al momento dell'approvazione della direttiva, abbiano una normativa o una prassi che già prevedano tali differenze di trattamento.²⁵⁸

Tale disposizione è stata ampiamente criticata, in quanto consente che siano considerate legittime discriminazioni, basate sulla religione o sulle convinzioni personali: tanto più ampia sarà la portata dell'eccezione prevista, tanto meno incisiva risulterà la tutela apprestata per questo tipo di discriminazioni.

La direttiva, inoltre, non osta a che le organizzazioni di tendenza esigano dalle persone alle loro dipendenze un non meglio precisato atteggiamento di buona fede e di lealtà nei confronti dell'etica dell'organizzazione.²⁵⁹

²⁵⁸ Si tratta di una clausola per salvaguardare lo *status quo* di alcuni ordinamenti, nei confronti dei quali la Comunità ha rinunciato a individuare un livello comune di tutela delle persone.

²⁵⁹ L'etica dell'organizzazione è considerata di per sé una finalità legittima, ai fini della giustificazione della differenza di trattamento. Sorprendentemente, non è richiesta la proporzionalità della differenza di trattamento rispetto al fine perseguito.

Disposizioni particolari sono previste all'articolo 5 e 6, in riferimento alle discriminazioni per età e disabilità.

L'articolo 7 sancisce la legittimità delle azioni positive, definite «misure specifiche dirette a evitare o compensare svantaggi correlati a uno qualunque dei motivi di cui all'articolo 1».

Il legislatore europeo si preoccupa di dare effettività al principio di non discriminazione, affermato nel Capo I: gli articoli del Capo II, nonostante lascino ampio spazio agli interventi nazionali, si occupano di delineare il meccanismo di tutela giurisdizionale, andando a regolare la legittimazione ad agire, l'onere della prova e la protezione delle vittime di atti discriminatori.

4.6.1. La legittimazione ad agire

L'articolo 8, situato nel Capo II, dedicato ai mezzi di ricorso o di esecuzione, afferma la necessità che, in ogni Stato membro, siano previste procedure giurisdizionali e/o amministrative ovvero procedure di conciliazione, a cui chi si ritenga lesa da atti discriminatori può accedere, al fine di ottenere la tutela dei propri diritti.

Accanto all'ovvia legittimazione ad agire del soggetto vittima delle discriminazioni, il paragrafo 2 dell'articolo 8 stabilisce che:

«Gli Stati membri riconoscono alle associazioni, organizzazioni e altre persone giuridiche che, conformemente ai criteri stabiliti dalle rispettive legislazioni nazionali, abbiano un interesse legittimo a garantire che le disposizioni della presente direttiva siano rispettate, il diritto di avviare, in via giurisdizionale o amministrativa, per conto o a sostegno della persona che si ritiene lesa e con il suo consenso, una procedura finalizzata all'esecuzione degli obblighi derivanti dalla presente direttiva».

Legittimati ad agire risultano essere anche le associazioni, organizzazioni e altre persone giuridiche, titolari di un interesse legittimo, a cui deve essere conferito un apposito mandato.

La direttiva, infatti, prevede il consenso del lavoratore discriminato, rappresentato dall'organizzazione, senza richiedere, però, particolari formalità per il conferimento della rappresentanza.

Sono organizzazioni, aventi «un interesse legittimo a garantire le disposizioni della presente direttiva», i soggetti collettivi che, espressamente, si prefiggono lo scopo di tutelare gli interessi dei singoli, dei gruppi e delle minoranze, identificabili per il possesso di una data caratteristica protetta.

Le organizzazioni sono legittimate ad agire nell'azione individuale, per conto del soggetto leso, cioè nell'interesse del lavoratore discriminato, attraverso il conferimento di un mandato.

Accanto a questa forma di legittimazione, la direttiva prevede che l'organizzazione possa agire anche “a sostegno” del lavoratore discriminato, attraverso un intervento *ad adiuvandum*: si tratta di un intervento volontario, fatto per sostenere le ragioni della parte attrice ma che è effettuato per un proprio interesse.

La disposizione in esame sembra escludere la legittimazione ad agire da parte dell'associazione, in assenza di un soggetto denunciante identificabile. L'articolo 8, tuttavia, fa salva la possibilità di introdurre disposizioni più favorevoli di quelle contenute nella direttiva.²⁶⁰

Il riconoscimento della legittimazione ad agire, in favore di soggetti collettivi, risponde alla finalità di garantire un livello più efficace di protezione delle vittime di discriminazioni.

²⁶⁰ COMITATO, C. *Discriminazione preannunciata del datore di lavoro e legittimazione ad agire*, in *D&L Riv. critica dir. lav.* 2008, n. 3.

Nel caso di discriminazioni sindacali, non vi è dubbio alcuno che legittimate, ai sensi dell'articolo 8, paragrafo 2, siano le organizzazioni sindacali.

Il legislatore precisa che tale previsione fa salve le norme procedurali nazionali, relative alla rappresentanza e alla difesa in giustizia.²⁶¹

Al legislatore nazionale spetterà individuare, con esattezza, gli ulteriori requisiti che devono essere posseduti dai sindacati per poter agire in giudizio, senza causare un eccessivo restringimento dell'accesso al giudizio da parte di tali soggetti.²⁶²

Nella direttiva n. 78, diversamente da quanto stabilito nella direttiva n. 43 del 2000, manca la previsione dell'istituzione di un organismo indipendente per i motivi protetti: è tuttavia auspicabile che gli Stati membri istituiscano un unico organismo indipendente, competente per tutti i motivi protetti, o almeno definiscano una strategia comune degli organi di promozione delle pari opportunità che includa anche i motivi contemplati dalla direttiva n. 78.²⁶³

Nel 2008, il Consiglio ha presentato alla Commissione una proposta, che mira ad attuare il principio di parità di trattamento fra le persone, indipendentemente dalla religione o le convinzioni, la disabilità, l'età o l'orientamento sessuale al di fuori del mercato del lavoro, la quale prevede l'istituzione, in ogni Stato membro, di un "organismo di parità", per promuovere la parità di trattamento di tutte le persone senza discriminazioni di religione o convinzioni personali, disabilità, l'età o orientamento sessuale.²⁶⁴

²⁶¹ Preambolo n. 29 della direttiva 78/2000/CE.

²⁶² Il legislatore potrebbe prevedere requisiti come una certa rappresentatività, il riconoscimento da parte del datore di lavoro, la vicinanza al contesto produttivo in cui è avvenuta la discriminazione.

²⁶³ FAVILLI, C. *La non discriminazione nell'Unione Europea*. Bologna, Il Mulino, 2008.

²⁶⁴ La "proposta di direttiva del Consiglio recante applicazione del principio di parità di trattamento fra le persone indipendentemente dalla religione o le convinzioni personali, la disabilità, l'età o l'orientamento sessuale", datata 2 luglio 2008, è contenuta in COM (2008) 426. Il progetto di direttiva prevede, all'articolo 12, che gli Stati membri istituiscano uno o più

4.6.2. L'onere della prova

La regolamentazione dell'onere della prova è frutto di un'evoluzione giurisprudenziale e normativa nella battaglia giuridica a favore della parità e della non discriminazione.²⁶⁵

L'articolo 10 della direttiva dispone che:

«Gli Stati membri prendono le misure necessarie, conformemente ai loro sistemi giudiziari nazionali, per assicurare che, allorché persone che si ritengono lese dalla mancata applicazione nei loro riguardi del principio della parità di trattamento espongono, dinanzi a un tribunale o a un'altra autorità competente, fatti dai quali si può presumere che vi sia stata una discriminazione diretta o indiretta, incomba alla parte convenuta provare che non vi è stata violazione del principio della parità di trattamento».

Nei giudizi antidiscriminatori, l'onere della prova è spostato a carico del convenuto, il quale deve dimostrare che la differenza di trattamento, lamentata dall'attore, non costituisce una discriminazione.

organismi per promuovere la parità di tutte le persone indipendentemente dalla loro religione o dalle convinzioni personali, dalla disabilità, dall'età o dal loro orientamento sessuale. Spetta, a tali organismi, svolgere inchieste indipendenti in materia di discriminazione e pubblicare relazioni indipendenti su tutte le questioni inerenti alla discriminazione. Essi possono quindi esaminare l'applicazione in concreto delle disposizioni della direttiva. L'articolo 12 della proposta non stabilisce la forma che dovrebbe assumere l'organismo per la promozione della parità di trattamento. L'articolo 16 della proposta, inoltre, prevede che gli Stati membri e gli organismi nazionali di promozione della parità trasmettano, alla Commissione, tutte le informazioni necessarie per consentirle di redigere una relazione destinata al Parlamento europeo e al Consiglio sull'applicazione del progetto di direttiva.

²⁶⁵ Il particolare regime dell'onere della prova trae origine dalle *regolae iuris*, affermate dalla Corte di Giustizia nei *leading cases Danfoss e Enderby*, che, al fine di garantire effettività alla tutela antidiscriminatoria, prende le mosse dalla constatazione di una differenza fattuale nella posizione delle parti coinvolte, giacché chi denuncia un trattamento diverso e discriminatorio non ha di regola accesso a dati sufficienti a consentirgli di identificare le cause di una disparità di trattamento. PIGNATARO, L. *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 Pizzoferrato, A. & Carinci, F. (a cura di) *Diritto del lavoro*. Vol. 9. Torino, Utet, 2010; ESPIN, E. *L'onere della prova nelle direttive del consiglio 2000/43 e 2000/78 sull'uguaglianza di trattamento*. Documento di lavoro.

È però inesatto parlare di inversione dell'onere della prova: si tratta, in realtà, di una ripartizione di tale onere e di un trasferimento alla parte convenuta degli elementi che la riguardano.

La parte attrice deve produrre elementi di fatto che dimostrino, in modo attendibile, un trattamento diseguale: si parla, in tal caso, di “prova semipiena”.²⁶⁶

È necessario che l'attore faccia sorgere una presunzione di discriminazione, cioè «la presunzione che un determinato atto di differenziazione, il quale ha prodotto un determinato effetto pregiudizievole, sia basato su un fattore protetto».²⁶⁷

L'alleggerimento dell'onere della prova si realizza mediante l'utilizzo di una figura, che si colloca a metà strada tra le presunzioni legali relative e quelle semplici: dalle prime mutua la semplificazione del carico probatorio dell'attore a scapito del convenuto; dalle seconde deriva l'atipicità del fatto indiziante e la necessità dell'apprezzamento, operato dal giudice, del nesso logico interferenziale che conduce dal fatto noto a quello presunto.²⁶⁸

Solo dopo aver prodotto in giudizio i «fatti da cui si può presumere che vi sia una discriminazione», scatta l'obbligo, per la parte convenuta, di fornire una giustificazione della differenza di trattamento.²⁶⁹

²⁶⁶ In dottrina si parla anche di prova *prima facie*, prova attenuata, principio di prova, *indicio razonable* o *prueba verosimil*.

²⁶⁷ SCHIEK, D., WADDINGTON, L. & BELL, M. *Cases, Material and Test on National, Supranational and International Non-Discrimination Law*. Oxford-Portland, Hart, 2007; ESPIN, E. *L'onere della prova nelle direttive del consiglio 2000/43 e 2000/78 sull'uguaglianza di trattamento*. Documento di lavoro.

²⁶⁸ MANCUSO, C. *Le azioni positive e la prova statistica*, in *Dir. lav.* 2002, n. 6; BARBERA, M. *La nozione di discriminazione, in Azioni positive per la realizzazione della parità uomo-donna nel lavoro*. Nuove leggi civili commentate, 1994.

²⁶⁹ È stato osservato come il convenuto, in seguito all'assolvimento del lieve onere probatorio da parte dell'attore, deve tentare di trasformare la prova «mezza piena» in una prova «mezza vuota». BONINI BARALDI, M. *L'onere della prova nei casi di discriminazione: elementi per una concettualizzazione nella prospettiva del diritto privato*, in Calafà, L. (a cura di) *Il diritto antidiscriminatorio tra teoria e prassi applicativa*. Roma, Ediesse, 2009.

Tale onere è assolto dimostrando l'inesistenza della differenza di trattamento ovvero allegando prove credibili del fatto che tale differente trattamento è conforme alle condizioni stabilite dal diritto comunitario.

Se questa disposizione non esistesse, l'attore avrebbe dovuto dimostrare sia l'esistenza di una discriminazione che l'assenza di una giustificazione al differente trattamento subito.

La prova della (assenza di) giustificazione, ai sensi dell'articolo 10, è invece trasferita al convenuto.

La norma sullo spostamento dell'onere della prova comporta anche una diversa distribuzione del rischio della soccombenza: nel giudizio discriminatorio, tale rischio è trasferito sul convenuto, che risulterà soccombente anche nei casi in cui la discriminazione non sia pienamente provata.²⁷⁰

Il trasferimento dell'onere della prova è motivato dall'esigenza di alleggerire il carico probatorio nei confronti della parte attrice, la quale incontrerebbe notevoli difficoltà nel provare che il trattamento subito sia ingiustificato (*rectius*: mancante di giustificazioni).

È molto più facile, infatti, per il convenuto provare l'esistenza di una giustificazione, in quanto egli ha agito in prima persona ed è cosciente dei motivi, in forza dei quali ha operato.

Come si evince dal paragrafo 31 del preambolo, rimane, però, a carico dell'attore, la prova del possesso della caratteristica protetta.²⁷¹

Nel caso di discriminazioni indirette, la prova della discriminazione può basarsi anche su dati statistici.²⁷²

²⁷⁰ BONINI BARALDI, M. *L'onere della prova nei casi di discriminazione: elementi per una concettualizzazione nella prospettiva del diritto privato*, in Calafà, L. (a cura di) *Il diritto antidiscriminatorio tra teoria e prassi applicativa*. Roma, Ediesse, 2009.

²⁷¹ Preambolo della direttiva n. 78 del 2000, n. 31: «Le norme in materia di onere della prova devono essere adattate quando vi sia una presunzione di discriminazione e, nel caso in cui tale situazione si verifichi, l'effettiva applicazione del principio della parità di trattamento richiede che l'onere della prova sia posto a carico del convenuto. Non incombe tuttavia al convenuto provare la religione di appartenenza, le convinzioni personali, la presenza di un handicap, l'età o l'orientamento sessuale dell'attore».

Tale possibilità è contemplata nel preambolo della direttiva ma non nell'articolato:

«La valutazione dei fatti sulla base dei quali si può argomentare che sussiste discriminazione diretta o indiretta è una questione che spetta alle autorità giudiziarie nazionali o ad altre autorità competenti conformemente alle norme e alle prassi nazionali. Tali norme possono prevedere in particolare che la discriminazione indiretta sia stabilita con qualsiasi mezzo, compresa l'evidenza statistica».

I dati statistici relativi alla situazione da esaminare rappresentano, quindi, un possibile strumento probatorio nel giudizio.

L'uso di dati statistici appare la tecnica probatoria più idonea a misurare e valutare il dato quantitativo in cui si traduce l'impatto sfavorevole delle scelte, operate nella dimensione aziendale singolarmente considerata, in particolar modo nei casi in cui il fenomeno discriminatorio investe un alto numero di casi, con effetti a ricaduta collettiva.²⁷³

La prova statistica si basa su una valutazione presuntiva, che assume che tanto più alto è il tasso di difformità tra la situazione attesa e quella verificatasi, tanto meno è casuale l'effetto dell'esclusione.

L'uso della prova statistica, infatti, tende a misurare lo scarto esistente tra la situazione prevedibile (una forza lavoro che riflette la composizione del pool della popolazione da cui il datore di lavoro attinge) e quella effettivamente esistente.

È concreto, però, il pericolo di cadere nell'equivoco di ritenere che una frequenza statistica, relativa al verificarsi di fatti ed eventi analoghi a quello che si tratta di accertare, dimostri anche la verità rispetto allo specifico fatto di cui si tratta.

²⁷² L'uso del dato statistico interessa prevalentemente le discriminazioni indirette che conseguono dall'effetto o dall'impatto diverso e sfavorevole per un gruppo dall'applicazione di una misura neutra ("disparate impact").

²⁷³ MANCUSO, C. *Le azioni positive e la prova statistica*, in *Dir. lav.* 2002, n. 6.

Bisogna tener presente, inoltre, che il calcolo statistico non può costituire, da solo, una prova sufficiente ad accertare la natura discriminatoria del differente trattamento, oggetto di prova.

Un altro pericolo consiste nella possibilità che le risultanze statistiche vengano utilizzate a sproposito ed in modo scorretto, senza verificare né l'attendibilità dei dati in sé, né in relazione al fatto da accertare.

Le statistiche sono quindi un utile strumento probatorio, la cui pertinenza e attendibilità, però, deve essere valutata con molta attenzione dal giudice.

L'articolo 10 precisa che la parziale inversione dell'onere della prova non si applica ai procedimenti penali. Tale eccezione è in linea con i principi generali del diritto penale e dei diritti di difesa.²⁷⁴

Ciò non vuol dire che, in un giudizio penale, la prova dell'esistenza di una discriminazione non possa risultare attraverso l'uso di presunzioni, nel caso in cui queste, unitamente alle altre risultanze probatorie, siano idonee a provare pienamente la condotta, al di là di ogni ragionevole dubbio.²⁷⁵

Un'altra deroga al regime della parziale inversione dell'onere della prova, contenuta nel testo dell'articolo 10, riguarda i procedimenti in cui l'istruttoria probatoria è compiuta da un giudice.

²⁷⁴ ESPIN, E. *L'onere della prova nelle direttive del consiglio 2000/43 e 2000/78 sull'uguaglianza di trattamento*. Documento di lavoro.

²⁷⁵ Nel processo penale, l'accusa è gravata dall'onere di provare l'esistenza del reato in tutti i suoi elementi, cosicché il trasferimento di parte dell'onere probatorio all'imputato risulterebbe superfluo. L'applicazione della direttiva ai procedimenti penali produrrebbe conseguenze paradossali: esonerando l'accusa dalla prova della mancanza di una giustificazione, che è parte della fattispecie, e trasferendola all'imputato, questi è chiamato a concorrere alla prova della condotta penalmente illecita. In altre parole, all'imputato spetterebbe provare la propria innocenza, senza che l'ipotesi dell'accusa risulti provata in maniera completa, il tutto in palese contraddizione con il principio di presunzione di innocenza. Il principio di legalità del diritto penale potrebbe risultare violato a causa dell'indeterminatezza della condotta delittuosa nel caso di una discriminazione indiretta, risultante quindi dall'applicazione di una misura apparentemente neutra, quando la prova di questa avvenga sulla base di dati statistici.

A ben guardare tale deroga appare ovvia, essendo una simile ripartizione dell'onere della prova giustificata dalle difficoltà del soggetto leso di dimostrare, pienamente, la condotta discriminatoria.

Tale difficoltà non sussiste nel caso in cui l'istruzione è compiuta da un soggetto terzo e indipendente, quale il giudice.

Alle parti rimane la facoltà, nel rispetto delle norme procedurali nazionali, di fornire prove a sostegno della loro posizione.²⁷⁶

4.7. Considerazioni conclusive

Nei Trattati istitutivi dell'Unione europea non figurava neppure formalmente l'esigenza di rispetto dei diritti fondamentali, quale requisito di appartenenza alla Comunità.

Nella prima fase di sviluppo dell'Unione europea, il ruolo di garante dei diritti fondamentali, nell'ambito regionale, fu affidato al Consiglio d'Europa, a cui si deve l'elaborazione della CEDU e della Carta sociale europea.

Ciò rendeva superfluo il coinvolgimento dell'Unione in tale ambito: bastava che gli Stati membri sedessero nel Consiglio d'Europa e avessero proceduto alla ratifica della CEDU perché l'allora Comunità economica europea si disinteressasse al tema dei diritti fondamentali.

Questa implicita divisione dei ruoli è stata superata con il passare del tempo e con le trasformazioni che hanno interessato l'Europa nel suo complesso.

L'Unione europea ha esteso le sue competenze in campo sociale, assumendo tra i suoi obiettivi la lotta alla discriminazione e all'esclusione sociale.²⁷⁷

²⁷⁶ ESPIN, E. *L'onere della prova nelle direttive del consiglio 2000/43 e 2000/78 sull'uguaglianza di trattamento*. Documento di lavoro.

Dopo aver analizzato, seppur sinteticamente, il percorso europeo in materia di contrasto alle discriminazioni, un interrogativo può sorgere spontaneo: perché l'Unione europea, che aveva posto, fin dall'inizio della sua opera, al primo posto la libertà delle merci e dei capitali, ad un certo punto, ha deciso di "puntare" tanto sulla tutela antidiscriminatoria?

L'assenza di una normativa antidiscriminatoria, soprattutto in riferimento alle discriminazioni razziali, potrebbe avere avuto una funzione economica, in quanto permetteva di avere manodopera a basso costo; queste motivazioni sarebbero poi venute meno in seguito alla convergenza, realizzata pienamente ad Amsterdam, tra il fine economico e quello sociale.²⁷⁸

Ma questa spiegazione non è convincente, in quanto non è in grado di giustificare la scelta compiuta circa i fattori a cui accordare protezione né di fornire un motivo per il quale, ad un certo punto, le ragioni economiche siano state "messe da parte".²⁷⁹

In merito a quest'ultimo punto, bisogna tener presente che il processo, che ha condotto all'elaborazione dei divieti di discriminazione, è stato di origine giurisprudenziale: ciò ha portato alla definizione di una lista di motivi protetti, tenendo conto del significato che determinate differenze di trattamento assumono nella coscienza comune, nella gerarchia sociale e nei processi di decisione democratica.

Si ritiene che la necessità di una legislazione antidiscriminatoria sia stata dovuta ai vistosi mutamenti sociali ed economici, conseguenti ai processi

²⁷⁷ La normativa antidiscriminatoria europea rappresenta, come richiamato nel preambolo della direttiva 2000/78/CE, un solido ancoraggio al tema dei diritti umani.

²⁷⁸ FREDMAN, S. *Equality: a new generation?*, in *IJL*, 2001, vol. 30.

²⁷⁹ BARBERA, M. *Il nuovo diritto antidiscriminatorio: innovazioni e continuità*, in Barbera, M. (a cura di) *Il nuovo diritto antidiscriminatorio: il quadro comunitario e nazionale*. Milano, Giuffrè, 2007.

di globalizzazione dell'economia, all'ingresso di nuovi paesi nell'ordinamento comunitario e agli imponenti flussi migratori.²⁸⁰

L'Unione Europea è giunta così ad individuare, tra i suoi fini, quello di garantire una tendenziale parità di trattamento fra coloro che operano in un mercato del lavoro globalizzato, i quali non devono essere pregiudicati per il possesso di elementi distintivi della loro identità.

Le priorità dell'Unione europea, però, continuano ad essere di tipo economico, come la convergenza dei risultati economici e il mantenimento di un alto grado di competitività: concreto risulta essere il pericolo che il diritto antidiscriminatorio costituisca l'ultimo baluardo di garanzia dei diritti umani, mai veramente al centro degli obiettivi politici dell'Unione Europea.²⁸¹

²⁸⁰ TROISI, C. *Divieto di discriminazione e forme di tutela: profili comparatistici*. Torino, Giappichelli, 2012.

²⁸¹ GUARRIELLO, F. *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.* 2003, n. 3-4.

CAPITOLO III

LE DISCRIMINAZIONI SINDACALI IN ITALIA: FIAT vs FIOM

1. Rilievi introdottivi: l'ordinamento sindacale italiano

L'ordinamento sindacale italiano è un sistema normativo dinamico, dotato di regole che scaturiscono dalle relazioni industriali, dal conflitto sociale e dai rapporti di forza che questo genera.¹

Esso si basa sulla reciproca legittimazione e sul riconoscimento tra le organizzazioni sindacali dei lavoratori e i datori di lavoro nonché sulla libertà di scegliere con chi contrattare.²

L'ordinamento sindacale si pone come un ordinamento originario, le cui norme si affermano e sono osservate sulla base del riconoscimento che gli attori sindacali le attribuiscono nel tempo. Nel caso in cui tale riconoscimento venga meno, la situazione normativa si assesterà su equilibri, se del caso, anche assai diversi rispetto a quelli esistenti.

Tale sistema di fatto è dovuto essenzialmente alla mancata attuazione della seconda parte dell'articolo 39 della Costituzione.³

¹ MASSA PINTO, I. *Il darwinismo sociale nelle relazioni industriali e la responsabilità della dottrina costituzionalistica: riflessioni sul rapporto tra Costituzione e diritto del lavoro a partire dalla sentenza Fiom vs. Fiat*, in *Giur. it.* 2012, n. 6.

² Per un'attenta analisi dell'ordinamento sindacale: VALLEBONA, A. *Istituzioni di diritto del lavoro. Vol. 1. Diritto sindacale*. Padova, Cedam, 2012; BALLESTRERO, M. V. *Diritto sindacale*. Torino, Giappichelli, 2012; CARINCI, F., DE LUCA TAMAJO, R., TOSI, P. & TREU, T. *Diritto del lavoro, 1, Il diritto sindacale*, Utet, Torino, 2013; GALANTINO, L. *Diritto Sindacale*. Torino, Giappichelli, 2012; GIUGNI, G. *Diritto Sindacale*. Bari, Cacucci, 2010; SANTORO PASSARELLI, G. *Diritto dei lavori: diritto sindacale e rapporti di lavoro*. Torino, Giappichelli, 2013; SANTORO PASSARELLI, G. *Diritto Sindacale*. Roma, Laterza, 2011.

³ La seconda parte dell'articolo 39 della Costituzione non ha ricevuto attuazione principalmente per l'opposizione dei sindacati, i quali mal tolleravano l'idea di essere sottoposti al controllo pubblico, al fine di ottenere la registrazione, che avrebbe consentito loro di ottenere la personalità giuridica. Inoltre tra questi, alcuni sindacati, come la CISL, si opponevano all'idea di

L'articolo 39 della Costituzione, dopo aver sancito al 1° comma il principio della libertà di organizzazione sindacale, stabilisce l'obbligo per i sindacati di registrarsi presso appositi uffici.⁴

Tale registrazione, subordinata alla verifica della democraticità del loro ordinamento interno, comporta l'acquisizione della personalità giuridica. La norma continua, prevedendo la possibilità di sottoscrivere contratti collettivi da parte di una rappresentanza unitaria, formata dai sindacati registrati in proporzione ai loro iscritti.

L'articolo 39, rimasto ancor'oggi inattuato, conserva, però, un'efficacia impeditiva, ponendo il divieto, per il legislatore, di adottare meccanismi diversi da quello previsto dal quarto comma, al fine di dotare i contratti collettivi sottoscritti di efficacia *erga omnes*.⁵

In conseguenza della mancata attuazione del dettato costituzionale, i sindacati si presentano come associazioni non riconosciute, regolate dagli articoli 36 e ss. del Codice Civile, e possono sottoscrivere soltanto contratti collettivi di diritto comune, efficaci nei confronti dei soli lavoratori iscritti alle organizzazioni sindacali firmatarie.

L'ordinamento sindacale italiano trova il suo punto di equilibrio nella composizione dei diversi orientamenti delle tre maggiori confederazioni sindacali (CGIL, CSIL e UIL) nell'unità sindacale, declinata come unità d'azione sindacale e presunzione di pari rappresentatività delle confederazioni.

Come sempre è accaduto nella storia del movimento sindacale italiano, i fenomeni di rottura dell'unità sindacale finiscono per riproporre con prepotenza i problemi giuridici classici, come l'efficacia soggettiva e

dover "misurare" la propria rappresentatività, in quanto ciò avrebbe determinato il consolidamento dei rapporti di forza tra le tre confederazioni. Per un'analisi delle critiche di merito alla disciplina costituzionale e dei suoi inadempimenti: DOGLIANI, M. *Interpretazione della Costituzione*. Franco Angeli, 1982.

⁴ Per un'approfondita analisi dell'articolo 39 della Costituzione: GIUGNI, G. *Commento all'art. 39* in Branca G. (a cura di) *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, Zanichelli-Il Foro italiano, 1982.

⁵ Corte Costituzionale, sentenze n. 106/62, n. 70/63 e n. 88/65.

oggettiva del contratto collettivo, il rapporto tra i diversi livelli contrattuali, la derogabilità dell'uno ad opera dell'altro e l'efficacia delle clausole di tregua sindacale.⁶

Ciascuno dei problemi sommariamente evocati si è riproposto, con straordinaria forza, in seguito alle vicende che hanno visto protagonista la FIAT, seppure con rilievi parzialmente inediti, viste le assolute peculiarità dei fatti.

È questo il caso, ad esempio, dell'accesso ai diritti sindacali in azienda, che l'articolo 19 dello Statuto dei lavoratori riserva, come noto, alle sole associazioni sindacali «firmatarie di contratti collettivi di lavoro applicati nell'unità produttiva».⁷

Si tratta, certo, di un tema già ampiamente discusso in passato, soprattutto in seguito alla manipolazione referendaria del 1995,⁸ ma che, stavolta, viene affrontato da una prospettiva completamente diversa: a vedersi negata la legittimazione ad costituire r.s.a. non è un sindacato

⁶ BOLLANI, A. *Contratti collettivi separati e accesso ai diritti sindacali nel prisma degli accordi Fiat del 2010*, in *CSDLE*, IT 2011, n. 124.

⁷ RAFFI, A. *L'interpretazione dell'art. 19 Stat. lav. e il diritto di cittadinanza della Fiom-Cgil*, in *RGL*, 2012, n. 3, 431; BOLLANI, A. *Contratti collettivi separati e accesso ai diritti sindacali nel prisma degli accordi Fiat del 2010*, in *CSDLE*, IT 2011, n. 124; TRIPODINA, C. *Travolto da un insolito destino: l'articolo 19 dello Statuto dei lavoratori come leva per escludere dal diritto di costituire rsa (uno dei) sindacati maggiormente rappresentativi. Oscillazioni giurisprudenziali e dubbi di legittimità costituzionale*, in *www.costituzionalismo.it*, 2012, n. 3; LECCESE, V. *Non solo diritti sindacali: il problema di costituzionalità dell'articolo 19, legge n. 300/1970, e l'estromissione del sindacato "scomodo" dai tavoli negoziali previsti dalla legge*, in *Dir. rel. ind.* 2012 n. 3.

⁸ GIUGNI, G. *La rappresentatività delle organizzazioni sindacali nello Statuto dei lavoratori*, in *Giur. cost.*, 1974 n. 1; PERA, G. *Va tutto bene nella norma relativa alla costituzione di rappresentanze sindacali aziendali deliberata dal popolo sovrano?*, in *RIDL*, 1996, n. 2; ICHINO, P. *Le rappresentanze aziendali dopo il referendum*, in *RIDL*, 1996, n. 1; SANTORO PASSARELLI, G. *Sulla costituzionalità del nuovo articolo 19 della legge n. 300 del 1970*, in *ADL*, 1997, n. 5; TREU, T. *A quarant'anni dallo Statuto dei lavoratori*, in *RIDL* 2011, n. 1; PERSIANI, M. *Illegittimità costituzionale sopravvenuta dell'art. 19 della legge n. 300/1970*, in *GI*, 2012, n. 8-9, 1837 ss.; CARINCI, F. *Il grande assente: l'art. 19 dello Statuto*, in *ADL*, 2012, n. 2, 338 ss.; PERSIANI, M. *Ancora sulla sopravvenuta illegittimità costituzionale dell'art. 19 della legge n. 300 del 1970*, in *ADL*, 2012, n. 6, 1093. 431; TIRABOSCHI, M. *L'articolo 19 dello Statuto dopo l'intervento della Consulta*, in *GLav*, 2013, n. 30, 12; LISO, F. *La decisione della Corte costituzionale sull'articolo 19 della legge n. 300/1970*, in *www.federalismi.it*, 2013, n. 15; LAMBERTUCCI, P. *Contrattazione separata, rappresentanza sindacale nei luoghi di lavoro e incostituzionalità dell'art. 19 Stat. lav.*, in *DLM*, 2012, 283; GHERA, E. *L'articolo 19 dello Statuto, una norma da cambiare?*, in *DLRI*, 2013, n. 138, 190; GARGIULIO, U. *Tensioni e distorsioni nella crisi del modello statutario di rappresentanza sindacale in azienda*, in *Riv. it. dir. lav.* 2013 n. 1.

autonomo e dalla dubbia rappresentatività, ma un sindacato, come la Fiom, che, sebbene non firmatario di contratti applicati nell'unità produttiva, vanta, nella categoria dei metalmeccanici e nell'azienda, un rilevante numero di iscritti.

L'incrinarsi dei rapporti tra il Gruppo FIAT e la federazione dei metalmeccanici, aderente alla CGIL, ha prodotto una copiosa giurisprudenza, chiamata a giudicare l'antisindacalità della condotta del gruppo, sotto il profilo della negazione della legittimazione a costituire r.s.a. dei lavoratori FIOM, ai sensi dell'articolo 19 dello Statuto dei lavoratori.

Il clima di esasperato scontro tra il gruppo FIAT e la FIOM, ha anche condotto, nel quadro di una generale riorganizzazione societaria, alla mancata riassunzione, da parte della *newco* Fabbrica Italiana Pomigliano spa (FIP), dei soli lavoratori iscritti alla FIOM.

Anche tale vicenda, che assume i tratti di una vera e propria discriminazione sindacale collettiva, sarà di seguito analizzata, visti i notevoli punti di contatto con la normativa europea, in materia di lotta alle discriminazioni, contenuta nella direttiva 2000/78/CE.

Prima di entrare nel merito di tale controversia, appare utile ricostruire, brevemente, i tratti essenziali delle recenti vicende sindacali, che hanno interessato il gruppo FIAT,⁹ destinate ad avere uno straordinario impatto su tutto il diritto sindacale italiano.¹⁰

⁹ Allo "shock di Pomigliano sul diritto del lavoro" è stato dedicato il 6° Seminario di Bertinoro: in ADL 2010, p. 1080 ss., DE LUCA TAMAJO, R. *L'accordo di Pomigliano: una storia italiana*; TOSI, P. *Lo shock di Pomigliano sul diritto del lavoro: il sistema collettivo*; BROLLO M. *Lo shock di Pomigliano sul diritto del lavoro: il rapporto individuale*; PESSI, R. *Lo shock di Pomigliano sul diritto del lavoro: la contrattazione in deroga*.

¹⁰ CARINCI, F. *La cronaca si fa storia: da Pomigliano a Mirafiori*, in ADL, 2011, p. 11 ss.

2. Il decentramento della contrattazione collettiva e la rottura dell'unità sindacale

Ai fini di una corretta ricostruzione dei fatti, è utile ricordare che nel 2009 furono firmati due accordi interconfederali non unitari: l'accordo quadro del 22 gennaio di revisione del sistema contrattuale e quello, conseguente, del settore industriale del 15 aprile, entrambi conclusi senza il consenso della CGIL.

In questi contratti era già visibile la tendenza, che si sarebbe poi prepotentemente affermata nel caso FIAT, verso un maggiore decentramento, sia pure in certo senso "organizzato dal centro", della contrattazione collettiva, con un'accresciuta valorizzazione del livello aziendale, il quale diviene competente a stabilire trattamenti derogatori anche *in peius* rispetto a quelli previsti dal contratto nazionale di categoria.¹¹

Ed è proprio su questo punto, o soprattutto su questo punto, che si è consumata la spaccatura tra le maggiori organizzazioni sindacali.

Si può dunque dire che gli accordi FIAT abbiano costituito l'espressione più eclatante, acuita dalla natura multinazionale e globalizzata dell'impresa in questione, di una linea di tendenza già affermata tra gli attori sociali, nel dissenso della CGIL e, a livello categoriale, della FIOM.

Tant'è che, in un rapido susseguirsi di eventi concentrati nello spazio di un semestre, è parso evidente come proprio la vicenda FIAT,

¹¹ BOLLANI, A. *Contratti collettivi separati e accesso ai diritti sindacali nel prisma degli accordi Fiat del 2010*, in *CSDLE*, IT 2011, n. 124. Di diverso avviso è PESSI, R. *La contrattazione in deroga*, secondo il quale gli accordi del 2009 potrebbero addirittura indurre la giurisprudenza – proprio grazie ai limiti causali e procedurali dettati a livello interconfederale – a rimeditare l'orientamento favorevole, in nome del criterio di specialità, alla derogabilità anche *in peius* del contratto nazionale ad opera di quello integrativo. Si tratta di un punto di vista che mette opportunamente in evidenza come il diritto vivente legittimi, ed ormai da tempo, una derogabilità sostanzialmente libera del CCNL da parte dei livelli inferiori. Tale orientamento, tuttavia, non appare persuasivo nella parte in cui sembra adombrare una capacità, anche solo potenziale, delle clausole, contenute negli accordi interconfederali, di paralizzare gli effetti di eventuali negozi derogatori di secondo livello, considerando che le prime non possono mai produrre, sul piano dell'ordinamento giuridico statale, l'effetto di invalidare i secondi.

fragorosamente aperta dal contratto di Pomigliano del 15 giugno 2010, abbia profondamente influenzato le vicende della contrattazione nazionale, inducendo Federmeccanica a disdettare l'ultimo contratto unitario, quello del 2008, e a stipulare un nuovo contratto collettivo nazionale, il 29 settembre 2010.

Tale accordo, nell'estremo tentativo di trattenere la Fiat nel sistema confindustriale, ha emendato il CCNL separato del 2009, ammettendo, in via generale, la pattuizione di discipline derogatorie a livello aziendale.¹²

Il segno impresso ai processi negoziali, dunque, ha visto sprigionarsi «un'inusitata influenza della periferia nei confronti del centro, con erosione della tradizionale centralità del contratto nazionale».¹³

Un'autorevole dottrina ha affermato che, nel primo accordo di Pomigliano, dell'estate 2010, era prevalsa una linea *soft*, concertata tra Fiat e Confindustria, mentre a partire dall'accordo di Mirafiori, pochi giorni prima del Natale 2010, era prevalsa la linea *hard* del *management* FIAT.¹⁴

Il culmine è stato, infine, raggiunto con lo "sganciamento" della FIAT da (o meglio, con la non adesione delle sue *new companies* a) Confindustria: fatto eclatante, questo, non solo per le sue valenze *lato sensu* politiche, ma soprattutto per gli effetti che l'azienda si riprometteva in tal modo di ottenere sul piano giuridico, sottraendosi all'applicazione del contratto collettivo nazionale.

La fuoriuscita dal sistema confindustriale ha comportato che il contratto, concluso il 29 dicembre 2010, fosse denominato di "primo livello" per i

¹² Si tratta dell'art. 4-*bis* del CCNL del 2009, introdotto con l'accordo del 29 settembre 2010, in forza del quale «al fine di favorire lo sviluppo economico ed occupazionale mediante la creazione di condizioni utili a nuovi investimenti o all'avvio di nuove iniziative ovvero per contenere gli effetti economici e occupazionali derivanti da situazioni di crisi aziendale, possono essere realizzate specifiche intese modificative, anche in via sperimentale o temporanea, di uno o più istituti disciplinati dal presente CCNL e degli accordi dallo stesso richiamati».

¹³ BOLLANI, A. *Contratti collettivi separati e accesso ai diritti sindacali nel prisma degli accordi Fiat del 2010*, in *CSDLE*, IT 2011, n. 124.

¹⁴ CARINCI, F. *La cronaca si fa storia: da Pomigliano a Mirafiori*, in *ADL*, 2011, p. 11 ss..

lavoratori di Fabbrica Italia Pomigliano, destinato a fungere da contratto collettivo-tipo per tutte le imprese del settore auto che avessero voluto aderirvi.¹⁵

La non adesione delle *new companies* a Confindustria, inoltre, ha ricadute notevoli sulla disciplina delle rappresentanze sindacali aziendali: tali società, non essendo iscritte a Confindustria, non sono vincolate dagli accordi interconfederali, sottoscritti dalla Confederazione, e nello specifico quello del 1993, con il quale si erano introdotte le r.s.u. in azienda.

In conseguenza di ciò, gli accordi di Pomigliano e Mirafiori, agli articoli 1 dei rispettivi allegati, affermano che «rappresentanze sindacali aziendali possono essere costituite ai sensi dell'art. 19 della legge 20 maggio 1970, n. 300 dalle organizzazioni sindacali firmatarie del presente accordo».

Entrambi gli accordi subordinano poi l'eventuale successiva adesione di terze parti «al consenso di tutte le parti firmatarie».¹⁶

Come noto, il testo vigente dell'articolo 19 attribuisce la titolarità dei diritti sindacali, dispensati dal titolo III dello Statuto, alle sole associazioni sindacali firmatarie di contratti collettivi, applicati nell'unità produttiva.¹⁷

¹⁵ Il giudice costituzionale, nella sentenza n. 231/13, definisce il nuovo sistema contrattuale, instaurato dalle società del Gruppo FIAT, «auto-concluso ed auto-sufficiente»: le società del gruppo FIAT, uscite dal sistema confindustriale e recedute dal contratto collettivo nazionale del settore metalmeccanico, hanno stipulato, nelle rispettive aziende, un separato contratto collettivo specifico di primo livello, sottoscritto solo da associazioni sindacali diverse dalla FIOM.

¹⁶ Se pur chiamata r.s.a., il tipo di rappresentanza, regolata dagli accordi della FIAT, ricostruita come unitaria ed elettiva, è una r.s.u. riservata alle sole organizzazioni sindacali firmatarie, in quanto concretamente soltanto quest'ultime possono presentare le liste. D'altronde, la finalità perseguita con tali previsioni era di tenere fuori la FIOM, sicché sarebbe stato del tutto incoerente lasciar aperta la possibilità di presentazione delle liste, permettendole di partecipare alla consultazione elettorale. CARINCI, F. *Il grande assente: l'art. 19 dello Statuto*, in *ADL*, 2012, n. 2, 338 ss..

¹⁷ Articolo 19 dello Statuto dei lavoratori, rubricato «Costituzione delle rappresentanze sindacali aziendali»: «Rappresentanze sindacali aziendali possono essere costituite ad iniziativa dei lavoratori in ogni unità produttiva, nell'ambito: a) (lettera abrogata in seguito al referendum del 1995); b) delle associazioni sindacali che siano firmatarie di contratti collettivi di lavoro applicati nell'unità produttiva».

Non essendo la FIOM firmataria dei contratti collettivi, applicati da FIAT negli stabilimenti del gruppo, è dallo stesso Statuto dei lavoratori che, nel caso in esame, si fa discendere l'esclusione del sindacato dal godimento dei diritti sindacali.

Dalla mancata legittimazione alla costituzione di r.s.a. da parte della FIOM, sono derivati una serie di giudizi di urgenza, ex articolo 28 dello Statuto dei lavoratori, in cui vari giudici di merito sono stati investiti della medesima questione: quali conseguenze dovrebbero prodursi, in relazione alla possibilità di accesso al Titolo III dello Statuto, per la FIOM che, pur godendo di sicura rappresentatività, risulta essere sprovvista del requisito formale previsto dall'articolo 19 dello Statuto dei lavoratori, in quanto non ha sottoscritto il contratto collettivo applicato nell'unità produttiva?

3. L'estromissione della FIOM dall'azienda: i diversi orientamenti della giurisprudenza di merito e la remissione della questione di legittimità costituzionale al Giudice delle leggi

Il punto critico della questione riguarda l'interpretazione dell'articolo 19, più in particolare il termine "firmatari", contenuto nella norma statutaria controversa.¹⁸

¹⁸ Per un'analisi approfondita dei diversi orientamenti giurisprudenziali: DE SIMONE, M. *L'articolo 19 dello Statuto e la segregazione della F.I.O.M., fra interpretazioni evolutive e dubbi di incostituzionalità*, in *GM*, 2013 n. 5; LAMA, R. *Interpretazione dell'articolo 19 Stat. lav. nella recente giurisprudenza di Merito*, in *La RSA dopo la sentenza della Corte costituzionale 23 luglio 2013*, n. 231. *Bollettino ADAPT*, 2013 n. 13; PERSIANI, M. *Ancora sul caso Fiat: eccessiva spericolatezza nel tentativo di soddisfare le aspettative sociali ovvero eccessiva prudenza nella fedeltà alla legge*, in *Giur. it.*, 2012 n. 6; TRIPODINA, C. *Travolto da un insolito destino: l'articolo 19 dello statuto dei lavoratori come leva per escludere dal diritto di costituire rsa (uno dei) sindacati maggiormente rappresentativi. Oscillazioni giurisprudenziali e dubbi di legittimità costituzionale*, in *www.costituzionalismo.it*, 2012, n. 3.

Le diverse interpretazioni possibili hanno determinato una giurisprudenza di merito non univoca: privilegiando un'interpretazione rigorosamente letterale della norma, alcuni giudici hanno negato il diritto alla FIOM di costituire r.s.a., nelle imprese del gruppo FIAT;¹⁹ altri, invece, sostenendo un'interpretazione «costituzionalmente orientata», hanno accolto i ricorsi presentati dalla FIOM, riconoscendole il diritto di costituire r.s.a..²⁰

Secondo il primo orientamento, i giudici hanno negato il diritto della FIOM di costituire r.s.a. nelle imprese del gruppo FIAT, pur riconoscendo che l'esclusione del sindacato dalla tutela statutaria costituisca un problema «che desta diffuse perplessità».²¹

Non sfugge loro che la FIOM sia una delle organizzazioni sindacali più rappresentative nel settore metalmeccanico e che i lavoratori ad essa iscritti, per effetto del comportamento adottato da FIAT, siano privi di una adeguata forma di rappresentanza nei luoghi di lavoro. Tuttavia, molto efficacemente, rilevano che ciò che viene chiesto dai ricorrenti «non è di interpretare l'articolo 19 dello Statuto dei lavoratori, ma di riscriverlo; e questo non è consentito al Giudice, il quale – è bene ricordarlo – è soggetto soltanto alla legge».²²

¹⁹ Tra i tanti: Tribunale di Torino 13 aprile 2012, Tribunale di Milano 3 aprile 2012, Tribunale di Lecce 12 aprile 2012, Tribunale di Biella 21 aprile 2012, Tribunale di Brescia 24 aprile 2012, Tribunale di Cassino 9 maggio 2012, Tribunale di Ancona 18 maggio 2012, Tribunale di Pinerolo 21 e 23 maggio 2012, Tribunale di Tolmezzo 28 maggio 2012, Tribunale di Alba 12 giugno 2012, Tribunale di Legnano 22 giugno 2012, Tribunale di Napoli 13 luglio 2012, Tribunale di Brescia 2 agosto 2012 e Tribunale di Piacenza 10 settembre 2012.

²⁰ Tra i tanti: Tribunale di Torino 14 settembre 2011, Tribunale di Bologna 27 marzo 2012, Tribunale di Bari 20 aprile 2012, Tribunale di Larino 23 aprile 2012, Tribunale di Lanciano 30 aprile 2012, Tribunale di Verona 8 maggio 2012, Tribunale di Torino 5 giugno 2012, Tribunale di Milano 10 luglio 2012 e Tribunale di Trento 27 luglio 2012.

²¹ Tribunale di Torino 13 aprile 2012.

²² In particolare, il Tribunale di Torino (13 aprile 2012) ritiene impossibile aggirare il «chiarissimo disposto letterale», prescindendo dal requisito della sottoscrizione: infatti, pur valorizzando «il principio di effettività dell'azione sindacale e della concreta partecipazione delle oo.ss. alle trattative contrattuali [...], non viene comunque meno il requisito (di certo non sufficiente né decisivo, ma nondimeno necessario) della sottoscrizione dell'accordo collettivo».

La lettera della norma sarebbe talmente limpida da rendere il diverso criterio interpretativo, che porterebbe a riconoscere il diritto di Fiom a costituire r.s.a., «suggestivo [...], socialmente condivisibile ma [...] giuridicamente insostenibile»;²³ la parola “firmatario” si riferisce esattamente a colui che appone la propria firma su un documento, facendolo proprio, e non può essere oggetto di una differente interpretazione.

Alla base dell’orientamento opposto, che ha portato all’accoglimento dei ricorsi della FIOM, invece, vi è l’idea che l’articolo 19 della legge n. 300/1970, nel selezionare le organizzazioni sindacali, legittimate alla costituzione di r.s.a., si affidi al criterio dell’effettiva rappresentatività del sindacato.

Questa convinzione trae origine da quanto affermato nelle pronunce n. 492/1995 e n. 244/1996 dalla Corte costituzionale, secondo la quale il criterio della sottoscrizione del contratto collettivo, di cui alla lettera *b*, rileva come vero e proprio «strumento di misurazione della forza di un sindacato, e di riflesso della sua rappresentatività, tipicamente proprio dell’ordinamento sindacale, con la conseguenza logica che solo il criterio della rappresentatività effettiva costituisce il criterio per valutare l’applicabilità dell’articolo 19».

Da ciò, il Tribunale di Napoli ne deduce che «ben può il giudice ritenere che la rappresentatività effettiva può essere desunta da indici differenti da quelli della mera sottoscrizione e dare della norma in esame una interpretazione costituzionalmente orientata».²⁴

Il giudice bolognese, nello stesso senso, ritiene di dover riconoscere il diritto alla costituzione della r.s.a. «ai sindacati che hanno partecipato attivamente alla fase di formazione della contrattazione applicata

²³ Tribunale di Lecce 12 aprile 2012.

²⁴ Tribunale di Napoli 13 aprile 2012. Per un’analisi di tale pronuncia: L. GIASANTI, *L’interpretazione adeguatrice dell’art. 19 Stat. lav. tra giudice ordinario e giudice costituzionale*, in *RGL*, 2013, n. 1, II, 100 ss..

nell'unità produttiva, pur senza la necessità della firma dello stesso, ogni volta che si possa ricavare agevolmente la rappresentatività dello stesso sindacato». ²⁵

Tale orientamento, respinta con forza l'interpretazione «esasperatamente letterale» della norma in oggetto, afferma che solo un'interpretazione teleologica/sistematica consente di esprimere la volontà del legislatore.

Si giunge così a ritenere, da un lato, che la sottoscrizione del contratto collettivo, applicato nell'unità produttiva, è solo uno degli indici da cui ricavare la rappresentatività effettiva del sindacato, dall'altro, che «la norma derivante dalla abrogazione referendaria non intende escludere altri indici per misurare la rappresentatività effettiva di un sindacato al fine di costituire le r.s.a. e, soprattutto, non esclude la rappresentatività effettiva come criterio fondamentale per l'accesso ai diritti sindacali differenziati».

Non si può omettere di considerare che questo approccio interpretativo ha sollevato numerose perplessità, in quanto travalica i limiti che l'attività interpretativa del giudice incontra: se è condivisibile quanto affermato dal Tribunale di Bari, secondo cui «l'interprete non può limitarsi a prendere atto della formula legislativa, ma deve indagare la *ratio legis*», tuttavia, è pur vero che lo stesso interprete non può prescindere dal dato letterale e procedere alla sua disapplicazione. ²⁶

Il Tribunale di Modena, invece, ha ritenuto opportuno rimettere la questione alla Corte costituzionale, valutando non percorribile la strada dell'interpretazione che valorizza il criterio della rappresentatività effettiva, a causa dell'obiettiva impossibilità di forzare oltremodo

²⁵ Tribunale di Bologna 27 marzo 2012.

²⁶ GAROFALO, M.G. *Rappresentanze aziendali e referendum*, in *DLRI*, 1995, 665 aveva già sostenuto che l'art. 19 «alla luce della sua *ratio* andrebbe dunque interpretato come effettiva partecipazione al processo negoziale; se ciò fosse possibile, si realizzerebbe un risultato che sanerebbe le aporie denunciate da chi afferma l'illegittimità della norma: rientrerebbero nella definizione della normativa, quelle organizzazioni che hanno effettivamente partecipato al processo contrattuale pur senza partecipare all'accordo e ne sarebbero escluse quelle che hanno firmato per mera adesione, senza partecipare a questo processo».

l'univoco dato normativo, sino ad ancorare il criterio della rappresentatività ad indici diversi da quello della sottoscrizione del contratto collettivo.²⁷

Il giudice remittente si distingue anche dai giudici che hanno aderito all'interpretazione meramente letterale, i quali «hanno rispettato il testo della legge senza, però, nemmeno tentare di considerare, in qualche modo, le esigenze derivanti dall'esistenza di nuovi, e fino a poco tempo fa, impensabili, assetti delle relazioni sindacali».

Alla base della sopravvenuta incostituzionalità, per il suddetto giudice, infatti, vi sarebbe il mutamento, registratosi nello scenario delle relazioni sindacali, caratterizzato dalla sopravvenuta rottura d'unità d'azione tra le maggiori confederazioni sindacali, che ha condotto all'irragionevolezza dell'attuale criterio di selezione del sindacato beneficiario della tutela statutaria, in quanto correlato al solo dato formale della mera sottoscrizione e del tutto svincolato da un accertamento della rappresentatività effettiva.²⁸

Il giudice remittente non manca di evidenziare l'incoerenza della norma, alla luce delle modifiche apportate al sistema delle relazioni industriali dall'articolo 8 della legge n. 148/2011: da un lato si consente ad un sindacato comparativamente più rappresentativo (qual è certamente la FIOM) di stipulare, a determinate condizioni, contratti di prossimità in grado di derogare alla contrattazione di categoria e alla normativa di

²⁷ Tribunale di Modena 4 giugno 2012, seguito da quelli di Vercelli 25 settembre 2012, Melfi 28 novembre 2012 e Torino 12 dicembre 2012. A commento di tali ordinanze di rimessione: LECCESE, V. *Non solo diritti sindacali: il problema di costituzionalità dell'articolo 19, legge n. 300/1970, e l'estromissione del sindacato "scomodo" dai tavoli negoziali previsti dalla legge*, in *Dir. rel. ind.*, 2012, n. 3; GARGIULO, U. *Tensioni e distorsioni nella crisi del modello statutario di rappresentanza sindacale in azienda*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2013, n. 1.

²⁸ «Il criterio selettivo di cui all'articolo 19 lett. b), in quanto considera quale unico presupposto per la costituzione delle r.s.a. la sottoscrizione di contratti collettivi applicati all'unità produttiva, appare irrazionale perché indice inidoneo delle effettiva rappresentatività delle associazioni sindacali, così da tradire la ratio stessa della disposizione dello Statuto, volta ad attribuire una finalità promozionale e incentivante dell'attività del sindacato quale portatore di interessi del maggior numero di lavoratori». Tribunale di Modena 4 giugno 2012.

legge, dall'altro, si nega al medesimo sindacato di costituire r.s.a., in quanto non firmatario di un contratto collettivo applicato all'azienda.

Infine, il Tribunale rileva che l'effetto prodotto dalla norma controversa incide, condizionandola negativamente, sulla libertà delle organizzazioni sindacali di adottare la strategia ritenuta più opportuna per una migliore tutela degli interessi collettivi dei lavoratori; queste, infatti, pur di continuare a svolgere attività sindacale nei luoghi di lavoro, sarebbero costrette a sottoscrivere un contratto collettivo, anche nel caso in cui non ne condividessero il contenuto.

Si deve, così, riconoscere al Tribunale di Modena il merito di aver sollevato la questione della legittimità costituzionale, costringendo, in tal modo, la Corte costituzionale a pronunciarsi sulla legittimità dell'articolo 19 dello Statuto dei lavoratori, che, come rilevato da autorevole dottrina, «costituisce il problema dei problemi, in quanto quella disposizione rende incerta l'individuazione della controparte sindacale e la tenuta della contrattazione aziendale».²⁹

3.1. La sentenza della Corte Costituzionale

La Corte «dichiara l'illegittimità costituzionale dell'articolo 19, primo comma, lettera b), della legge 20 maggio 1970, n. 300 [...] nella parte in cui non prevede che la rappresentanza sindacale aziendale possa essere costituita anche nell'ambito di associazioni sindacali che, pur non firmatarie di contratti collettivi applicati nell'unità produttiva, abbiano

²⁹ CARINCI, F. *Il grande assente: l'art. 19 dello Statuto*, in *ADL*, 2012, n. 2, 338 ss.; BELLOCCHI, P. *Rappresentanza e diritti sindacali in azienda*, in *DLRI*, 2011, 582; GHERA, E. *L'articolo 19 dello statuto, una norma da cambiare?*, in *DLRI*, 2013, n. 138, 190; LAMBERTUCCI, P. *Contrattazione separata, rappresentanza sindacale nei luoghi di lavoro e incostituzionalità dell'art. 19 St. lav.*, in *DLM*, 2012, 283.

comunque partecipato alla negoziazione relativa agli stessi contratti quali rappresentanti dei lavoratori dell'azienda».³⁰

La legittimazione alla costituzione delle r.s.a. viene così sciolta dalla verifica del dato formale della firma del contratto collettivo e valutata sulla base della partecipazione alle trattative, la quale, però, proprio per la sua informalità, rischia di essere un requisito «impreciso e a tal punto sfumato» da poter mettere in difficoltà il giudice, chiamato ad accertarne la sussistenza.³¹

La Corte costituzionale ha giudicato l'articolo 19 dello Statuto dei lavoratori in contrasto con:

- l'articolo 3 della Costituzione «sotto il duplice profilo della irragionevolezza intrinseca di quel criterio, e della disparità di trattamento che è suscettibile di ingenerare tra sindacati. Questi ultimi infatti nell'esercizio della loro funzione di autotutela dell'interesse collettivo – che, in quanto tale, reclama la garanzia di cui all'articolo 2 della Costituzione – sarebbero privilegiati o discriminati sulla base non già del rapporto con i lavoratori, che rimanda al dato oggettivo (e valoriale) della loro rappresentatività e, quindi, giustifica la stessa partecipazione alla trattativa, bensì del rapporto con l'azienda, per il rilievo condizionante attribuito al dato contingente di avere prestato il proprio consenso alla conclusione di un contratto con la stessa»;
- l'articolo 39, primo comma, della Costituzione, «per il contrasto che, sul piano negoziale, ne deriva ai valori del pluralismo e della libertà

³⁰ Corte Costituzionale n. 231 del 2013.

³¹ MARESCA, A. *Prime osservazioni sul nuovo articolo 19 Stat. lav.: connessioni e sconnessioni sistemiche*, in *La RSA dopo la sentenza della Corte costituzionale 23 luglio 2013, n. 231. Bollettino ADAPT*, 2013 n. 13. Per una definizione del concetto di trattativa: LAMA, L. *Sul concetto di negoziato rilevante ai sensi del "nuovo" articolo 19 Stat. lav.*, in *La RSA dopo la sentenza della Corte costituzionale 23 luglio 2013, n. 231. Bollettino ADAPT*, 2013 n. 13; SCHIAVETTI, F. *Ammissione alle trattative: la persistenza delle vecchie criticità in un nuovo sistema*, in *La RSA dopo la sentenza della Corte costituzionale 23 luglio 2013, n. 231. Bollettino ADAPT*, 2013 n. 13.

di azione della organizzazione sindacale», in quanto il modello disegnato dall'articolo 19, prevedendo la stipulazione del contratto collettivo, quale unica premessa per il conseguimento dei diritti sindacali, condiziona tale beneficio, esclusivamente, ad un atteggiamento consonante con l'impresa.

La Corte, già in passato, commentando la normativa "di risulta" postreferendaria, non aveva mancato di sottolineare come questa, pur coerente con la *ratio* referendaria di allargare il più possibile le maglie della rappresentanza sindacale in azienda anche a soggetti nuovi, che fossero realmente presenti ed attivi nel panorama sindacale, rischiasse, però, di prestare il fianco ad un'applicazione sbilanciata: per un verso, in eccesso, se l'espressione «associazioni firmatarie» fosse stata intesa nel senso della sufficienza della sottoscrizione, anche meramente adesiva, del contratto; per l'altro verso, in difetto, ove quell'espressione fosse interpretata come ostativa al riconoscimento dei diritti in questione nei confronti delle associazioni che, pur dotate di effettiva rappresentatività, avessero deciso di non sottoscrivere il contratto applicato in azienda.³²

Il profilo di incostituzionalità "per difetto" era teoricamente già presente nel sistema della lettera b) del primo comma, dell'articolo 19, ma di fatto oscurato, fino ad oggi, dall'esperienza pratica di una perdurante presenza in azienda dei sindacati confederali.

Il giudice costituzionale, nella sentenza 231/2013, ha parlato di illegittimità sopravvenuta in seguito ai mutamenti che hanno interessato le relazioni industriali:³³ la Corte ha rilevato il venir meno del principio di

³² Le pronunzie della Corte costituzionale, nel quinquennio successivo al referendum (sentenza n. 244 del 1996, ordinanze n. 345 del 1996, n. 148 del 1997 e n. 76 del 1998) hanno fornito importanti indicazioni solo rispetto al primo dei due punti critici sottolineati, escludendo che la sola apposizione della firma, non preceduta dalla partecipazione alle trattative, fosse idonea a consentire l'accesso ai diritti del Titolo III e restringendo il campo ai soli contratti collettivi normativi.

³³ Per un'analisi critica sul carattere di "sopravvenuta incostituzionalità": MEZZACAPO, D. *La dichiarazione di incostituzionalità dell'articolo 19 Stat. lav. alla luce dei nuovi dati di sistema e di contesto*, in *La RSA dopo la sentenza della Corte costituzionale 23 luglio 2013*, n. 231. *Bollettino*

unità di azione delle organizzazioni maggiormente rappresentative, che ha determinato una crescente diffusione di contratti collettivi separati.

Di seguito si analizzeranno le motivazioni della Corte, attraverso le quali si è affermata l'incostituzionalità dell'articolo 19.

3.1.1. L'irragionevolezza dell'articolo 19

La Corte nel motivare l'illegittimità sopravvenuta della normativa, prende le mosse dall'«alterazione assiologica e funzionale della norma stessa, quanto al profilo del collegamento, non certamente rescisso dall'intervento referendario, tra titolarità dei diritti sindacali ed effettiva rappresentatività del soggetto che ne pretende l'attribuzione».

La Corte è ben conscia della funzione selettiva dell'articolo 19, in riferimento ai sindacati che sono ammessi a godere della normativa promozionale del titolo III, e ne individua i beneficiari tra i sindacati dotati di effettiva rappresentatività.

Nel suo ragionamento, fa salvo il requisito della stipulazione del contratto collettivo applicato nell'unità produttiva, ma apporta, tramite il suo intervento additivo, modifiche "costituzionalizzanti".³⁴

ADAPT, 2013 n. 13; GIORGI, E. *La rappresentatività sindacale dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 231/2013*, in *La RSA dopo la sentenza della Corte costituzionale 23 luglio 2013*, n. 231. *Bollettino ADAPT*, 2013 n. 13; LEPORÉ, A. *Continuità e discontinuità della giurisprudenza costituzionale sull'articolo 19 Stat. Lav.*, in *La RSA dopo la sentenza della Corte costituzionale 23 luglio 2013*, n. 231. *Bollettino ADAPT*, 2013 n. 13.

³⁴ Come rileva Maresca, procedere all'eliminazione di un qualsiasi criterio selettivo, da parte della Corte, sarebbe stato in contrasto con l'esito combinato dei due quesiti referendari sull'articolo 19, votati nel giugno 1995. La sentenza della Corte costituzionale n. 231/2013, nell'analizzare la storia legislativa dell'articolo 19, descrive i due quesiti referendari: «il primo, "massimalista", volto ad ottenere l'abrogazione di tutti i criteri di maggiore rappresentatività, adottati dall'art. 19 nelle lettere a e b, e il secondo, "minimalista", mirante all'abrogazione dell'indice presuntivo di rappresentatività previsto dalla lettera a) ed all'abbassamento a livello aziendale della soglia minima di verifica della rappresentatività effettiva prevista dalla lettera b)». Soltanto il quesito «minimalista» fu approvato; l'altro, quello «massimalista», che si proponeva la «liberalizzazione delle rappresentanze sindacali e l'abolizione del monopolio confederale», fu respinto. Tali risultati non sono in grado di escludere che, in astratto, si possa consentire a tutte le associazioni sindacali, indipendentemente dalla loro rappresentatività, di costituire r.s.a.: una modifica di così ampia portata, però, può avvenire soltanto in seguito

Il tipo di filtro utilizzato dall'articolo 19, la sottoscrizione di un contratto collettivo applicato nell'unità produttiva, è giudicato legittimo, non in sé, ma in quanto rappresenta un indicatore sicuramente affidabile per misurare la rappresentatività del sindacato, poiché attesta la sua capacità di negoziare con la controparte imprenditoriale le condizioni di lavoro.

L'applicazione di tale criterio viene giudicato, però, irragionevole nel caso in cui sia d'ostacolo all'accesso ai diritti del Titolo III per tutte quelle associazioni sindacali, che, pur non avendo sottoscritto un contratto collettivo, sono dotate di effettiva rappresentatività.³⁵

Nella prospettiva appena delineata, si possono cogliere alcuni elementi di coerenza e continuità della sentenza n. 231/2013, se non addirittura di rafforzamento, rispetto alla giurisprudenza costituzionale sull'articolo 19.³⁶

Tale giurisprudenza si basava su una lettura sostanzialistica dell'articolo 19, finalizzata a porre la norma al riparo dai dubbi di costituzionalità in riferimento al potere discrezionale di accreditamento del datore di lavoro, che si sostanzia nell'ammettere alla firma di un accordo collettivo un sindacato qualsiasi, legittimandolo così a costituire la r.s.a.

Dubbi respinti dalla Corte, con la sentenza interpretativa di rigetto del 1996, che, puntando sull'«esigenza di oggettività del criterio legale di selezione», propose «un'interpretazione rigorosa della fattispecie dell'articolo 19, tale da far coincidere il criterio con la capacità del sindacato di imporsi al datore di lavoro, direttamente o attraverso la sua associazione, come controparte contrattuale».

all'esercizio di quella discrezionalità politica, di cui è titolare il legislatore e che non appartiene alla Corte Costituzionale.

³⁵ A ben guardare, la decisione del sindacato di non firmare un contratto, che ha negoziato, è cosa ben diversa dall'insufficienza rappresentativa, che viene a palesarsi quando il sindacato non riesce ad essere parte di una trattativa o, peggio ancora, mendica presso il datore di lavoro la firma di un contratto negoziato da altre organizzazioni sindacali.

³⁶ Si vedano la sentenza della Corte costituzionale n. 244/1996 e l'ordinanze n. 345/96, n. 148/97 e n. 76/1998.

Proprio per questo, la Corte non ritenne sufficiente ad integrare il requisito legale per la costituzione della r.s.a. «la mera adesione formale a un contratto negoziato da altri sindacati», essendo necessaria una partecipazione attiva al processo di formazione del contratto.³⁷

Volendo sintetizzare i noti passaggi a cui ora si è fatto riferimento, si può dire che, con la pronuncia del 1996, il requisito formale (la firma del contratto), ancorato ad un'interpretazione letterale dell'articolo 19, veniva trasformato in un requisito misto formale/sostanziale, connotato dal concorso della firma con la partecipazione attiva del sindacato alla trattativa.³⁸

L'evidenziata coerenza evolutiva della sentenza n. 231/2013 riguarda, appunto, tale impostazione sostanzialistica dell'articolo 19, in quanto, con il nuovo intervento del giudice costituzionale, si valorizza il dato della partecipazione alle sole trattative, disgiunto da quello della firma del contratto.

La Corte ha rilevato l'irragionevolezza del criterio formale, nella misura in cui questo interferisca su quello sostanziale, la partecipazione attiva alle trattative, vero indicatore della forza del sindacato, rendendolo del tutto inoperante.

La Corte non afferma la mera prevalenza del requisito sostanziale su quello formale ma si preoccupa di neutralizzare l'irragionevolezza del meccanismo, che consentiva al secondo di vanificare del tutto la capacità selettiva del primo.

La Corte, con la sentenza n. 231/2013, rende il requisito della partecipazione alle trattative sindacali autonomo ed autosufficiente,

³⁷ La sentenza 244/1996, inoltre, chiarisce che non è sufficiente la stipulazione di un contratto collettivo qualsiasi: il contratto sottoscritto deve essere un contratto di tipo normativo, il quale regoli in modo organico i rapporti di lavoro, almeno in un settore o un istituto importante della loro disciplina.

³⁸ LEPORE, A. *Continuità e discontinuità della giurisprudenza costituzionale sull'articolo 19 Stat. Lav.*, in *La RSA dopo la sentenza della Corte costituzionale 23 luglio 2013, n. 231. Bollettino ADAPT*, 2013 n. 13.

sempre che, beninteso, tali trattative si concludano con un contratto collettivo, applicato nell'unità produttiva, sottoscritto dalle altre organizzazioni sindacali.³⁹

3.1.2. Il contrasto con la libertà sindacale e le discriminazioni derivanti dal potere di accreditamento del datore di lavoro

Il principio della libertà contrattuale costituisce uno elemento essenziale per l'esercizio della autonomia collettiva e permette di individuare le parti legittimate a trattare ed a concludere un accordo collettivo, in base al reciproco riconoscimento tra le parti sociali, il quale non si risolve nel potere di accreditamento del datore di lavoro ma si nutre della capacità del sindacato di imporsi al datore di lavoro come controparte contrattuale.

Tale libertà implica, anche, la facoltà di dissentire e, quindi, di decidere di non firmare un accordo all'esito della trattativa: la manifestazione di questo dissenso non nega né sminuisce la forza del sindacato, già misurata con la partecipazione attiva al negoziato, semmai connota l'incapacità (o una carente predisposizione) del sindacato di mediare e pervenire all'accordo.⁴⁰

La Corte sottolinea che tale libertà non sarebbe tale nella sua pienezza, nel caso in cui il dissenso alla conclusione del contratto collettivo impedisse il riconoscimento dei diritti, garantiti al sindacato dalla legge.

³⁹ Sull'essenzialità della presenza di un contratto collettivo, applicato nell'unità produttiva, conviene la Corte costituzionale, rilevando un'incostituzionalità non ancora rimossa dell'articolo 19, relativa ai casi in cui non vi sia un contratto collettivo.

⁴⁰ La valutazione degli interessi collettivi e la modalità della loro gestione, che si esprimono anche attraverso la scelta di non firmare un accordo collettivo, ritenuto insoddisfacente, sono assolutamente insindacabili, poiché costituiscono manifestazioni del principio di libertà contrattuale e dell'autonomia collettiva, garantita dall'articolo 39, primo comma, della Costituzione.

La libertà contrattuale risulterebbe inevitabilmente «condizionata non solo dalla finalità di tutela degli interessi dei lavoratori, secondo la funzione regolativa propria della contrattazione collettiva, bensì anche dalla prospettiva di ottenere (firmando) o perdere (non firmando) i diritti del Titolo III, facenti capo direttamente all'associazione sindacale, potendo le due esigenze, come nella fattispecie in esame, entrare in conflitto, e dovendosi inoltre valutare la necessità, ai fini della sottoscrizione, del consenso e della collaborazione di parte datoriale».⁴¹

Il sindacato, fortemente rappresentativo ma che ha rifiutato di sottoscrivere un contratto collettivo, alla cui negoziazione ha partecipato, «si scontra con l'effetto legale di estromissione dalle prerogative sindacali che la disposizione denunciata, automaticamente, collega alla sua decisione di non sottoscrivere il contratto».⁴²

La mancata legittimazione alla costituzione di r.s.a. si traduce così in una forma impropria di sanzione del dissenso, che innegabilmente incide, condizionandola, sulla libertà del sindacato, in ordine alla scelta delle forme di tutela ritenute più appropriate per i suoi rappresentati.

Il favore accordato al sindacato dialogante e che si adopera per raggiungere l'accordo, espresso nella versione postreferendaria dell'articolo 19 e nella conseguente giurisprudenza costituzionale,⁴³ deve cedere di fronte alla necessità costituzionale di non penalizzare il dissenso.

Su tale profilo, si registra un punto di discontinuità con il precedente orientamento giurisprudenziale: anche se la Corte non si esprime in tali termini, si ripropone la questione riguardante l'esistenza di un "potere di

⁴¹ Ordinanza di remissione del Tribunale di Modena del 4 giugno del 2012.

⁴² Corte costituzionale n. 231/13.

⁴³ L'articolo 19 premiava con l'attribuzione del diritto a costituire la r.s.a. il sindacato, che fosse forte a tal punto da imporsi come parte necessaria della trattativa ma anche capace di trovare la mediazione utile per concludere tale trattativa e pervenire alla firma dell'accordo.

accreditamento” da parte del datore di lavoro, libero di scegliere chi ammettere al tavolo delle trattative e chi no.

Prima della modifica referendaria, la Corte aveva negato l’esistenza di un potere di accreditamento del datore di lavoro, in quanto l’accesso ai diritti del Titolo III era riservato ai soli sindacati firmatari dei contratti collettivi nazionali e provinciali: non era, infatti consentito, l’accesso pattizio tramite un accordo aziendale, attraverso il quale il datore di lavoro avrebbe potuto “concedere” il diritto di costituire rappresentanze sindacali in azienda.⁴⁴

Dopo la modifica referendaria del 1995, però, anche la sottoscrizione del contratto collettivo aziendale, al pari di quello nazionale e provinciale, legittima i sindacati alla costituzione di r.s.a. nell’unità produttiva.

La Corte era così costretta «a ritornare sui suoi passi, coll’escludere che il contratto aziendale ormai legittimato dall’ampulato articolo 19, lettera b) possa essere di per sé sospettato di esercizio di un potere di accreditamento discrezionale del datore di lavoro».⁴⁵

Tale accreditamento era circoscritto dalla Corte, alle ipotesi in cui il datore di lavoro concedeva, pattiziamente, una o più agevolazioni, previste dal titolo III della legge n. 300 del 1970, ad un’associazione sindacale, priva dei requisiti legali per averne diritto.

La legittimazione, derivante dalla lettera b), venne intesa come «una qualità giuridica attribuita dalla legge alle associazioni sindacali che

⁴⁴ La sentenza della Corte costituzionale n. 30 del 1990 ha affermato che il potere di accreditamento era privo di qualsiasi riscontro reale. CARINCI, F. *Il grande assente: l’art. 19 dello Statuto*, in *ADL*, 2012, n. 2, 338 ss.; MARESCA, A. *Prime osservazioni sul nuovo articolo 19 Stat. lav.: connessioni e sconnessioni sistemiche*, in *La RSA dopo la sentenza della Corte costituzionale 23 luglio 2013*, n. 231. *Bollettino ADAPT*, 2013 n. 13; LEPORE, A. *Continuità e discontinuità della giurisprudenza costituzionale sull’articolo 19 Stat. Lav.*, in *La RSA dopo la sentenza della Corte costituzionale 23 luglio 2013*, n. 231. *Bollettino ADAPT*, 2013 n. 13; DE SIMONE, M. *L’articolo 19 dello Statuto e la segregazione della F.I.O.M., fra interpretazioni evolutive e dubbi di incostituzionalità*, in *GM*, 2013 n. 5.

⁴⁵CARINCI, F. *Il grande assente: l’art. 19 dello Statuto*, in *ADL*, 2012, n. 2, 338 ss.; LEPORE, A. *Continuità e discontinuità della giurisprudenza costituzionale sull’articolo 19 Stat. Lav.*, in *La RSA dopo la sentenza della Corte costituzionale 23 luglio 2013*, n. 231. *Bollettino ADAPT*, 2013 n. 13.

abbiano stipulato contratti collettivi (nazionali, locali, aziendali) applicati nell'unità produttiva».

L'accesso al Titolo III si realizzava, quindi, come effetto legale della sottoscrizione di un contratto aziendale e non poteva, in alcun modo, considerarsi come effetto negoziale di un patto, che si risolve sostanzialmente in un atto discrezionale del datore di lavoro.⁴⁶

Le successive pronunce della Corte⁴⁷ giungono alla medesima conclusione, negando che la prospettiva di perdere i diritti del Titolo III sia in grado di viziare la determinazione volitiva del sindacato, spingendolo a sottoscrivere un contratto collettivo, di cui non condivide il contenuto.⁴⁸

La Corte, nei suoi ragionamenti, aveva in mente un sindacato autonomo, deciso ad assicurarsi a tutti i costi un suo primo ingresso ai diritti del Titolo III dello Statuto, che, invece, a suo avviso, andava preservato da un eccessivo affollamento. Diverso è il caso di un sindacato confederale, come la FIOM, il quale ha da sempre avuto accesso al Titolo III e che si vede negata la possibilità di costituire r.s.a., in quanto non firmataria del contratto collettivo applicato dalle società del gruppo FIAT.⁴⁹

Il pericolo dell'esercizio di un potere di accreditamento discrezionale del datore di lavoro, la cui esistenza era stata negata dalla stessa Corte,

⁴⁶ «La rappresentatività del sindacato non deriva da un riconoscimento del datore di lavoro espresso in forma pattizia ma è una qualità giuridica riconosciuta dalla legge alle associazioni sindacali che abbiano stipulato contratti collettivi (nazionali, locali o aziendali) applicati nell'unità produttiva». Sentenza della Corte Costituzionale n. 244/96.

⁴⁷ Ordinanze n. 345/1996, n. 148/1997 e n. 76/1998 della Corte Costituzionale.

⁴⁸ Si parla di un calcolo costo-benefici, che il sindacato si trova ad affrontare nel momento in cui decide se firmare o meno un contratto, dovendo anche considerare l'effetto legale della mancata sottoscrizione.

⁴⁹ Un sindacato come la FIOM dà, evidentemente, per scontata la sua presenza attiva ad ogni livello negoziale. Il sistema di contrattazione collettiva determina, generalmente, la co-vigenza, nell'unità produttiva, di almeno due contratti collettivi, il nazionale e l'aziendale: l'eventuale rifiuto di sottoscrivere un nuovo accordo collettivo, ad esempio aziendale, può essere compensato o ammortizzato all'interno del sistema stesso, in forza della sottoscrizione di quello nazionale, non provocando la mancata firma, quindi, nessuna conseguenza negativa in ordine alla legittimazione alla costituzione di r.s.a.. Il problema nasce con il battesimo di un nuovo sistema auto-concluso e auto-sufficiente, come quello FIAT, in cui manca questo doppio livello, o meglio in cui non vi sia un contratto collettivo nazionale.

diventa poi attuale, in virtù dei cambiamenti sopravvenuti nelle relazioni industriali: la controparte datoriale sembra divenire, libera di assumere un sindacato come interlocutore e di ricattarlo con un “firma o vai fuori”.⁵⁰

In un passaggio della sentenza n. 231, la Corte afferma che il nuovo criterio si rende necessario perché «per un sorta di eterogenesi dei fini la nuova norma si trasforma in un meccanismo di esclusione di soggetti maggiormente rappresentativi a livello aziendale».

I sindacati «sarebbero privilegiati o discriminati non già sulla base del rapporto con i lavoratori che rimanda al dato effettivo o valoriale della loro rappresentatività [...], bensì del rapporto con l’azienda, per il rilievo condizionante attribuito al dato contingente di avere prestato il proprio consenso alla conclusione di un contratto collettivo con la stessa».

Il modello disegnato dall’articolo 19, in quanto prevede la stipulazione del contratto collettivo quale unica premessa per il conseguimento dei diritti sindacali, condiziona il beneficio esclusivamente ad un atteggiamento consonante con l’impresa, o quanto meno presuppone l’assenso di quest’ultima alla fruizione della partecipazione sindacale.

In tal modo sarebbe dato all’imprenditore, pur al di fuori delle ipotesi di sostegno al sindacato di comodo, la possibilità di influire sulla libera dialettica sindacale in azienda, favorendo quelle organizzazioni che perseguono una politica rivendicativa a lui meno sgradita.⁵¹

Ciò si tradurrebbe in una vera e propria discriminazione per quei sindacati, che si vedono negata la possibilità di costituire r.s.a., non in ragione di un’insufficiente rappresentatività, ma per non essersi “piegati” a firmare un contratto, di cui non condividono il contenuto.

⁵⁰ CARINCI, F. *Il grande assente: l’art. 19 dello Statuto*, in *ADL*, 2012, n. 2, 338 ss.

⁵¹ La Corte, nella sentenza n. 231/13, ha parlato di “illegittimo accordo ad excludendum”.

3.1.3. L'illegittimità costituzionale residua

La Corte Costituzionale chiarisce che « l'intervento additivo così operato [...], in coerenza con il *petitum* dei giudici *a quibus* e nei limiti di rilevanza della questione sollevata, non affronta il più generale problema della mancata attuazione complessiva dell'articolo 39 della Costituzione, né individua - e non potrebbe farlo - un criterio selettivo della rappresentatività sindacale, ai fini del riconoscimento della tutela privilegiata di cui al Titolo III dello Statuto dei lavoratori in azienda, nel caso di mancanza di un contratto collettivo applicato nell'unità produttiva per carenza di attività negoziale ovvero per impossibilità di pervenire ad un accordo aziendale».

Nell'esaminare l'eccezione di costituzionalità, in concreto sollevata dai giudici *a quibus*, la Corte individua, quindi, un ulteriore profilo di incostituzionalità dell'articolo 19, diverso da quello sul quale era stata chiamata a pronunciarsi.

Tale profilo riguarda, in astratto, il caso di un'azienda che, legittimamente, non applica alcun contratto collettivo e, quindi, disciplina le condizioni di lavoro del personale dipendente soltanto nel rispetto della legge e dell'autonomia privata individuale: si tratta di una fattispecie che segnala una lacuna preesistente all'intervento additivo, realizzato con la sentenza n. 231/2013, e che permane anche dopo di esso.⁵²

Infatti l'autosufficienza attribuita dalla Corte alla partecipazione alle trattative si palesa *inutiliter data*, laddove manchi del tutto un contratto collettivo applicato nell'unità produttiva, nella quale si intende istituire la r.s.a..

⁵² MARESCA, A. *Prime osservazioni sul nuovo articolo 19 Stat. lav.: connessioni e sconnessioni sistemiche*, in *La RSA dopo la sentenza della Corte costituzionale 23 luglio 2013, n. 231. Bollettino ADAPT*, 2013 n. 13.

Quindi con riferimento a casi in cui non vi siano contratti collettivi applicati nell'azienda, la Corte rimette al legislatore il compito di provvedere a rendere conforme a Costituzione l'articolo 19, limitandosi a prospettare alcune possibili soluzioni da utilizzare a tal fine.⁵³

La verifica della legittimità costituzionale dell'articolo 19 non può dirsi conclusa, quindi, con la sentenza n. 231/2013, la quale costituisce soltanto una tappa di avvicinamento verso il traguardo della piena costituzionalità della norma statutaria: un traguardo che, però, potrà essere raggiunto soltanto a seguito dell'intervento del legislatore.⁵⁴

4. La mancata assunzione degli iscritti FIOM da parte di FIP spa

Il 7 marzo 2011, furono avviate le procedure di progressiva assunzione presso FIP spa del personale allora in forze allo stabilimento Giovanbattista Vico di Fiat Group Automobiles, allo scopo di dare avvio alle attività della nuova società FIP spa, avente ad oggetto la produzione del modello nuova Panda.⁵⁵

⁵³ I criteri proposti dalla Corte sono: a) la «valorizzazione dell'indice di rappresentatività costituito dal numero degli iscritti»; b) l'«introduzione di un obbligo a trattare con le organizzazioni sindacali che superino una determinata soglia di sbarramento»; c) l'«attribuzione al requisito previsto dall'art. 19 dello Statuto dei lavoratori del carattere di rinvio generale al sistema contrattuale e non al singolo contratto collettivo applicato nell'unità produttiva vigente»; d) o infine il «riconoscimento del diritto di ciascun lavoratore ad eleggere rappresentanze sindacali nei luoghi di lavoro».

⁵⁴ Come rileva Maresca, la modifica legislativa, necessaria per rendere pienamente aderente l'articolo 19 al dettato costituzionale, può risolversi in un intervento minimale, circoscritto a risolvere lo specifico vizio di costituzionalità, segnalato dalla Corte, ovvero tradursi in una generale riforma della rappresentatività sindacale, volta non solo a selezionare i soggetti titolari dei diritti sindacali in azienda, ma anche ad individuare chi sia legittimato ad esercitare l'autonomia collettiva, nel rispetto in quest'ultimo caso delle regole poste dall'articolo 39 Costituzione. MARESCA, A. *Prime osservazioni sul nuovo articolo 19 Stat. lav.: connessioni e sconnessioni sistemiche*, in *La RSA dopo la sentenza della Corte costituzionale 23 luglio 2013, n. 231. Bollettino ADAPT*, 2013 n. 13.

⁵⁵ Contemporaneamente la FGA avviava una procedura di CGIS per la preventiva cessazione dell'attività svolta presso lo stabilimento di Pomigliano, della durata di 24 mesi, con previsione del riassorbimento del personale eccedente, in relazione alla salita produttiva della nuova Panda. I lavoratori, posti in CGIS, sarebbero stati ricollocati alle dipendenze della società FIP spa.

Con la produzione della Panda già avviata e la maggior parte del personale già ricollocato, nessun lavoratore iscritto a FIOM, però, era stato assunto.

La decisione della FIAT di non far rientrare in azienda gli iscritti FIOM era stata riferita, in più occasioni, ai lavoratori dai capi e responsabili aziendali, con la conseguenza che molti iscritti all'epoca del referendum⁵⁶ avevano comunicato la disdetta dall'associazione sindacale ed alcuni di questi, in conseguenza della comunicazione, erano stati assunti.

La FIOM lamentava, quindi, una discriminazione sindacale nei confronti dei suoi iscritti, i quali non erano stati ricollocati alle dipendenze della FIP, in virtù della loro adesione ad un'organizzazione sindacale, in vista al datore di lavoro.⁵⁷

Particolarmente significativa è la scelta della FIOM-CGIL di utilizzare, citando in giudizio la FIP spa, il rito sommario di cognizione, ex articolo 28, comma 1 del D.Lvo. 150/11, invece dell'articolo 28 dello Statuto dei lavoratori, che si occupa di reprimere la condotta antisindacale.⁵⁸

⁵⁶ L'accordo separato di Pomigliano del 15 giugno 2010 fu sottoposto a referendum tra i lavoratori. La Fiat in quell'occasione minacciò che, in caso di esito negativo della consultazione, avrebbe provveduto alla chiusura dello stabilimento di Pomigliano e allo spostamento della produzione della nuova Panda all'estero. Il referendum si concluse con esito positivo ma registrò un'alta percentuale di dissenso.

⁵⁷ Ai fini di una piena comprensione del contesto di forte tensione nelle relazioni tra le società del gruppo FIAT e la FIOM-CGIL, è il caso di ricordare che: il sindacato aveva rifiutato di sottoscrivere i contratti collettivi che la FIAT aveva concluso con le altre sigle sindacali; la FIOM aveva contestato la legittimità degli stessi e rivendicato il suo diritto a costituire r.s.a. negli stabilimenti del gruppo. La FIAT, in un comunicato stampa del 23 giugno del 2010, prendendo atto «dell'impossibilità di trovare condivisioni da parte di chi sta ostacolando, con argomentazioni dal nostro punto di vista pretestuose, il piano per il rilancio di Pomigliano», dichiarava: «l'azienda lavorerà con le parti sindacali che si sono assunte la responsabilità dell'accordo al fine di individuare ed attuare insieme le condizioni di governabilità necessarie per la realizzazione di progetti futuri».

⁵⁸ L'articolo 28, comma 1, del d.lvo. 150/2011, dispone: «Le controversie in materia di discriminazione di cui all'articolo 44 del decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286, quelle di cui all'articolo 4 del decreto legislativo 9 luglio 2003, n. 215, quelle di cui all'articolo 4 del decreto legislativo 9 luglio 2003, n. 216, quelle di cui all'articolo 3 della legge 1° marzo 2006, n. 67, e quelle di cui all'articolo 55-quinquies del decreto legislativo 11 aprile 2006, n. 198, sono regolate dal rito sommario di cognizione, ove non diversamente disposto dal presente articolo».

Le discriminazioni sindacali sono, così, ricondotte alla più generale categoria delle discriminazioni fondate sulle convinzioni personali, di cui all'articolo 2 del decreto legislativo 216/2003, attraverso il quale l'Italia ha recepito la direttiva comunitaria 2000/78/CE, in materia di lotta alle discriminazioni fondate sulla religione o le convinzioni personali, gli handicap, l'età o l'orientamento sessuale, per quanto concerne l'occupazione e le condizioni di lavoro.

Tale scelta processuale ha importanti conseguenze in merito alla legittimazione ad agire del sindacato FIOM e dell'onere della prova, sensibilmente ridotto rispetto a quanto richiesto dal rito ex articolo 28 della l. 300/1970.

In merito al primo punto, legittimati ad agire, ai sensi dell'articolo 4 del d.lvo. 216/2003, oltre ai soggetti vittime delle discriminazioni, sono le organizzazioni sindacali, le associazioni e le organizzazioni rappresentative del diritto o dell'interesse leso, in nome e per conto ovvero a sostegno dei singoli lesi dalla condotta discriminatoria, in forza di una delega, conferita per atto pubblico o scrittura privata autenticata.

Tali soggetti collettivi sono altresì legittimati ad agire nei casi di discriminazione collettiva qualora non siano individuabili in modo diretto e immediato le persone lese dalla discriminazione.⁵⁹

La disciplina della legittimazione ad agire, in materia antidiscriminatoria risulta molto più ampia rispetto a quella prevista per la repressione della condotta antisindacale, azione riservata agli «organismi locali delle associazioni sindacali nazionali che vi abbiano interesse».

La FIOM ha potuto quindi agire, in forza di un espresso mandato, in nome e per conto di 19 lavoratori, suoi iscritti e non assunti da FIP, e nei confronti di tutti gli altri lavoratori non identificabili personalmente in modo diretto e immediato.

⁵⁹ Articolo 5, comma 2, del d.lvo. 216/2003.

La condotta discriminatoria della FIP è infatti destinata ad incidere su una collettività di soggetti (gli iscritti FIOM non assunti), suscettibile di individuazione soltanto in misura percentuale: tale percentuale esprime la relazione numerica, esistente tra gli iscritti alla FIOM e il totale dei lavoratori, impiegati nello stabilimento di Pomigliano, al momento della messa in cassa integrazione.

La FIP, nell'operare le assunzioni, dovrebbe mantenere tale percentuale invariata, rispettando, quindi, la proporzione esistente tra il numero degli iscritti FIOM e il totale dei lavoratori in forze.

Non è ontologicamente possibile, infatti, identificare nominativamente i soggetti lesi, in quanto non è possibile individuare chi tra gli iscritti FIOM sia da ricomprendere in detta percentuale, a fronte dell'innegabile discrezionalità del datore di lavoro nel selezionare il personale da assumere, una volta garantito il rispetto delle norme di tutela antidiscriminatoria.⁶⁰

Nel caso in cui il sindacato avesse deciso di agire ai sensi dell'articolo 28 dello Statuto dei lavoratori, la FIOM non avrebbe potuto agire in nome e per conto dei suoi iscritti ma soltanto per un interesse proprio, individuato nel libero esercizio della libertà sindacale. Inoltre non avrebbe potuto agire il sindacato nazionale ma un'articolazione territorialmente competente dello stesso.

Per quanto riguarda l'onere della prova, nel giudizio discriminatorio, il ricorrente ha un notevole "sconto probatorio": non deve, infatti, provare pienamente la condotta discriminatoria ma fornire elementi di fatto, desunti anche da dati di carattere statistico,⁶¹ dai quali si può presumere l'esistenza di atti, patti o comportamenti discriminatori.

⁶⁰ Ordinanza del Tribunale di Roma del 21 giugno 2012.

⁶¹ Il d.lvo. 150/2011, all'articolo 28, che si occupa delle controversie in materia di discriminazione, al comma 2, specifica che: «I dati di carattere statistico possono essere relativi anche alle assunzioni, ai regimi contributivi, all'assegnazione delle mansioni e

Al convenuto, invece, spetta l'onere di provare l'insussistenza della discriminazione.

Tale ripartizione dell'onere probatorio ha permesso al sindacato di provare la natura discriminatoria della mancata assunzione, utilizzando dati statistici dai quali si poteva presumere l'esistenza di una disparità di trattamento.⁶²

Sia la decisione di primo grado che quella d'appello hanno condannato la FIP ad assumere un numero di lavoratori iscritti FIOM, tale da rispettare la percentuale dell' 8,75 % di tutti i lavoratori da essa assunti.⁶³

4.1. Le opinioni sindacali sono da considerare convinzioni personali?

La scelta processuale del rito sommario di cognizione è fondata sull'assunto che le discriminazioni sindacali trovino tutela nella protezione stabilita dal decreto legislativo per le discriminazioni fondate sulle convinzioni personali.

La correttezza di tale impostazione si basa su una definizione di convinzioni personali, atta a ricomprendere anche le opinioni sindacali.

Sul punto la dottrina appare divisa tra chi sostiene che l'affiliazione sindacale sia riconducibile al concetto di convinzione personale e chi invece lo nega fermamente.

qualifiche, ai trasferimenti, alla progressione in carriera e ai licenziamenti dell'azienda interessata».

⁶² Nel caso di specie uno studio del prof. Andrew Olson, basato su una simulazione statistica, ha dimostrato che, in una selezione casuale, le probabilità che nessuno iscritto alla FIOM venisse selezionato per le assunzioni ammontano a una su dieci milioni.

⁶³ L'unica differenza di rilievo è che, nel giudizio di primo grado, ai lavoratori nominativamente rappresentati dalla FIOM è stato concesso un risarcimento del danno non patrimoniale subito mentre, nel secondo grado, la FIP è stata obbligata ad assumerli, avendo la Corte d'Appello accertato la natura individuale, oltre che collettiva, della discriminazione, concretatasi all'esclusione dalle assunzioni presso lo stabilimento di Pomigliano.

Ai fini del nostro discorso sulle discriminazioni sindacali, appare necessario risolvere tale questione, vista la mancanza nel testo della direttiva di una definizione di convinzioni personali.

I sostenitori della teoria contraria⁶⁴ ad una definizione di convinzioni personali, atta ad includere anche il motivo sindacale, basano le loro osservazioni su un'attenta analisi testuale:⁶⁵ il termine convinzioni personali (*beliefs*) è unito a "religione" dalla particella avversativa "o" e separato dagli altri motivi in elenco dalle virgole.⁶⁶

Da tale vicinanza si evincerebbe che i due termini debbano essere letti come endiadi, intesi come diverse declinazioni di un unico concetto.

Le convinzioni personali, quindi, non si riferirebbero a qualsiasi convinzione di natura ideologica bensì a quel credo individuale, la cui particolare coerenza e pervasività lo rendono assimilabile ad un credo religioso: si pensi, ad esempio, ad una filosofia improntata sulla non violenza o sul pacifismo e che si esprime con la partecipazione ad organizzazioni pubbliche e private, la cui etica si fonda su tali idee.⁶⁷

La convinzione deve essere dotata di un certo livello di coerenza, serietà, coesione e importanza, essere degna di una società democratica, compatibile con il valore della dignità umana e non in conflitto con gli altri diritti fondamentali.

Belief non è un'opinione o un punto di vista basato sulle informazioni acquisite in un dato momento ma una convinzione, capace di avere

⁶⁴ GIUGNI, G. *Diritto Sindacale*. Bari, Cacucci, 2010; VALLEBONA, A. *Le discriminazioni per «convinzioni personali» comprendono anche quelle per affiliazione sindacale: un'altra inammissibile stortura a favore della Fiom-Cgil*, in *MGL*, 2012, n. 8-9; VALLEBONA, A. *Ancora confusione tra discriminazioni per convinzioni personali e affiliazione sindacale*, in *MGL*, 2013, n. 1-2.

⁶⁵ Nel senso di un primato dell'interpretazione letterale nella giurisprudenza dei giudici di Lussemburgo: RUSSO, E. *L'interpretazione dei testi normativi comunitari*. Milano, Giuffrè, 2008.

⁶⁶ FAVILLI, C. *La non discriminazione nell'Unione Europea*. Bologna, Il Mulino, 2008.

⁶⁷ *Explanation Notes all'Equality act* del 2010, attraverso il quale il Regno Unito corregge il recepimento della normativa europea antidiscriminatoria.

un'influenza decisiva sulle scelte di vita e i comportamenti delle persone.⁶⁸

Non di certo lo sarebbero le opinioni sindacali: il carattere assai mutevole dell'affiliazione sindacale, infatti, costituirebbe una conferma della sua estraneità al concetto di convinzione personale.

Deve ritenersi che, in realtà, qualunque credo o ideologia personale è suscettibile di mutamento nel tempo, anche quella religiosa o politica.

Dall'intera vicenda FIAT-FIOM, si comprende come «l'affiliazione sindacale abbia rappresentato l'occasione per manifestare una concezione del lavoro e della dignità in essa realizzata, fondata su precise opinioni e consolidati sentimenti, tale da essere annoverata tra le "convinzioni personali"». ⁶⁹

Secondo l'opposto orientamento, la vicinanza dei due termini, "religione" e "convinzioni personali", permette di cogliere le affinità esistenti tra i due concetti, senza tuttavia arrivare a confonderli.

Un altro elemento, a sostegno della non riconducibilità delle opinioni sindacali al concetto di convinzioni personali, deriva dall'analisi dell'articolo 13 TCE (adesso articolo 19 TFUE), che ha costituito la base giuridica per l'emanazione della direttiva.

Si rileva al riguardo che i motivi elencati dall'articolo sono tassativi e che la norma ha carattere sussidiario, in quanto va esercitata «fatte salve altre disposizioni del trattato» e nell'ambito delle competenze conferite dagli altri trattati dell'Unione.

Procedere ad un'interpretazione estensiva dell'articolo 19 TFUE comporterebbe un'inammissibile erosione della sovranità degli Stati membri, in quanto consentirebbe di andare al di là di quanto da essi strettamente voluto con l'introduzione di tale disposizione.

⁶⁸ BARNARD, C. *EU Employment Law*. Oxford, Oxford University Press, 2012; DEAKIN, S. MORRIS, G. S. *Labour Law*. Oxford, Hart, 2012.

⁶⁹ Corte d'appello di Roma, 19 ottobre 2012.

L'Unione europea, inoltre, non ha alcuna competenza in materia sindacale, essendo questa esclusa dall'articolo 153 TFUE, in materia di diritto di associazione, diritto di sciopero e di serrata.

Un ulteriore argomento, a sostegno di tale tesi, dato dal considerando n. 5 della direttiva, il quale chiarisce che:

«È importante rispettare tali diritti e tali libertà fondamentali. La presente direttiva lascia impregiudicata la libertà di associazione tra cui il diritto di ogni individuo di fondare sindacati insieme con altri e di aderirvi per la difesa dei propri interessi».

Tale enunciato avrebbe la funzione di chiarire che le libertà sindacali non rientrano nel campo di applicazione della direttiva e rappresentano un "corpo estraneo" rispetto a questa: "lasciare impregiudicata" significherebbe tagliare fuori, dalla tutela della direttiva, le discriminazioni fondate sull'orientamento sindacale.

Il considerando n. 5 può ricevere, però, una differente interpretazione: come in altri considerata,⁷⁰ il legislatore comunitario dichiara di astenersi dall'intervenire sulle normative nazionali, in merito alle condizioni regolative della materia, ma ciò non varrebbe ad escludere, dalla generale protezione offerta, la fattispecie delle discriminazioni basate sulle convinzioni personali, che si manifestano attraverso l'adesione ad un'organizzazione sindacale.

Un argomento decisivo a sostegno della riconducibilità delle opinioni sindacali al concetto di convinzioni personali, si rinviene nell'articolo 1, che chiarisce che l'obiettivo della direttiva è il contrasto alle discriminazioni nel lavoro: apparirebbe, infatti, paradossale negare che la tutela antidiscriminatoria debba escludersi proprio nei confronti delle

⁷⁰ Si vedano i considerati n. 12 per la materia relativa all'ammissione e al soggiorno di cittadini di paesi terzi, n. 14 per la materia relativa all'età pensionabile e n. 22 per la materia dello stato civile e delle prestazioni che ne derivano.

convinzioni sindacali, rispetto alle quali maggiore è il rischio di subire discriminazioni durante il rapporto lavorativo.

Inoltre, la mancanza di una competenza dell'Unione Europea in materia sindacale non sembra essere un elemento decisivo per negare che nelle convinzioni personali siano ricomprese anche le opinioni sindacali.

L'incompetenza in materia sindacale, infatti, non ha impedito alla Corte di giustizia di risolvere questioni pregiudiziali, in cui era necessario effettuare un bilanciamento tra le libertà economiche e i diritti sindacali,⁷¹ né ha frenato il legislatore comunitario dall'affermazione del divieto di discriminazione in ragione dell'attività sindacale svolta.

Nelle direttive 2001/86 e 2009/38, in materia, rispettivamente, di diritti di informazione e consultazione nella Società europea e di Comitati aziendali europei, si prescrive agli Stati di vietare che i rappresentanti dei lavoratori subiscano discriminazioni, collegate al legittimo esercizio delle loro attività sindacali.⁷²

Inoltre l'avvocato generale Yves Bot ha chiarito che, in base all'articolo 7 della direttiva 2002/14, relativa ai diritti di informazione e consultazione, «i rappresentanti dei lavoratori devono godere di una tutela effettiva contro i provvedimenti svantaggiosi o discriminatori eventualmente adottati dai datori di lavoro nei loro confronti durante il loro mandato, o dopo la cessazione dello stesso, soprattutto in caso di licenziamento motivato dalla loro qualità o dalle loro attività di rappresentanti dei lavoratori». Il licenziamento dei rappresentanti dei lavoratori a causa dell'esercizio delle loro funzioni «sarebbe incompatibile con l'esigenza

⁷¹ Emblematiche sono le decisioni della Corte di Giustizia europea, che risolvono i contrasti tra i diritti sindacali e le libertà economiche, riconosciute nel Trattato: *Schmidberger v. Repubblica d'Austria* del 12 giugno 2013, C-112/00, in cui si discuteva se l'esercizio della libertà d'espressione e di riunione poteva costituire una legittima restrizione alla libertà di circolazione delle merci; *Albany* del 21 settembre 1999, C-67/96, sul rapporto tra contrattazione collettiva e libertà di concorrenza; *Viking* del 11 dicembre 2007, C-438/05, sul rapporto tra il diritto di sciopero e la libertà di stabilimento; *Laval* del 18 dicembre 2007, C-341/05 sul diritto di sciopero e la libertà di prestazione dei servizi.

⁷² Considerando n. 12 della direttiva 2001/86 e considerando n. 34 della direttiva 2009/38.

secondo cui essi devono essere messi in condizione di svolgere adeguatamente i compiti loro affidati».⁷³

Analizzando le altre fonti internazionali ed europee, è opportuno soffermarsi sulle posizioni espresse dalla Corte EDU, dal Comitato dei diritti economici sociali e culturali delle Nazioni Unite e Comitato europeo dei diritti sociali del Consiglio d'Europa.

La Corte EDU non si preoccupa di definire cosa siano le convinzioni personali, ma chiarisce che la portata del concetto di *belief* non è illimitato, trovando un limite nell'articolo 17 della CEDU, che esclude dalla tutela convenzionale le convinzioni personali contrarie alla dignità umana e allo spirito della Convenzione.

La giurisprudenza EDU ha fornito alcune indicazioni sugli aspetti formali del concetto di convinzioni, che si discosterebbero dalle idee e dalle opinioni per avere un certo grado di coerenza, forza, serietà e importanza ed un contenuto identificabile.⁷⁴

In direzione completamente opposta è il Comitato dei diritti economici sociali e culturali delle Nazioni Unite che, nel dare una definizione di opinioni politiche o di altro genere, include sia le opinioni dotate di carattere cogente che non, nonché i punti di vista o l'essere membro di un «*opinion-based association*», come un sindacato o un partito politico.

La Commissione sui diritti sociali del Consiglio d'Europa, interpretando l'articolo 5 della Carta sociale europea, ha affermato l'obbligo, per gli Stati membri, di garantire un'efficace tutela contro gli atti di discriminazione, che colpiscono un lavoratore in ragione della sua adesione ad un sindacato o partecipazione alle attività sindacali.⁷⁵

⁷³ Conclusioni dell'avvocato generale, 29 ottobre 2009, nella causa *Ingeniørforeningen i Danmark c. Dansk Arbejdsgiverforening*, C-405/08, § 50.

⁷⁴ *Campbell e Cosans c. Regno Unito*, sentenza 25 febbraio 1982; *Salonen c. Finlandia*, sentenza del 2 luglio 1997; *McFeeley e altri c. Regno Unito*, n. 8317/78, decisione della Commissione dei diritti umani del 15 maggio 1980.

⁷⁵ *Danilenkov v. Russia*, Application n. 67336/01, 30 luglio 2009.

Anche sulla base dell'orientamento favorevole degli organi internazionali, la dottrina che sostiene l'assimilazione dell'opinioni sindacali alle convinzioni personali, definisce quest'ultime come comprensive di «una serie di categorie del dover essere dell'individuo che vanno dall'etica alla filosofia, dalla politica alla dimensione dei rapporti sociali e sindacali, ed oltre ancora».⁷⁶

Vi è poi chi, ponendo in rilievo il collegamento esistente tra qualsiasi discriminazione e la lesione della dignità che ne deriva, spinge per un'interpretazione del concetto di convinzione personale, che vada oltre l'ideologia, arrivando a comprendere tutti i tipi di convinzione.⁷⁷

Sul presupposto che lesiva della dignità risulta la considerazione di qualsiasi opinione e considerando, allo stesso tempo, le attuali possibilità tecnologiche di composizione ed aggregazione (anche) delle opinioni, comprese quelle apparentemente insignificanti, al fine di costituire e classificare profili personali, appare decisamente opportuno accogliere una definizione di convinzioni personali capace di comprenderle tutte.⁷⁸

⁷⁶ CHIECO, P. *Le nuove direttive comunitarie sul divieto di discriminazione*, in *Riv. It. Dir. lav.* 2002, n.1; AMOROSO, G., DI CERBO, B. & MARESCA, A. *Diritto del lavoro – vol. 2*. Milano, Giuffrè, 2009; TREU, T. & ROCCELLA, M. *Diritto del lavoro della Comunità europea*. Padova, Cedam, 2012; BAVARO, V. *Ideologia e contratto di lavoro subordinato*, in *DLRI*, 2003 pag. 204; LEPORE, A. *Parità di trattamento nell'occupazione e nelle condizioni di lavoro*, in *D&G*, 2003 n. 3-4; DI PAOLA, L. *Discriminazioni sul posto di lavoro: si amplia l'area dei divieti*, in *NLCC*, 2005, p. 861; LASSANDARI, A. *Le discriminazioni: nozioni, interessi, tutele*, in Galgano, F. (a cura di) *Trattato di diritto commerciale e diritto pubblico dell'economia*. Padova, Cedam, 2010; AIMO, M.P. *Le discriminazione basate sulla religione e le convinzioni personali*, in Barbera, M. (a cura di) *Il nuovo diritto antidiscriminatorio: il quadro comunitario e nazionale*. Milano, Giuffrè, 2007. FERNANDEZ LOPEZ M.F. & CALVO CALLEGO. *La directiva 78/2000/CE e la prohibicion de la discriminacion por razones ideologica: una ampliacion del marco material comunitario*, in *Temas Laborales*, 2001, n. 59; CESARINI, C. *Discriminazione sindacale: note a margine della sentenza della Corte d'appello di Roma del 19 ottobre 2012*, in *a.e.* 2012, n. 12; GIUBBONI, S. *Discriminazioni, molestie e mobbing*, in Persiani, M. (a cura di) *Trattato di diritto del lavoro*. Padova, Cedam, 2012.

⁷⁷ LASSANDARI, A. *Le discriminazioni: nozioni, interessi, tutele*, in Galgano, F. (a cura di) *Trattato di diritto commerciale e diritto pubblico dell'economia*. Padova, Cedam, 2010; PERTILE, M. *Libertà di pensiero, coscienza e religione*, in Pineschi, L. (a cura di) *La tutela internazionale dei diritti umani: norme, garanzie, prassi*. Milano, Giuffrè, 2006.

⁷⁸ PERTILE, M. *Libertà di pensiero, coscienza e religione*, in Pineschi, L. (a cura di) *La tutela internazionale dei diritti umani: norme, garanzie, prassi*. Milano, Giuffrè, 2006.

4.2. Le discriminazioni sindacali nell'ordinamento italiano

La condotta della FIP è concretamente idonea a ledere sia l'interesse collettivo della FIOM che l'interesse individuale dei singoli lavoratori ad essa affiliati.

Il sindacato e i lavoratori hanno a disposizione forme di tutela differenziate e non sovrapponibili, in quanto volte a garantire diritti diversi, attraverso procedure e sanzioni diversificate in ragione della diversità dei soggetti e degli interessi tutelati: gli articoli 15 e 28 dello Statuto dei lavoratori e l'articolo 28 del d.lvo. 150/2011.

L'articolo 15 della l. 300/70 stabilisce la nullità di qualsiasi atto e patto, diretto a discriminare un lavoratore in ragione della sua affiliazione sindacale o della partecipazione alle attività sindacali.⁷⁹

L'articolo 15 è una norma di diritto sostanziale e non prevede uno speciale ed esclusivo procedimento per la tutela dei diritti lesi.

L'articolo 28 dello Statuto prevede, invece, un procedimento speciale nel caso di atti del datore di lavoro «diretti ad impedire o limitare l'esercizio della libertà e dell'attività sindacale, nonché del diritto di sciopero».

Esso tutela un interesse collettivo del sindacato alla esplicazione della libertà sindacale distinto ed autonomo rispetto a quello attribuito ai singoli lavoratori.

L'articolo 28 del d.lvo. 150/2011, invece, prevede un procedimento sommario di cognizione per le controversie in materia di discriminazione, che possono riguardare anche il motivo sindacale.

⁷⁹ Articolo 15 della legge 300/1970: «È nullo qualsiasi patto od atto diretto a: a) subordinare l'occupazione di un lavoratore alla condizione che aderisca o non aderisca ad una associazione sindacale ovvero cessa di farne parte; b) licenziare un lavoratore, discriminarlo nella assegnazione di qualifiche o mansioni, nei trasferimenti, nei provvedimenti disciplinari, o recargli altrimenti pregiudizio a causa della sua affiliazione o attività sindacale ovvero della sua partecipazione ad uno sciopero. Le disposizioni di cui al comma precedente si applicano altresì ai patti o atti diretti a fini di discriminazione politica, religiosa, razziale, di lingua o di sesso, di handicap, di età o basata sull'orientamento sessuale o sulle convinzioni personali».

L'articolo 28 del d.lvo. 150/11 non rappresenta un mero strumento di estensione ad altre ipotesi discriminatorie della tutela già accordata alla libertà sindacale, né si risolve in un "doppione" della tutela già prevista dall'articolo 28 dello Statuto.

I due articolo 28, infatti, costituiscono procedimenti approntati dal legislatore in difesa di situazioni diverse, attinenti l'una, l'articolo 28 dello Statuto dei lavoratori, direttamente alla tutela di un interesse dell'organizzazione sindacale e l'altra, articolo 28 del d.lvo. 150/2011, alla lesione del diritto, di cui sono titolari i lavoratori, a non subire discriminazioni per effetto del loro orientamento sindacale.

Diversa è anche la legittimazione ad agire che, nel primo caso, spetta all'organizzazione sindacale per un interesse proprio, mentre nel secondo compete in primo luogo ai lavoratori, a cui è consentito, per ragioni di opportunità, di delegare la propria rappresentanza al sindacato, e alle organizzazioni sindacali, sempre in veste di sostituti processuali, solo nelle ipotesi in cui non siano individuabili in modo diretto e immediato le persone lese dalla discriminazione.

Vista la natura onnicomprensiva dell'articolo 28 dello Statuto, le discriminazioni collettive avrebbero potuto ben rientrare nell'ambito di applicazione dello stesso, diretto alla repressione del comportamento antisindacale, nelle ipotesi di condotte datoriali plurioffensive.

Nei giudizi ex articolo 28 dello Statuto dei lavoratori, il sindacato non può, però, disporre dei diritti individuali dei lavoratori e, quindi, la tutela accordata in seguito al ricorso alla procedura di repressione della condotta sindacale non può incidere sui diritti acquisiti dai singoli lavoratori, se non in maniera indiretta.

Negare che l'articolo 28 del d.lvo 150/2011 si applichi alle ipotesi di discriminazioni sindacali significherebbe lasciare il singolo lavoratore sprovvisto di una pronta tutela, nel caso in cui l'organizzazione locale del

sindacato decidesse di non agire al fine di reprimere la condotta del datore di lavoro, lesiva delle libertà sindacali del singolo.

Il lavoratore sarebbe stato costretto ad adire il giudice del lavoro, ex articolo 414, non potendo contare sulla celerità tipica di un procedimento d'urgenza.

L'articolo 28 del d.lvo. 150/2011 arriva, quindi, a colmare la lacuna esistente nel nostro ordinamento, prevedendo un rito sommario, azionabile dal lavoratore, a tutela del suo diritto a non essere discriminato per ragioni sindacali, che risulta garantito dalla direttiva 2000/78/CE.

Inoltre, secondo la Corte d'appello di Roma, «può senz'altro ritenersi che la direttiva 2000/78/CE, tutelando le convinzioni personali avverso le discriminazioni, abbia data ingresso nell'ordinamento comunitario al formale riconoscimento (seppur nel solo ambito della regolazione dei rapporti di lavoro) della cd. libertà ideologica, il cui contenuto materiale può essere stabilito anche facendo riferimento all'articolo 6 del TUE e quindi alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo».⁸⁰

5. Considerazioni conclusive

Nelle pagine precedenti, abbiamo analizzato due fattispecie che, seppure molto differenti tra di loro, presentano un tratto comune: in entrambi i casi i datori di lavoro, aziende peraltro tutte facenti parte del medesimo gruppo, hanno posto in essere discriminazioni ai danni di un sindacato e dei suoi iscritti.

Sia nel caso in cui la FIOM si è vista negare l'accesso in azienda sia quando non ha visto assunto nemmeno uno dei suoi iscritti, il comportamento del datore di lavoro si è sostanziato in un diverso trattamento, riservatole in ragione del comportamento poco dialogante con la controparte datoriale.

⁸⁰ Corte di Appello di Roma, 19 ottobre 2012.

Nel primo caso, la FIOM ha agito a tutela delle sue prerogative sindacali al fine di far valere l'illegittimità dell'esclusione dai benefici del Titolo III, ex articolo 28 dello Statuto dei lavoratori.

Nel secondo caso, ha agito in nome e per conto di alcuni suoi iscritti, che le hanno conferito espresso mandato, e di altri lavoratori non individuabili in modo diretto e immediato.

La Corte d'appello di Roma, al fine di risolvere il nodo cruciale della riconducibilità delle opinioni sindacali al più ampio concetto di convinzioni personali, si è basata su un'interpretazione sistematica dell'articolo 19 TFUE, delle Convenzioni OIL rilevanti in materia e della Carta dei diritti fondamentali, resa vincolante dall'articolo 6 TUE.

È interessante notare che i giudici di entrambi i gradi, chiamati a decidere sulla controversia, abbiano fatto riferimento, nelle loro argomentazioni, a fonti di diritto internazionale, diversamente da quanto fatto dai numerosi giudici che si sono occupati dell'estromissione della FIOM dagli stabilimenti FIAT, in riferimento alla mancata legittimazione del sindacato alla costituzione di r.s.a..

Nel giudizio in materia di discriminazioni sindacali, era da ritenersi doveroso il ricorso per i giudici nazionali alle fonti internazionali, in quanto sono stati chiamati ad applicare la normativa interna, frutto del recepimento di una direttiva comunitaria.

Nell'altro caso, vero oggetto della questione era se l'articolo 19 potesse essere interpretato in modo da evitare la paradossale conseguenza di determinare l'esclusione della FIOM dalle prerogative del Titolo III.

I giudici, chiamati ad applicare tale articolo, quindi, hanno misurato la validità e la ragionevolezza della norma, tenendo in considerazione la *ratio legis* dello Statuto dei lavoratori e i principi costituzionali di parità di trattamento e libertà sindacale.

Per tale motivo, nessun giudice ha ritenuto di dover cercare riferimenti normativi utili, a sostegno delle sue argomentazioni, al di fuori della Carta costituzionale.

Si è trascurato, quindi, di considerare che anche le fonti internazionali, attraverso i principi espressi nelle numerose carte dei diritti, di cui l'Italia è firmataria, concorrono a determinare i contenuti della cosiddetta Costituzione materiale, attraverso un'interpretazione evolutiva che tenga conto dello stato di avanzamento civile, sociale e culturale della nazione, testimoniato anche dagli impegni a cui decide di vincolarsi in campo internazionale.

CONCLUSIONI

Attraverso l'esame delle fonti di diritto internazionale, svolto nelle pagine precedenti, si è giunti a ricostruire il quadro normativo in materia di discriminazioni sindacali.

In tutti i trattati e le carte dei diritti analizzati, è presente il riconoscimento del diritto a non subire discriminazioni e della libertà sindacale e sono previste disposizioni che, più o meno efficacemente, si preoccupano di garantire loro effettività.

Tra le fonti analizzate, non tutte prevedono *freestanding rights*, risolvendosi in un obbligo, più o meno stringente, per lo Stato di rispettare il contenuto programmatico della carta; ciò non esclude, però, che tali atti possano assumere una considerevole rilevanza, per l'indubbio valore politico del testo, attorno a cui si è raccolto il consenso degli Stati firmatari, nonché per la funzione ispiratrice che svolge per lo sviluppo del diritto internazionale e nazionale in materia di diritti umani.

Con il passare degli anni e con l'adozione di nuove convenzioni, si è cementato sempre di più quel «common standard of achievement for all people and all nations», definito, nel 1948, con la Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo.

Di importanza decisiva è stata l'opera svolta dall'Organizzazione Internazionale del Lavoro che, attraverso l'adozione di numerose convenzioni, ha portato alla definizione dei *core labour standards*, tra cui si annoverano la libertà sindacale e l'eliminazione delle discriminazioni in materia di impiego e occupazione.

Le discriminazioni sindacali ricevono, in virtù della rilevanza del motivo protetto, una particolare attenzione in campo internazionale: le discriminazioni sindacali, infatti, costituiscono una delle violazioni più gravi della libertà sindacale, che possono arrivare a minacciare seriamente l'esistenza stessa dei sindacati.

A ben guardare, il diritto a non subire discriminazioni in ragione delle opinioni sindacali, protetto in via generale dal diritto a non essere discriminati sulla base di una data caratteristica protetta, riceve il suo pieno riconoscimento come corollario della libertà sindacale, in quanto la protezione dalle discriminazioni sindacali è il principale mezzo attraverso il quale può essere garantito il libero ed effettivo esercizio dei diritti sindacali.

In ogni testo esaminato, seppur con significative differenze in riferimento all'ambito di applicazione e al contenuto, la libertà sindacale si afferma come diritto umano fondamentale: da tale generalizzato riconoscimento si deduce l'esistenza di una vera e propria *opinio iuris* circa l'esistenza di un divieto di discriminazioni sindacali, in quanto strumentale ad assicurare che al riconoscimento segua un effettivo esercizio di tale libertà.

Dalle considerazioni appena svolte non sembrerebbe ingiustificato ritenere che la libertà sindacale, con il conseguente divieto di discriminazioni sindacali, abbia trovato definitivo riconoscimento nel diritto internazionale generale.

Tuttavia, resta da verificare se il diritto a non subire discriminazioni sindacali possa assurgere al rango di fonte di diritto consuetudinario.¹

A tal fine, occorre verificare l'esistenza di prassi di enti ed organizzazioni internazionali, in riferimento ai diritti sindacali, le quali dimostrerebbero

¹ Con riferimento ai fattori che contribuiscono a dimostrare la natura consuetudinaria dei diritti fondamentali dei lavoratori, v. SANNA, S. *Diritti dei lavoratori e disciplina del commercio nel diritto internazionale*. Milano, Giuffrè, 2004.

l'esistenza di una norma di diritto consuetudinario, intesa come «prova di una pratica generale accettata come diritto»,² da parte della Comunità internazionale.

Il consenso generalizzato circa la necessità di garantire una protezione effettiva della libertà sindacale, quale standard in materia di lavoro, è chiaramente espresso nella Dichiarazione sui principi e sui diritti dell'ILO del 1998, in cui gli Stati membri si impegnano a rispettare tale libertà, indipendentemente dalla ratifica delle Convenzioni, ad essa relativa.³

La Dichiarazione, pur essendo giuridicamente non vincolante, contribuisce, quindi, ad attestare la formazione di un generale consenso riguardo alla definizione di un nucleo di diritti fondamentali dei lavoratori, in cui è compresa la libertà sindacale, la cui protezione risulta svincolata dalla posizione del singolo Stato, diventando un'*opinio iuris* ormai condivisa a livello internazionale.

Deciso argomento, a favore di tale tesi, si riviene anche nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo che, nelle sentenze *Wilson, NUJ e altri c. Regno Unito*, *Demir e Baykara c. Turchia* e *Enerji Yapi-Sol Sen c. Turchia*, ha alluso alla possibilità di individuare uno *ius cogens* anche nel settore sociale, in particolare nella materia sindacale, conferendo alle Convenzioni OIL una rilevanza che prescinde dall'accertamento preliminare della ratifica del singolo stato, in piena sintonia con la Dichiarazione dell'OIL del 1998 sui *Core Labour Rights*.

Con tale giurisprudenza, la Corte arriva a riconoscere, come tutelati dall'articolo 11 della CEDU, anche il diritto a non subire discriminazioni in ragione del proprio orientamento sindacale, il diritto alla contrattazione collettiva e il diritto di sciopero.

² Articolo 38 dello Statuto della Corte internazionale di Giustizia.

³ Tra le otto convenzioni fondamentali, ben due si occupano delle libertà sindacali. In particolare la Convenzione n. 98, sul diritto di organizzazione e negoziazione collettiva, all'articolo 1, prevede, espressamente, il divieto di discriminazioni, tendenti a compromettere la libertà sindacale in materia di impiego.

Tale evoluzione giurisprudenziale può comprendersi, nella sua straordinaria forza innovativa, tenendo conto dell'assoluta centralità dell'opera interpretativa svolta dalla Corte di Strasburgo, espressa dall'articolo 53 della Carta di Nizza, il quale afferma la prevalenza dell'interpretazione della Corte EDU in riferimento ai diritti convenzionali, che trovano riconoscimento anche nella Carta di Nizza.⁴

L'adesione dell'Unione Europea alla CEDU, introdotta con il trattato di Lisbona, conferma la straordinaria influenza della Convenzione in ambito europeo e costituisce la base per un impegno più incisivo dell'Unione, in futuro, in campo sociale.

Tale previsione si inserisce in una più generale evoluzione del panorama giuridico internazionale, sempre più concentrato a garantire la tutela dei diritti umani fondamentali, attraverso l'interazione di fonti internazionali e nazionali in materia e l'armonioso sviluppo della giurisprudenza delle corti nazionali e internazionali.

Il fitto dialogo tra le corti costituzionali nazionali, la corte di Strasburgo e quella di Lussemburgo, tutto orientato verso la costruzione di una vera e propria «comunità di corti», si traduce sempre più frequentemente in una sorta di tutela multilivello dei diritti umani.

La compresenza di fonti e giudici nazionali e sovranazionali è orientata verso una protezione maggiore dei diritti: il sistema multilivello non è volto certamente ad elidere segmenti di tutela aggiuntivi, eventualmente previsti negli ordinamenti interni, ma proiettato, quasi fisiologicamente, ad aumentare il raggio d'azione dei diritti garantiti.

Tale meccanismo opera anche in riferimento a diritti sindacali, i quali ricevono, negli ordinamenti nazionali, una tutela già compiuta ed efficace,

⁴ Articolo 53, comma 3, della Carta di Nizza: «Laddove la presente Carta contenga diritti corrispondenti a quelli garantiti dalla convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, il significato e la portata degli stessi sono uguali a quelli conferiti dalla suddetta convenzione. La presente disposizione non preclude che il diritto dell'Unione conceda una protezione più estesa».

confermando l'esistenza di una prassi generalizzata, da parte degli Stati e delle organizzazioni internazionali, di applicazione dei principi di libertà sindacale.

L'intervento dell'Unione europea, in materia di contrasto alle discriminazioni in riferimento all'occupazione e alle condizioni di lavoro, ha infatti permesso di introdurre nel nostro ordinamento una tutela più efficace nei casi di discriminazioni sindacali, rispetto a quella precedentemente prevista.⁵

A disposizione del singolo vi è un procedimento che, rispetto al rito ordinario, è più veloce e destinato a chiudersi con un provvedimento, l'ordinanza, che se non impugnata è idonea a passare in giudicato.

La peculiarità di tale rito è costituita dalle significative facilitazioni in merito all'assolvimento dell'onere della prova, che permette ai lavoratori discriminati di provare il differente trattamento subito, attraverso l'uso di presunzioni, utilizzando anche dati di carattere statistico.

Il superficiale recepimento della direttiva 2000/78/CE, in riferimento alla disciplina della parziale inversione dell'onere della prova, avvenuto con il d.lvo. 216/2003, ha comportato l'avvio di una procedura di infrazione nei confronti dell'Italia.

La legislazione italiana, in quanto stabiliva una condizione speciale di "gravità" per l'inversione dell'onere della prova, non aveva recepito in maniera corretta la direttiva comunitaria 2000/78/CE:⁶ l'articolo 4, quarto comma, del d.lvo. 216/2003, si limitava a richiamare l'articolo

⁵ Prima del d.lvo 216/2003, la tutela contro le discriminazioni sindacali era prevista dal solo Statuto dei lavoratori che, all'articolo 15, affermava la nullità di ogni atto o patto discriminatorio per ragioni sindacali, senza prevedere una disciplina processuale specifica: il soggetto discriminato per ragioni sindacali poteva agire in giudizio ex articolo 414 del c.p.c.. Nei casi di comportamenti plurioffensivi, gli organismi territoriali dei sindacati nazionali potevano agire ex articolo 28 dello Statuto dei lavoratori, a tutela di un interesse proprio, che solo indirettamente poteva interessare il singolo lavoratore.

⁶ Parere motivato della Commissione del 29 ottobre 2009.

2729 c.c., aggiungendo la possibilità di servirsi di dati statistici, senza prevedere, però, alcuna inversione dell'onere della prova.⁷

Con il d.lvo. 150/2011, che ha riorganizzato i riti civili di cognizione, il legislatore italiano ha delineato un procedimento da utilizzare nelle controversie in materia di discriminazioni, il quale ha permesso di riparare all'imperfetto recepimento della direttiva.

L'ordinamento italiano si è arricchito così di un procedimento in materia di discriminazioni, idoneo ad assicurare una tutela giurisdizionale in tempi rapidi, in modo tale da fornire un rimedio che sia realmente efficace e al tempo stesso dissuasivo.⁸

Un eccessivo ritardo nella definizione di tali controversie costituirebbe un diniego di giustizia e conseguentemente un diniego dei diritti sindacali dei lavoratori interessati.

Le considerazioni svolte, in quanto rilevanti al fine di provare l'esistenza di una *diurnitas* in materia di riconoscimento dei diritti sindacali, sono idonee a sostenere l'esistenza di una vera e propria norma consuetudinaria, avente ad oggetto la libertà sindacale, garantita, sotto il profilo dell'effettività, dal divieto di discriminazioni sindacali.⁹

⁷ Articolo 4, quarto comma, del d.lvo. 216/2003: «Il ricorrente, al fine di dimostrare la sussistenza di un comportamento discriminatorio a proprio danno, può dedurre in giudizio, anche sulla base di dati statistici, elementi di fatto, in termini gravi, precisi e concordanti, che il giudice valuta ai sensi dell'articolo 2729, primo comma, del codice civile».

⁸ L'articolo 17 della direttiva 2000/78/CE prevede l'obbligo per gli Stati membri di determinare le sanzioni da irrogare in caso di violazione della normativa nazionale di attuazione della direttiva e di prendere tutti i provvedimenti necessari per la loro applicazione. Le sanzioni, che possono prevedere un risarcimento dei danni, devono essere effettive, proporzionate e dissuasive. Tale disposizione è in linea con l'orientamento espresso dall'ILO, tramite le pronunce del Comitato sulla libertà sindacale, in materia di discriminazioni sindacali.

⁹ A sostegno di tale tesi: LEARY, V.A. *The paradox of workers' rights as human rights*, in Lance A., Compa L.A. & Diamond, S.F. (a cura di) *Human Rights, Labor Rights, and International Trade*. Philadelphia, University of Pennsylvania Press, 2003.

BIBLIOGRAFIA

ACRI, D. *La lotta internazionale contro le discriminazioni nel lavoro*, in *Dir. uomo*, 2004, n. 2.

AIMO, M. *Le discriminazione basate sulla religione e le convinzioni personali*, in Barbera, M. (a cura di) *Il nuovo diritto antidiscriminatorio: il quadro comunitario e nazionale*. Milano, Giuffrè, 2007.

ALAIMO, A. *Il diritto al lavoro fra Costituzione nazionale e Carte Europee dei diritti: un diritto aperto e multilivello*, in *CSDL, IT* 2008, n. 60.

AMOROSO, G., DI CERBO, B. & MARESCA, A. *Diritto del lavoro. Vol. 2: Lo Statuto dei lavoratori e la disciplina dei licenziamenti*. Milano, Giuffrè, 2009.

ARRIGO, G. & CASALE, G. *Glossary on labour law and industrial relations (with special reference to the European Union)*. Ginevra, Ufficio internazionale del lavoro, 2005.

BALLESTRERO, M.V. *Diritto sindacale*. Torino, Giappichelli, 2012.

BARBERA, M. *Eguaglianza e differenza nella nuova stagione del diritto antidiscriminatorio comunitario*, in Ales, G. & Ghezzi, G. (a cura di) *Studi in Onore di Giorgio Ghezzi*. Padova, Cedam, 2005.

BARBERA, M. *Il nuovo diritto antidiscriminatorio: innovazioni e continuità*, in Barbera, M. (a cura di) *Il nuovo diritto antidiscriminatorio: il quadro comunitario e nazionale*. Milano, Giuffrè, 2007.

BARBERA, M. *La nozione di discriminazione*, in *Azioni positive per la realizzazione della parità uomo-donna nel lavoro. Nuove leggi civili commentate*. Padova, Cedam, 1994.

BARBERA, M. *Not the same? The judicial role in the new community anti-discrimination law context*, in *ILJ*, 2002, n. 2.

BARNARD, C. *EU Employment Law*. Oxford, Oxford University Press, 2012.

BAVARO, V. *Ideologia e contratto di lavoro subordinato*, in *DLRI*, 2003, 204.

BELL, M. *The new article 13 EC: the sound basis of european anti-discrimination law?*, in *MJECL*, 1999, n. 1.

BELLOCCHI, P. *Rappresentanza e diritti sindacali in azienda*, in *DLRI*, 2011, 582.

BERTI, V. *La vicenda Fiat e le possibili soluzioni de iure (?) condendo: dalla frattura sindacale all'unità e viceversa*, in *La RSA dopo la sentenza della Corte costituzionale 23 luglio 2013, n. 231. Bollettino ADAPT*, 2013, n. 13.

BOLLANI, A. *Contratti collettivi separati e accesso ai diritti sindacali nel prisma degli accordi Fiat del 2010*, in *CSDLE, IT* 2011, n. 124.

BONINI BARALDI, M. *L'onere della prova nei casi di discriminazione: elementi per una concettualizzazione nella prospettiva del diritto privato*, in Calafà, L. (a cura di) *Il diritto antidiscriminatorio tra teoria e prassi applicativa*. Roma, Ediesse, 2009.

BORELLI, S., GUAZZAROTTI, A. & LORENZON, S. *I diritti dei lavoratori nelle carte europee dei diritti fondamentali*. Napoli, Jovene, 2012.

BRONZINI, G. *Diritto alla contrattazione collettiva e diritto di sciopero entrano nell'alveo protettivo della Cedu: una nuova frontiera per il garantismo sociale in Europa?*, in *RIDL*, 2009, n. 4.

BRONZINI, G. & PICCONE, V. *La corte di Lussemburgo “scopre” la Carta di Nizza: verso una nuova stagione della tutela multilevel dei diritti fondamentali?*, in *Riv. critica dir. lav.*, 2006, 979 ss..

BUSSE M. *Do trasnational corporations care about labour standard?*, in *Journal of Development Areas*, 2003, n. 2.

BUSSE, M. *Trasnational corporations and repression of political rights and civil liberties: an empirical analysis*, in *Kyklos*, 2004, n. 1.

CARINCI, F. *Il grande assente: l’art. 19 dello Statuto*, in *ADL*, 2012, n. 2, 338 ss..

CARINCI, F. *Al capezzale del sistema contrattuale: il giudice, il sindacato, il legislatore*, in *CSDLE – IT*, 2011, n. 133,

CARINCI, F., DE LUCA TAMAJO, R., TOSI, P. & TREU, T. *Diritto del lavoro. Vol. 1. Il diritto sindacale*. Utet, Torino, 2013.

CARINCI, F. *La cronaca si fa storia: da Pomigliano a Mirafiori*, in *ADL*, 2011, 11 ss..

CARINCI, F. & PIZZOFRERATO, A. *Diritto del lavoro dell'Unione europea*. Torino, Utet, 2010.

CARUSO, B. *FIOM vs. FIAT: Hard Cases davanti alla Consulta. (A proposito dell’art. 19 dello Statuto)*, in *RIDL*, 2012, n. 4.

CASALE, G. *Diritto del lavoro e relazioni industriali nell'Europa che cresce*. Roma, Ediesse, 2007.

CASSESE, S. *Universalità del diritto*, in *Il Corriere della Sera*, 23 marzo 2005.

CENTINI, M. *La tutela contro gli atti di discriminazione: la dignità umana tra il principio di parità di trattamento e il divieto di discriminazioni soggettive*, in *Giur. cost.*, 2007, n. 3.

CESARINI, C. *Discriminazione sindacale: note a margine della sentenza della Corte d'appello di Roma del 19 ottobre 2012*, in *A.e.*, 2012, n. 12.

CHIECO, P. *Contratto collettivo e dissenso individuale nel prisma del divieto di discriminazione*, in *Atti del Convegno Nazionale: Nuovi assetti delle fonti del diritto italiano*. Caspur Cyber Publishing, 2011.

CHIECO, P. *Le nuove direttive comunitarie sul divieto di discriminazione*, in *Riv. it. dir. lav.* 2002, n.1.

CHITI, G. *Il principio di non discriminazione e il Trattato di Amsterdam*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2000, n. 3-4.

CIPRESSI, P. *I Comportamenti antisindacali del datore di lavoro*. Milano, Giuffrè, 2013.

COLLIA, F. & ROTONDI, F. *Il comportamento antisindacale: aspetti sostanziali e processuali*. Padova, Cedam, 2004.

COMITATO, C. *Discriminazione preannunciata del datore di lavoro e legittimazione ad agire*, in *D&L Riv. critica dir. lav.*, 2008, n. 3.

CONTI, R. *Corte Costituzionale e Cedu: qualcosa di nuovo all'orizzonte?*, in *Corr. giur.* 2010, n. 5.

COSTA, F. *La condotta antisindacale*. Roma, Edizioni scientifiche italiane, 2011.

COUNCIL OF EUROPE. *Explanatory report, Protocol N. 12 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*, in <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Reports/Html/177.html>.

CRUS-VILLALON, J. *Lo sviluppo della tutela antidiscriminatoria nel diritto comunitario*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2003, n. 3-4.

CURCIO, L. *Le azioni in giudizio e l'onere della prova*, in Barbera, M. (a cura di) *Il nuovo diritto antidiscriminatorio: il quadro comunitario e nazionale*. Milano, Giuffrè, 2007.

DE NICTOLIS, R. *Riti speciali di cognizione: commentario al d.lgs. 1 settembre 2011, n. 150*, in *Le riforme del Diritto italiano*. Bologna, Zanichelli, 2012.

DE SIMONE, M. *L'articolo 19 dello Statuto e la segregazione della F.I.O.M., fra interpretazioni evolutive e dubbi di incostituzionalità*, in *GM*, 2013, n. 5.

DEAKIN, S. MORRIS, G. S. *Labour Law*. Oxford, Hart, 2012.

DEL PUNTA, R. *Del gioco e delle sue regole. Note sulla "sentenza Fiat"*, in *RIDL*, 2011, n. 2, 1421 ss..

DI PAOLA, L. *Discriminazioni sul posto di lavoro: si amplia l'area dei divieti*, in *NLCC*, 2005, 861.

DI SALVATORE, E. *Principio di non discriminazione, Diritto comunitario e Carta dei diritti fondamentali dell' UE*, in D'Atena, A. & Grossi, P. (a cura di) *Diritto, diritti e autonomie tra Unione europea e riforme costituzionali: in ricordo di Andrea Paoletti*. Milano, Giuffrè, 2003.

DOGLIANI, M. *Interpretazione della Costituzione*. Milano, Franco Angeli, 1982.

DONZELLI, R. *La tutela giurisdizionale in materia di condotta antisindacale e di parità di trattamento uomo-donna*. Roma, Aracne, 2004.

ECONOMIC AND SOCIAL COUNCIL. *General comment no. 20 on Non-discrimination in economic, social and cultural rights*, 2009.

ELLIS, E. & WATSON, P. *EU Antidiscrimination Law*. Oxford, Oxford European Law Library, 2012.

ESPÌN, E. *L'onere della prova nelle direttive del consiglio 2000/43 e 2000/78 sull'uguaglianza di trattamento*. Documento di lavoro.

FAVILLI, C. *La non discriminazione nell'Unione Europea*. Bologna, Il Mulino, 2008.

FERNANDEZ LOPEZ M.F. & CALVO CALLEGO. *La directiva 78/2000/CE e la prohibicion de la discriminacion por razones ideologica: una ampliacion del marco material comunitario*, in *Temas Laborales*, 2001, n. 59.

FERRARA, M.D. *Condotta antisindacale e diritto a costituire rappresentanze aziendali: il caso Fiat*, in *Lav. nella Giur.*, 2012, n. 1, 82.

FLYNN, L. *The implication of article 13 EC – After Amsterdam, will some forms of discrimination be more equal than others?*, in *CML Rev.*, 1999, n. 6.

FOGLIA, R. *L'attuazione giurisprudenziale del diritto comunitario del lavoro*. Padova, Cedam, 2002.

FOGLIA, R. & COSIO, R. *Il diritto del lavoro nell'Unione europea*. Milano, Giuffrè, 2011.

FOGLIA, R. *L'incidenza del diritto comunitario sul diritto del lavoro italiano nel dialogo tra le alte corti*, in Cosio, R. & Foglia, R. (a cura di) *Il diritto del lavoro nell'Unione Europea*. Milano, Giuffrè, 2011.

FREDMAN, S. *Equality: a new generation?*, in: *IJL*, 2001, vol. 30.

GALANTINO, L. *Diritto comunitario del lavoro*. Torino, Giappichelli, 2012.

GALANTINO, L. *Diritto Sindacale*. Torino, Giappichelli, 2012.

GALANTINO, L. *La legislazione antidiscriminatoria della Comunità europea, la tutela della dignità umana e il rispetto delle diversità*, in Ales, G. & Ghezzi, G. (a cura di) *Scritti in onore di Giorgio Ghezzi*. Padova, Cedam, 2005.

GARABELLO, R. *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, in Pineschi, L. (a cura di) *La tutela internazionale dei diritti umani: norme, garanzie, prassi*. Milano, Giuffrè, 2006.

GARGIULIO, U. *Tensioni e distorsioni nella crisi del modello statutario di rappresentanza sindacale in azienda*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2013, n. 1.

GAROFALO, M.G. *Rappresentanze aziendali e referendum*, in *DLRI*, 1995, 665.

GERNIGON, B., ODERO, A. & GUIDO, H. *ILO principles concerning the right to strike*, in *International Labour Review*, vol. 135, n. 4. Zurigo, Proletteris, 2000.

GHERA, E. *L'articolo 19 dello statuto, una norma da cambiare?*, in *DLRI*, 2013, vol. 138, 190.

GIASANTI, L. *L'interpretazione adeguatrice dell'art. 19 Stat.lav. tra giudice ordinario e giudice costituzionale*, in *RGL*, 2013, n. 1, 100 ss..

GIORGI, E. *La rappresentatività sindacale dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 231/2013*, in *La RSA dopo la sentenza della Corte costituzionale 23 luglio 2013, n. 231. Bollettino ADAPT*, 2013, n. 13.

GIUBBONI, S. *Da Roma a Nizza. Libertà economiche e diritti sociali fondamentali dell'unione europea*, in *Quad. dir. lav. rel. ind.*, 2004, n. 1, 28.

GIUBBONI, S. *Discriminazioni, molestie e mobbing*, in Persiani, M. (a cura di) *Trattato di diritto del lavoro*. Padova, Cedam, 2012.

GIUBBONI, S. *La costituzione asimmetrica dell'Europa sociale*, in Barbera, M. (a cura di) *Nuove forme di regolazione: il metodo aperto di coordinamento delle politiche sociali*. Milano, Giuffrè, 2006.

GIUGNI, G. *Commento all'art. 39*, in Branca G. (a cura di) *Commentario della Costituzione*. Bologna-Roma, Zanichelli – Il Foro italiano, 1982.

GIUGNI, G. *Diritto Sindacale*. Bari, Cacucci, 2010.

GIUGNI, G. *La rappresentatività delle organizzazioni sindacali nello Statuto dei lavoratori*, in *Giur. cost.*, 1974, n. 1

GRAVERL, E., DUPLESSIS, I. & GERNIGON, B. *The Committee of freedom of association: its impact over 50 years*. Ginevra, Ufficio internazionale del lavoro, 2001.

GREAT BRITAIN: FOREIGN AND COMMONWEALTH OFFICE. *A Partnership of Nations*. Oxford, Stationery Office Books, 1996.

GUARRIELLO, F. *Il ruolo delle istituzioni e della società civile*, in Barbera, M. (a cura di) *Il nuovo diritto antidiscriminatorio: il quadro comunitario e nazionale*. Milano, Giuffrè, 2007.

GUARRIELLO, F. *I diritti di contrattazione collettiva in un'economia globalizzata*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2012, n. 3.

GUARRIELLO, F. *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2003, n. 3-4.

GUAZZAROTTI, A. *Giurisprudenza Cedu e giurisprudenza costituzionale sui diritti sociali a confronto*, in *Atti del Convegno: Dibattito aperto sul diritto e la giustizia costituzionale*, in www.gruppodipisa.it.

HANSENNE, M. *Dichiarazione dell'Organizzazione internazionale del lavoro sui principi e i diritti fondamentali nel lavoro e suoi seguiti*. Torino, Centro Internazionale di Formazione dell'ILO, 1998.

HORII, T. *Non discrimination and equality of opportunity and treatment in employment and occupation*, in *Ilo. International Labour standards. A global approach*. Ginevra, Ufficio internazionale del lavoro, 2002.

HUMAN RIGHT COMMITTEE. *General Comment n. 29 on Derogation during a state of emergency*, 2001.

HUMAN RIGHT COMMITTEE. *General Comment n. 34 on Freedom of opinion and expression*, 2011.

HUMAN RIGHTS COMMITTEE. *General comment n. 18 on Non-discrimination*, 1989.

ICHINO, P. *Il contratto di lavoro*. Milano, Giuffrè, 2000.

ICHINO, P. *Le rappresentanze aziendali dopo il referendum*, in *RIDL* 1996, n. 1.

ICHINO, P. *Rappresentanze sindacali aziendali: la Consulta non risolve il problema*, in www.pietroichino.it.

ILO, DIRETTORE GENERALE. *Equality at work: The continuing challenge*. Global Report under the follow-up to the ILO Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work. Ginevra, Ufficio internazionale del lavoro, 2011.

ILO, DIRETTORE GENERALE. *Freedom of association in practice: Lessons learned*. Global Report under the follow-up to the ILO Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work. Ginevra, Ufficio internazionale del lavoro, 2008.

ILO, DIRETTORE GENERALE. *Organizing for social justice.* Global Report under the Follow-up to the ILO Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work. Ginevra, Ufficio Internazionale del Lavoro, 2004.

ILO, DIRETTORE GENERALE. *Rules of game: A brief introduction to International Labour Standards.* Ginevra, Ufficio internazionale del lavoro, 2005.

ILO, DIRETTORE GENERALE. *Uguaglianza nel lavoro: una sfida continua.* Rapporto Globale previsto dalla Dichiarazione dell'ILO sui principi e i diritti fondamentali nel lavoro. Torino, Centro Internazionale di Formazione dell'ILO, 2007.

ILO. *Freedom of Association: Digest of decisions and principles of the Freedom of Association Committee of the Governing Body of the ILO.* Ginevra, Ufficio internazionale del lavoro, 2006.

IZZI, D. *Eguaglianza e differenze nei rapporti di lavoro: il diritto antidiscriminatorio tra genere e fattori di rischio emergenti.* Napoli, Jovene, 2005.

JANIS, M.W., KEY R.S. & BRADLEY, A.W. *European Human Rights Law: text and materials.* New York, Oxford University Press, 2008.

KENNER, J. *EU employment law: from Rome to Amsterdam and beyond.* Oxford, Hart Publishing, 2003.

LA MACCHIA, C. *La Carta Comunitaria dei diritti sociali,* in *Dir. lav. rel. ind.,* 1990, 769 ss..

LAMA, L. *Sul concetto di negoziato rilevante ai sensi del "nuovo" articolo 19 Stat. lav.,* in *La RSA dopo la sentenza della Corte costituzionale 23 luglio 2013, n. 231. Bollettino ADAPT,* 2013, n. 13.

LAMA, R. *Interpretazione dell'articolo 19 Stat. lav. nella recente giurisprudenza di merito*, in *La RSA dopo la sentenza della Corte costituzionale 23 luglio 2013, n. 231. Bollettino ADAPT*, 2013, n. 13.

LAMBERTUCCI, P. *Contrattazione separata, rappresentanza sindacale nei luoghi di lavoro e incostituzionalità dell'art. 19 Stat. lav.*, in *DLM*, 2012, 283.

LASSANDARI, A. *Il giudice «equilibrista» e il rebus del sistema sindacale italiano: osservazioni sulla controversia tra Fiom e Fiat*, in *Riv. giur. lav.*, 2012, n. 1.

LASSANDARI, A. *Le discriminazioni: nozioni, interessi, tutele*, in Galgano, F. (a cura di) *Trattato di diritto commerciale e diritto pubblico dell'economia*. Padova, Cedam, 2010.

LEARY, V.A. *The paradox of workers' rights as human rights*, in Lance A., Compa L.A. & Diamond, S.F. (a cura di) *Human Rights, Labor Rights, and International Trade*. Philadelphia, University of Pennsylvania Press, 2003.

LECCESE, V. *Non solo diritti sindacali: il problema di costituzionalità dell'articolo 19, legge n. 300/1970, e l'estromissione del sindacato "scomodo" dai tavoli negoziali previsti dalla legge*, in *Dir. rel. ind.*, 2012, n. 3.

LENGAUER, A. *The new general principle of Non-Discrimination in EC Treaty as Amended by the Treaty of Amsterdam*, in *Aus. J. Int. & Eur. L.*, 1999, n. 3.

LEPORE, A. *Continuità e discontinuità della giurisprudenza costituzionale sull'articolo 19 Stat. Lav.*, in *La RSA dopo la sentenza della Corte costituzionale 23 luglio 2013, n. 231. Bollettino ADAPT*, 2013, n. 13.

LEPORE, A. *Parità di trattamento nell'occupazione e nelle condizioni di lavoro*, in *D&G*, 2003 n. 3-4.

LISO, F. *La decisione della Corte costituzionale sull'articolo 19 della legge n. 300/1970*, in *www.federalismi.it*, 2013, n. 15.

LISO, F. *La Fiom e la rappresentanza in azienda*, in *CSDLE – IT* 2013, n. 166, 15.

MANCUSO, C. *Le azioni positive e la prova statistica*, in *Dir. lav.*, 2002, n. 6.

MARCELLINO, F. *Le discriminazioni*, in Cendon, P. (a cura di) *Trattato dei nuovi danni*. Padova, CEDAM, 2011.

MARESCA, A. *Accordi collettivi separati: tra libertà contrattuale e democrazia sindacale*, in *RIDL*, 2010, n. 1, 29 ss..

MARESCA, A. *Ma tra il Lingotto e la Cgil i rapporti non cambieranno*, in *Il Sole 24 ore*, 4 luglio 2013.

MARESCA, A. *Prime osservazioni sul nuovo articolo 19 Stat. lav.: connessioni e sconnessioni sistemiche*, in *La RSA dopo la sentenza della Corte costituzionale 23 luglio 2013*, n. 231. *Bollettino ADAPT*, 2013, n. 13.

MARIANI, M. *Commento all'art 3 l. n. 108/1990*, in Grandi, M. e Pera G. (a cura di) *Commentario breve alle leggi sul lavoro*. Padova, CEDAM, 2005.

MARINO, G. *Il sindacato non firma il contratto? Incostituzionale l'esclusione delle rappresentanze aziendali*, in *Dir. gius.*, 2013, n. 0.

MASSA PINTO, I. *Il darwinismo sociale nelle relazioni industriali e la responsabilità della dottrina costituzionalistica: riflessioni sul rapporto tra Costituzione e diritto del lavoro a partire dalla sentenza Fiom vs. Fiat*, in *Giur. it.*, 2012, n. 6.

MCGOLDRICK, D. *The Human Rights Committee. Its role in the development of the International Covenant on civil and political rights*. Oxford, Clarendon Press, 1994.

MEZZACAPO, D. *La dichiarazione di incostituzionalità dell'articolo 19 Stat. lav. alla luce dei nuovi dati di sistema e di contesto*, in *La RSA dopo la sentenza della Corte costituzionale 23 luglio 2013*, n. 231. *Bollettino ADAPT*, 2013, n. 13.

MILITELLO, M. *Le nuove discriminazioni*, in Sciarra, S. (a cura di) *Manuale di diritto sociale europeo*. Torino, Giappichelli, 2010.

ORLANDINI, G. *La sentenza Pomigliano: un verdetto salomonico che non convince*, in *www.cgil.it*

PALLADINI, A. *L'attuazione delle direttive comunitarie contro le discriminazioni di razza, etnia, religione o convinzioni personali, handicap, età e orientamento sessuale*, in *Mass. giur. lav.*, 2004, n. 1-2.

PEDRAZZI, M. *La Convenzione europea sui diritti umani e il suo sistema di controllo*, in Pineschi, L. (a cura di) *La tutela internazionale dei diritti umani: norme, garanzie, prassi*. Milano, Giuffrè, 2006.

PERA, G. *Va tutto bene nella norma relativa alla costituzione di rappresentanze sindacali aziendali deliberata dal popolo sovrano?*, in *RIDL* 1996, n. 2.

PERSIANI, M. *A proposito di Pomigliano: fedeltà alla legge e presupposte aspettative sociali*, in *GI*, 2012, 118.

PERSIANI, M. *Ancora sul caso Fiat: eccessiva spericolatezza nel tentativo di soddisfare le aspettative sociali ovvero eccessiva prudenza nella fedeltà alla legge*, in *Giur. it.*, 2012 n. 6.

PERSIANI, M. *Ancora sulla sopravvenuta illegittimità costituzionale dell'art. 19 della legge n. 300 del 1970*, in *ADL*, 2012, n. 6, 1093.

PERSIANI, M. *Illegittimità costituzionale sopravvenuta dell'art. 19 della legge n. 300/1970*, in *GI*, 2012, n. 8-9, 1837 ss..

PERTILE, M. *Libertà di pensiero, coscienza e religione*, in Pineschi, L. (a cura di) *La tutela internazionale dei diritti umani: norme, garanzie, prassi*. Milano, Giuffrè, 2006.

PESOLE, L. *L'attuazione del principio di non discriminazione nelle pronunce costituzionali che manipolano più volte lo stesso testo legislativo*, in *Divieto di discriminazione e giurisprudenza costituzionale: atti del Seminario di Perugia del 18 marzo 2005*. Torino, Giappichelli, 2006.

PESSI, R. *Lezioni di diritto del lavoro*. Torino, Giappichelli, 2013.

PESSI, R. *Lo shock di Pomigliano sul diritto del lavoro: la contrattazione in deroga*, in *ADL*, 2010, n. 6.

PIGNATARO, L. *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 Pizzoferrato, A. & Carinci, F. (a cura di) *Diritto del lavoro. Vol. 9*. Torino, Utet, 2010.

PINESCHI, L. *Il Patto delle Nazioni Unite sui diritti civili e politici*, in Pineschi, L. (a cura di) *La tutela internazionale dei diritti umani: norme, garanzie, prassi*. Milano, Giuffrè, 2006.

PINESCHI, L. *Il Patto delle Nazioni Unite sui diritti economici, sociali e culturali*, in Pineschi, L. (a cura di) *La tutela internazionale dei diritti umani: norme, garanzie, prassi*. Milano, Giuffrè, 2006.

PIZZORUSSO, A. *Costituzioni e diritti umani*, in Greco, T. (a cura di) *Violazioni e tutela dei diritti umani*. Pisa, Plus – Università di Pisa, 2003.

POLLICINO, O. *Di cosa parliamo quando parliamo di uguaglianza? Un tentativo di problematizzazione del dibattito interno alla luce dell'esperienza sovranazionale, in Divieto di discriminazione e giurisprudenza costituzionale: atti del Seminario di Perugia del 18 marzo 2005*, Torino, Giappichelli, 2006.

POTTER, E.E. *Freedom of Association, the Right to Organize and Collective Bargaining: The Impact on US Law and Practice of Ratification of ILO Conventions No. 87 and No. 98*. Washington DC, Labor Policy Association, 1984.

RAFFI, A. *L'interpretazione dell'art. 19 Stat. lav. e il diritto di cittadinanza della Fiom-Cgil*, in *RGL*, 2012, 3, 431.

ROCCELLA, M., AIMO, M. & IZZI, D. *Diritto comunitario del lavoro: casi e materiali*. Torino, Giappichelli, 2006.

ROCCELLA, M. & IZZI, D. *Lavoro e diritto nell'Unione europea*. Assago, CEDAM, 2010.

ROCCELLA, M. & TREU, T. *Diritto del lavoro nell'Unione Europea*. Padova, Cedam, 2012.

RUSSO, E. *L'interpretazione dei testi normativi comunitari*. Milano, Giuffrè, 2008.

SALVATO, L. *Il rapporto tra norme interne, diritto dell'UE e disposizioni della CEDU: il punto sulla giurisprudenza*, in *Corr. giu.*, 2011, n. 3.

SANNA, S. *Diritti dei lavoratori e disciplina del commercio nel diritto internazionale*. Milano, Giuffrè, 2004.

SANTORO PASSARELLI, G. *Diritto dei lavori: diritto sindacale e rapporti di lavoro*. Torino, Giappichelli, 2013.

SANTORO PASSARELLI, G. *Diritto Sindacale*. Roma, Laterza, 2011.

SANTORO PASSARELLI, G. *Sulla costituzionalità del nuovo articolo 19 della legge n. 300 del 1970*, in *ADL*, 1997, n. 5.

SCHIAVETTI, F. *Ammissione alle trattative: la persistenza delle vecchie criticità in un nuovo sistema*, in *La RSA dopo la sentenza della Corte costituzionale 23 luglio 2013*, n. 231. *Bollettino ADAPT*, 2013, n. 13.

SCHIAVETTI, F. *I diritti sociali dei lavoratori in Europa*. Roma, Pioda, 2013.

SCHIEK, D., WADDINGTON, L. & BELL, M. *Cases, Material and Test on National, Supranational and International Non-Discrimination Law*. Oxford-Portland, Hart, 2007.

SCIARRA, S., ALAIMO, A., VALLAURI M.L. & MILITELLO, M. *Diritto del lavoro e diritto sociale europeo : temi scelti*, in Sciarra, S. & Caruso, B. (a cura di) *Il lavoro subordinato, Trattato di diritto privato dell'Unione europea*. Torino, Giappichelli, 2009.

SEATZU, F. *Il protocollo n. 12 alla Convenzione Europea per la Protezione dei Diritti dell'Uomo: uno strumento giuridico efficace per la tutela dell'eguaglianza e per l'eliminazione delle discriminazioni?*, in *Jus*, 2002, n. 3.

SIMONE, P. *Il principio di non discriminazione nella giurisprudenza della Corte di Giustizia: i criteri applicativi*, in Castangia, I. & Bianconi, G. (a cura di) *Il principio di non discriminazione nel Diritto dell'Unione Europea*. Napoli, Editoriale Scientifica, 2011.

SITZIA, L. *Pari dignità e non discriminazione*. Napoli, Jovene, 2011.

SORRENTINO, F. *Il diritto europeo nella giurisprudenza della Corte costituzionale: problemi e prospettive*, in www.cortecostituzionale.it.

SPITALERI, F. *Eguaglianza e non discriminazione nell'Unione Europea: dai singoli divieti al principio generale*, in Castangia, I. & Bianconi, G. (a cura di) *Il principio di non discriminazione nel Diritto dell'Unione Europea*. Napoli, Editoriale Scientifica, 2011.

TIRABOSCHI, M. *L'articolo 19 dello Statuto dopo l'intervento della Consulta*, in *G.lav*, 2013, n. 30, 12.

TIZZANO, A. *Corte e Corte di giustizia*, in *La Corte Costituzionale compie cinquant'anni*, in *foro.it*.

TOSI, P. *L'esclusione della Fiom dalla trattative per il rinnovo del Ccnl nel contesto dell'ordinamento sindacale di diritto comune*, in *GI*, 2013, 1604.

TREU, T. *A quarant'anni dallo Statuto dei lavoratori*, in *RIDL* 2011, n. 1.

TREU, T. *Condotta antisindacale e atti discriminatori*. Milano, Franco Angeli, 1974.

TRIPODINA, C. *Travolto da un insolito destino: l'articolo 19 dello Statuto dei lavoratori come leva per escludere dal diritto di costituire rsa (uno dei) sindacati maggiormente rappresentativi. Oscillazioni giurisprudenziali e dubbi di legittimità costituzionale*, in *www.costituzionalismo.it*, 2012, n. 3.

TROISI, C. *Divieto di discriminazione e forme di tutela: profili comparatistici*. Torino, Giappichelli, 2012.

VALLEBONA, A. *Ancora confusione tra discriminazioni per convinzioni personali e affiliazione sindacale*, in *MGL*, 2013, n. 1-2.

VALLEBONA, A. *Istituzioni di diritto del lavoro. Vol. 1. Diritto sindacale*. Padova, Cedam, 2011.

VALLEBONA, A. *Le discriminazioni per «convinzioni personali» comprendono anche quelle per affiliazione sindacale: un'altra inammissibile stortura a favore della Fiom-Cgil*, in *MGL*, 2012, n. 8-9.

VALLEBONA, A. *Magia per le r.s.a. Fiom-Cgil: «firmatarie» significa «non firmatarie»*, in *MGL*, 2012, n. 5, 344.

VALLEBONA, A. *Ostinazione per le r.s.a. Fiom-Cgil: ora viene riproposta una questione di costituzionalità già rigettata*, in *MGL*, 2012, n. 7, 524.

VIARENGO, I. *I diritti fondamentali tra Corte di giustizia, Corte europea dei diritti dell'uomo e Corti costituzionali*, in Adinolfi G, e Lang A. (a cura di) *Il trattato che adotta una costituzione per l'Europa: quali limitazione all'esercizio dei poteri sovrani degli Stati?* Milano, Giuffrè, 2006.

WADDINGTON, L. *Testing the limits of the EC Treaty of Non-Discrimination*, in *ILJ*, 1999, n. 2.

ZAGREBELSKY, W. *Corte, Convenzione europea dei diritti dell'uomo e sistema europeo di protezione dei diritti fondamentali*, in *La Corte Costituzionale compie cinquant'anni*, in www.foro.it.