

OSSERVAZIONI CRITICHE SU LAVORO E “TENDENZA” NELLE FONTI INTERNAZIONALI E COMUNITARIE (*).

ANTONIO VISCOMI

Straordinario di Diritto del Lavoro
Dipartimento Dopes - Facoltà di Giurisprudenza
Università *Magna Græcia* di Catanzaro

SOMMARIO: 1. Il percorso. – 2. La fattispecie. – 2.1. Requisito essenziale. – 2.2. Attività e struttura. – 3. Gli effetti. – 3.1. Effetti esonerativi. – 3.2. Effetti di adeguamento. – 4. (segue) Il limite del temperamento. – 5. Identità private e spazi pubblici.

1. Nella cornice di questo incontro con illustri rappresentanti delle Università del Mediterraneo, mi è stato chiesto di discutere, dal punto di vista delle mie specifiche competenze, alcuni aspetti che attengono alla disciplina delle relazioni di lavoro nell'ambito delle c.d. “organizzazioni di tendenza” (Bano 2001, Bavaro 2003, De Sanctis Ricciardone 1980, Mattarolo 1983, Pedrazzoli 1987, Santoni 1983). In verità, si tratta di aspetti tanto peculiari da apparire quasi marginali nel contesto tematico di una riflessione su «Università “di tendenza” e cultura della pace nel Mediterraneo». Tuttavia, è mia opinione che una discussione orientata all'analisi delle reciproche interferenze tra “tendenza” e “lavoro” (e diritto del lavoro) sia tale da portare l'attenzione del ricercatore su questioni di carattere generale, che riguardano, in ultima istanza, la possibilità stessa di costruire *modelli di convivenza sociale* in grado di coniugare valori radicali, quali il riconoscimento dell'eguaglianza ed il rispetto nonché, in alcuni casi, la valorizzazione delle differenze (Hepple-Choudhury 2001).

Su questo specifico versante, credo sia ragionevole ritenere che la regolazione giuridica dei rapporti di lavoro – vocata, fin dall'origine, ad

* Relazione al Convegno Internazionale di Studi su «Università “di tendenza” e cultura della pace nel Mediterraneo», Università Cattolica del Sacro Cuore, Milano 17-19 ottobre 2003, destinata agli Scritti in onore di Mattia Persiani.

assicurare una effettiva eguaglianza tra le parti contrattuali ed a contrastare ogni forma di discriminazione per ragioni attinenti alle condizioni biologiche o biografiche dei singoli lavoratori (Romagnoli 1995, Ballestrero 1979) – costituisca un’utile cartina di tornasole al fine di verificare l’*effettività* delle lodevoli intenzioni che lastricano ogni discorso in ordine al riconoscimento, sul piano propriamente giuridico, delle diverse narrazioni che danno senso e significato al mondo ed alla vita dell’uomo (Viscomi 1996a, 1996b). Anche in questa prospettiva, il diritto del lavoro si conferma disciplina di confine, barometro sensibile e, insomma, luogo di progettazione di modelli di organizzazione sociale (Baylos 1993).

Nella consapevolezza di un sì ampio scenario, ed anche al fine di non inseguire lontane suggestioni, è opportuno tracciare fin da subito gli snodi (logici, più che diacronici) del sentiero che intendo percorrere. A tal fine, credo necessario, in primo luogo, avviare una riflessione critica sui tratti tipici ed essenziali della *fattispecie* “organizzazione di tendenza”, anche sulla base di una ricognizione delle scarse *fonti* in materia, tutte caratterizzate – a dire il vero – da inusuale occasionalità e da diffusa frammentarietà. In secondo luogo, è mia intenzione verificare lo statuto giuridico ovvero, più esattamente, gli *effetti* conseguenti alla qualificazione di un ente collettivo a stregua di “organizzazione di tendenza”. Anche questa ricognizione si presenta non priva di incertezze, dal momento che i caratteri dell’occasionalità e della frammentarietà delle fonti normative sembrano normalmente accompagnarsi ad un *contenuto precettivo* dettato per sottrazione piuttosto che per addizione, in quanto funzionale a consentire l’esonero, totale o parziale, dall’applicazione della disciplina comune, piuttosto che a conseguire l’invenzione alternativa di una organica disciplina *ad hoc*. Infine, mantenendo fermo il punto di vista del giurista del lavoro, vorrei proporre, in una terza ed ultima parte, alcune riflessioni minime sui *rapporti tra eguaglianza e differenza nella prospettiva di una società plurale*, che invoca, in quanto tale, innovativi strumenti di regolazione, idonei ad impedire che la diversificazione delle regole possa determinare una frantumazione di quella stessa coesione sociale, che radici profonde e solide ha trovato proprio nel diritto del lavoro (Ritter 1996), come a noi consegnato dal secolo appena trascorso.

2. Cercando risposta alla prima questione – relativa alla definizione della fattispecie in esame nell’ambito delle fonti internazionali e comunitarie – il ricercatore si avvede immediatamente che “organizzazione di tendenza” è endiadi avente natura *stipulativa* e carattere *riassuntivo*, in sé non tipizzata da alcun documento normativo. In effetti, la ricognizione delle fonti consente di affermare, con sufficiente certezza, che la “tendenza” di una organizzazione – qualunque cosa si intenda – emerge all’attenzione in duplice modo e, forse, anche in duplice tempo.

2.1. In primo luogo, e direi anche in un primo tempo, la considerazione normativa della tendenza risulta *in modo indiretto e non autonomo*, operando come *presupposto* non legalmente tipizzato che legittima differenziazioni di trattamento sulla base di specifiche caratteristiche, *by will* o *by force*, la cui autonoma considerazione è altrimenti interdotta dall’ordinamento. A questo fine, il piano dell’argomentazione giuridica non appare particolarmente impervio, poggiando sulla diffusa considerazione secondo cui – per usare le parole del Commento Generale (n. 18) al Patto internazionale sui diritti civili e politici – «*not every differentiation of treatment will constitute discrimination*», a condizione che i criteri di differenziazione siano «*reasonable and objective*» e deputati a perseguire «*a purpose which is legitimate under the Covenant*». In questa prospettiva, dunque, non diversamente da altre significative circostanze, la “tendenza” si candida al ruolo di ragionevole ed obiettivo criterio di differenziazione normativa, invocando, ed al contempo assicurando, che situazioni differenti (o ritenute tali) *non* siano trattate in modo eguale (Choudhury 2003, McColgan 2003, Bell 2002, Moreau 2002).

Accolta questa configurazione teorica, resta da individuare il punto di effettiva incidenza della “tendenza” sul rapporto di lavoro, dal momento che l’auspicata differenziazione regolativa può essere coonestata tanto sulla base di una *analisi descrittiva della prestazione concretamente dovuta in un dato contesto organizzato*, quanto in virtù di una più ampia e generale *valutazione prescrittiva orientata al bilanciamento tra libertà e diritti fondamentali di pari rilievo*. La differenza tra le due prospettive – l’una orientata all’utilità organizzativa della prestazione dovuta, l’altra invece al bilanciamento dei valori in conflitto – non è certo di poco conto, se e quando si consideri l’estensione e l’intensità degli effetti

vincolanti che possono essere diversamente dedotti in ordine alla valutazione dei comportamenti professionali e privati del lavoratore. Tuttavia, nell'ambito delle fonti esaminate, è possibile verificare la presenza di entrambe le prospettive. Nel primo senso, può richiamarsi l'esempio della Convenzione OIL 111/1958 che non considera discriminazioni «le distinzioni, le esclusioni e le preferenze fondate sulle qualificazioni che si esigono per un impiego determinato» (ILO 2003). Nell'altro, invece, si può ricordare la Dichiarazione sulla eliminazione di tutte le forme di intolleranza e di discriminazioni basate sulla religione o le convenzioni personali, adottata dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite il 25 novembre 1981, che legittima limitazioni delle libertà tutelate anche quando necessarie «*to protect (...) fundamental rights and freedom of others*».

Naturalmente, assumo i documenti internazionali appena citati a stregua emblematica di una più ampia vicenda, radicata – quante altre mai – nel dialogo costante tra decisori politici, dottrina giuridica ed esperienza giurisprudenziale. Di questo dialogo non è possibile qui dire in dettaglio; è però necessario segnalare che proprio ad esso deve ascriversi la configurazione sistematica dei c.d. *requisiti essenziali e determinanti per lo svolgimento dell'attività lavorativa*, come parametri di valutazione della legittimità di trattamenti differenziati sulla base di caratteristiche altrimenti e generalmente interdette. Al riguardo, acquistano valore paradigmatico le due recenti Direttive del Consiglio dell'Unione Europea, assunte sulla base giuridica offerta dall'art. 13 del Trattato che istituisce la Comunità (Lengauer 1998, Loenen 2001). L'art. 4(1) di entrambe stabilisce infatti che una differenza di trattamento basata su di una caratteristica correlata alla razza o all'origine etnica (Dir. 2000/43/CE) (Selbmann 2002), ovvero alla religione, alle convenzioni personali, all'handicap, all'età o alle tendenze sessuali (Dir. 2000/78/CE), non costituisce discriminazione quando, per la «particolare natura» dell'attività lavorativa o per il «contesto» in cui essa viene espletata, quella stessa caratteristica rappresenti un «requisito essenziale e determinante per lo svolgimento dell'attività lavorativa», sempreché «l'obiettivo» perseguito sia legittimo e il «requisito proporzionato». L'efficienza di tale modello regolativo, tanto noto da non dover essere qui discusso in dettaglio, è stata confermata, di recente, dalla Direttiva 2002/73/CE del Parlamento e del Consiglio, assunta sulla diversa base

giuridica offerta dall'art. 141 del Trattato, in materia di parità di trattamento tra uomini e donne (Hervey 2002, Lanquetin 2003).

Nel quadro significativo offerto dal modello considerato, ammettere che la "tendenza" di una organizzazione sia elemento idoneo a conformare la natura della prestazione dovuta, o il contesto organizzativo in cui questa deve essere svolta, significa riconoscere che la stessa "tendenza" costituisce ragione sufficiente per considerare a stregua di differenza legittima ciò che altrimenti sarebbe da sanzionare come discriminazione vietata. In questa prospettiva, com'è però evidente, la "tendenza" dell'organizzazione *non assume propria, diretta ed autonoma specificità giuridica*, concorrendo piuttosto a stabilire, caso per caso, e nei limiti di una ragionevole proporzionalità, il patrimonio di abilità e professionalità richiesto dal creditore al debitore per l'adempimento dell'obbligazione di lavoro. Non diversamente dalle caratteristiche tecniche specifiche di *ogni* organizzazione di lavoro, la "tendenza" conforma la prestazione dovuta, definendo al contempo i parametri di valutazione dell'adempimento e dunque, all'occorrenza, anche i parametri di giustificazione causale del licenziamento.

2.2. Viceversa, la "tendenza", come tratto specifico di una organizzazione, emerge *in via diretta ed in modo autonomo* soltanto in una seconda e più recente fase, in particolare nell'ambito dell'ordinamento comunitario. Intendo riferirmi alla Direttiva 2000/78/CE, prima citata, ed alla successiva – e meno nota – Direttiva 2002/14/CE del Parlamento e del Consiglio. In virtù dell'art. 3(2) della Direttiva più recente, che istituisce un quadro generale relativo all'informazione e alla consultazione dei lavoratori, gli Stati membri «possono prevedere disposizioni specifiche applicabili alle imprese o agli stabilimenti che perseguono direttamente e principalmente fini politici, di organizzazione professionale, confessionali, benéfici, educativi, scientifici o artistici, nonché fini di informazione o espressione di opinioni». Ai sensi, invece, dell'art. 4(2) della Direttiva quadro in materia di parità (Onida 2001, Barnard 2001), gli Stati membri possono mantenere o prevedere (alle condizioni ivi indicate) disposizioni in virtù delle quali, nell'ambito di «attività professionali delle chiese o di altre organizzazioni pubbliche o private la cui etica è fondata sulla religione o sulle convinzioni personali», una differenza di trattamento basata

esclusivamente sulla religione o sulle convinzioni personali non costituisca discriminazione quando, «per la natura di tali attività o per il contesto in cui vengono espletate, la stessa religione o le stesse convinzioni personali rappresentino un requisito essenziale, legittimo e giustificato per lo svolgimento dell'attività lavorativa, tenuto conto dell'etica dell'organizzazione».

Al riguardo, vorrei proporre tre considerazioni.

La prima riguarda la tendenziale *emarginazione*, nell'ordinamento comunitario, degli orientamenti volti ad affermare un rapporto di reciproca esclusione tra profitto e "tendenza", e cioè *l'incompatibilità logica e giuridica tra "tendenza" e moduli organizzativi di tipo imprenditoriale*. Intendo riferirmi a quegli orientamenti interpretativi, positivamente accolti anche in alcuni ordinamenti nazionali, che nel carattere imprenditoriale di una organizzazione e, in definitiva, nel perseguimento di un fine di lucro, hanno tradizionalmente individuato il limite oltre il quale la "tendenza" non soccorre più a conformare l'organizzazione, tanto che questa, radicandosi *nel* ed operando *per il mercato*, non è legittimata ad invocare alcun privilegio. Alla perdurante incompatibilità tra "tendenza" e mercato sembrano ora porre un ostacolo significativo tanto l'art. 3(2), in relazione all'art. 2(a), della Dir. 2002/14/CE, quanto lo stesso art. 4(2) della Direttiva sulla parità. La prima disposizione consente una specializzazione regolativa statutale a beneficio delle imprese pubbliche o private, *abbiano o meno fini di lucro*, quando la relativa attività economica persegua «direttamente e principalmente» le finalità ivi indicate. L'irrelevanza del modello organizzativo è poi confermata – ed anzi rafforzata – dall'art. 4(2) della Direttiva sulla parità, là dove alle «chiese» (Chizzoniti, a cura di, 2002) risultano affiancate «altre» (e non meglio precisate) «organizzazioni pubbliche o private la cui etica è fondata sulla religione o sulle convinzioni personali».

La seconda considerazione riguarda proprio quest'ultima definizione ed attiene in particolare agli *incerti confini* dell'universo delle *organizzazioni segnate da un'etica ideologicamente fondata (per confessione o convinzioni personali)*, che non sembra potersi integralmente risolvere nelle organizzazioni non confessionali o filosofiche, di cui al considerando (24), e neppure ridursi alle «organizzazioni che promuovono determinati valori religiosi», di cui

invece parlava l'originaria proposta di Direttiva (presentata dalla Commissione il 25 novembre 1999: COM(1999)565 def.). In effetti, come spesso capita, l'incertezza del significato è correlata all'incertezza del significante, dal momento che il termine "etica" può descrivere un costume allo steso modo in cui può prescrivere una qualità morale dell'azione svolta, in guisa tale da poter dire – giocando un poco con le parole – che ogni organizzazione ha una propria etica, ma non tutte le organizzazioni sono propriamente etiche. Naturalmente, dall'assenza di una chiara determinazione (in sede comunitaria) può derivare (a livello nazionale) il rischio di una dilatazione della figura. Che tale rischio non sia meramente teorico, è confermato dall'art. 3, comma 5, del d.lg. 9 luglio 2003 n. 216. Infatti, attuando la Direttiva sulla parità, il legislatore italiano ha affiancato agli enti religiosi le «organizzazioni pubbliche o private», trascurando di richiamare l'essenziale fondamento ideologico dell'etica dell'organizzazione. Da qui la conseguenza, forse azzardata ma pure argomentabile sul piano interpretativo, di una estensione del beneficio anche ad organizzazioni impegnate in attività per le quali la religione e le convinzioni personali assumono comunque un forte grado di significatività. Mi chiedo, ad esempio, se sulla base della norma nazionale una fabbrica di armamenti possa invocare quel beneficio adducendo che, in ragione della natura dell'attività esercitata, religione e convinzioni personali costituiscono «requisiti essenziali», idonei a legittimare – in ipotesi – una diversità di trattamento nei confronti di soggetti orientati verso confessioni o convinzioni pacifiste.

Infine, ed è questa la terza considerazione, vorrei sottolineare il fatto che le recenti Direttive propongono, di fatto, due diverse definizioni della fattispecie in esame, individuandone il tratto tipico ora nell'azione di inveramento della tendenza, ora invece nel fondamento religioso o ideologico dell'etica dell'organizzazione, risultando indifferente che l'attività svolta, per forma giuridica o logica economica, sia o no rivolta al mercato. E forse non è del tutto errato ipotizzare una correlazione significativa tra la perdita di rilevanza della tradizionale contraddizione (logica, prima che giuridica) tra "tendenza" e mercato, ed il parallelo incremento del tasso di incertezza nell'individuazione degli elementi tipici della fattispecie "organizzazione di tendenza". In ogni caso, il tergiversare dell'Unione tra l'elemento teleologico e dinamico della *attività eticamente orientata*, e la dimensione strutturale e statica

dell'*etica, ideologicamente fondata, dell'organizzazione*, è motivo sufficiente per dubitare della stessa possibilità di configurare, allo stato, una fattispecie tipica denominata "organizzazione di tendenza", di rilievo comunitario o internazionale, e quindi ragione adeguata per considerare le singole disposizioni che ne trattano a stregua di autonomi microsistemi di riferimento.

3. Queste considerazioni consentono di avviare il discorso sugli *effetti* conseguenti alla qualificazione dell'organizzazione come "di tendenza" sui rapporti di lavoro. Volendo proporre una sorta di provvisoria e generale classificazione, tali effetti possono essere articolati lungo un *continuum* ai cui poli estremi, tendenzialmente correlati con le modalità di emersione, diretta o indiretta, della tendenza, è possibile individuare due diversi modelli: l'uno caratterizzato da effetti di adeguamento della normativa generale alle specificità dell'organizzazione di tendenza; l'altro, invece, da eccezionali effetti di esonero dall'applicazione di una regola altrimenti generale.

3.1. Esempio classico di *effetto esonerativo* è dato dalla Direttiva, più volte citata, in materia di informazione e consultazione, là dove si consente che una impresa "di tendenza", quand'anche rivolta al mercato, possa non essere obbligata a fornire, ai propri lavoratori ed ai loro rappresentanti, informazioni in ordine all'andamento, alla struttura, ed alla evoluzione probabile dell'occupazione ed alle decisioni suscettibili di comportare cambiamenti di rilievo in materia di organizzazione del lavoro. Questa clausola suscita molta perplessità, sembrando intollerabile che l'ordinamento comunitario possa negare alla radice l'implementazione della *guideline* – ribadita ed enfatizzata dal considerando (7) della stessa Direttiva – che valorizza le forme di dialogo sociale anche in funzione della creazione, in sede aziendale e territoriale, di quell'essenziale bene immateriale che gli economisti chiamano "relazioni di fiducia". Ed è interessante notare come l'Unione, nell'ambito del considerando (24), abbia tentato di giustificare siffatta esclusione non già richiamando, come d'uso, argomenti positivi, ma rivendicando piuttosto l'opportunità di «non incidere su un certo numero di specificità (...) che sussistono in alcuni diritti nazionali». Temo di non

errare se intravedo in tali “specificità” nazionali la volontà – neppure tanto velata – di inibire l’ingresso delle organizzazioni collettive di rappresentanza dei lavoratori in ambienti che generalmente si pretendono non conflittuali in quanto ideologicamente coesi, ma che spesso tali sono in virtù di una forte caratterizzazione gerarchica. Se ciò è vero, la tutela della tendenza finisce però per coincidere con la negazione stessa del diritto di autotutela dei lavoratori operanti all’interno di una organizzazione (o addirittura di una impresa) di tendenza, senza che tra i due termini della vicenda vi sia alcuna simmetria né logica né giuridica (Margiotta Broglio 1997).

3.2. Il diverso *effetto di adeguamento* della normativa generale è dato invece dall’operare sinergico (ma non sempre tecnicamente consapevole) di due modalità, alternative ma non antitetiche, di limitazione dei poteri datoriali: mi riferisco alla legislazione antidiscriminatoria (ed in particolare alla rifondazione in chiave valutativa del principio di eguaglianza) ed alla configurazione causale del contratto di lavoro (ed in particolare alla valutazione dell’interesse del creditore come criterio di conformazione della prestazione dovuta).

Nella prima prospettiva, peraltro già accennata, la “tendenza” può conformare la natura della prestazione dovuta, ovvero creare il contesto all’interno del quale la prestazione deve essere espletata, così consegnando all’interprete il substrato materiale necessario per consentire l’operatività di quei requisiti essenziali e determinanti che, in misura proporzionata e per fini legittimi, consentono differenze di trattamento altrimenti vietate (Bavaro 2003). Nella seconda prospettiva, invece, il limite al potere datoriale è segnato dalla stessa funzione tipica del contratto di lavoro, rappresentata sinteticamente dalla collaborazione, e cioè dalla disponibilità ideale del prestatore all’inserimento continuativo della sua prestazione all’interno di un sistema organizzato per i fini che di questo sono propri (Ghera 2003). A tale stregua, la “tendenza” concorre a qualificare la collaborazione dovuta dal prestatore di lavoro e rappresenta il parametro principale di valutazione dell’esattezza (o della non esattezza) dei comportamenti solutori (Viscomi 1997).

In entrambe le prospettive, dunque, la “tendenza” non costituisce presupposto di per sé sufficiente ad assicurare una sfera generale e preventiva di immunità dell’organizzazione, sulla quale, anzi, grava l’onere di provare la ragionevolezza delle differenze invocate o di fatto introdotte. Proprio per questo motivo, l’effetto di adeguamento della prestazione incontra (e si scontra con) la diversa, e ben più delicata questione, del *limite* oltre il quale esso comprime in modo significativo ed inaccettabile la stessa personalità o la dignità del prestatore di lavoro. Ed è bilanciamento, questo, che, allo stato, sembra trovare risposta soltanto in via interpretativa e giurisprudenziale, così come in via interpretativa e giurisprudenziale è nata ed è stata perfezionata tanto la teorica dei requisiti occupazionali genuini, quanto quella del lavoratore «*tendenzträger*», peculiarmente vincolato in quanto addetto a mansioni direttamente volte a realizzare le specifiche finalità dell’organizzazione.

4. Di entrambe le funzioni indicate, partecipa la norma contenuta nei paragrafi (2) e (3) dell’art. 4 della Direttiva sulla parità di trattamento. Sulla base di alcune disposizioni procedurali che qui si danno per acquisite, essa consente agli Stati membri di prevedere che: (a) nel caso di attività professionali di chiese o di altre organizzazioni pubbliche o private la cui etica è fondata sulla religione o sulle convenzioni personali, (b) una diversità di trattamento basata sulla religione o sulle convenzioni personali (ma non su altri motivi) può non costituire discriminazione, quando, (c) per la natura di tali attività o per il contesto in cui vengono espletate, (d) la religione o le convenzioni personali rappresentino requisito essenziale, legittimo e giustificato per lo svolgimento dell’attività lavorativa, (e) tenuto conto dell’etica dell’organizzazione, e (f) fermo restando che le chiese e le organizzazioni possono esigere dalle persone che sono alle loro dipendenze un atteggiamento di buona fede e di lealtà nei confronti dell’etica dell’organizzazione. In questa sede, non è certo possibile trattare con adeguato approfondimento tutte le questioni sollevate dai sei enunciati che compongono la norma comunitaria. Mi limito perciò a proporre quattro osservazioni minime, mantenendo ferma l’attenzione sugli effetti connessi alla qualificazione della fattispecie.

La prima osservazione riguarda il paragrafo (3) della norma comunitaria, là dove si richiede al lavoratore l’assunzione di un *atteggiamento di buona fede e di lealtà* nei confronti dell’etica dell’organizzazione da cui

dipende. Credo che il valore effettivo di tale disposizione sia strettamente condizionato dalla configurazione, nei singoli ordinamenti, degli obblighi e dei diritti nascenti dal contratto di lavoro. In via generale, tuttavia, ritengo che criteri come buona fede, lealtà, fedeltà e anche diligenza nell'esecuzione della prestazione, siano da considerare concetti elastici idonei a coniugare, in un quadro ordinato ed in via ordinaria, la natura della prestazione dovuta dal debitore con l'interesse stesso del creditore della prestazione di lavoro concretizzato *nella* specifica organizzazione di lavoro (Viscomi 1997, Bavaro 2003).

La seconda osservazione attiene alla esplicita previsione di *attività professionali* delle chiese e delle altre organizzazioni. Si tratta di formulazione che a me pare significativa in duplice modo. Da un lato, conferma ancora l'inesistenza di un principio, generale e astratto, di immunità rispetto al carattere vincolante del principio di parità: la differenziazione consentita dal legislatore comunitario *deve* essere correlata ad una specifica attività professionale. Dall'altro lato, però, quella stessa formulazione, trattando genericamente di attività professionali, è tale da suggerire una positiva estensione del campo di applicazione della Direttiva, assoggettando alla regola di giustificazione non soltanto specifiche vicende delle relazioni di lavoro qualificate come subordinate, ma anche quelle che interessano figure e forme (sempre più diffuse) di lavoro autonomo. In effetti, non è indifferente per l'interprete che la Direttiva parli nell'art. 4(3) di «persone che sono alle (...) dipendenza» – cioè, nel linguaggio comunitario, di lavoratori subordinati – e tratti invece di più ampie «attività professionali» o di una generica «attività lavorativa» nel par. (2) dello stesso articolo.

La terza osservazione riguarda il fatto che confessioni e convinzioni sono rilevanti se, tenuto conto dell'etica dell'organizzazione, arrivino a configurare un *requisito essenziale, legittimo e giustificato* per lo svolgimento dell'attività lavorativa. Tuttavia, a differenza di quanto previsto in via generale dalla configurazione teorica ed operativa delle c.d. "*Genuine Occupational Qualifications*" e di quanto stabilito in via particolare dalla stessa norma contenuta nell'art. 4(1), nulla dice la Direttiva sul requisito della *proporzionalità* e sul carattere *determinante* della confessione o delle convinzioni personali. Dunque, è ragionevole previsione quella di chi, al venire meno del requisito della proporzionalità, ha correlato, come immediata conseguenza

interpretativa, l'ampliamento degli spazi di rilevanza della religione o delle convinzioni personali nella valutazione del *debitum* contrattuale, anche al di là ed oltre di quanto pure sarebbe strettamente necessario, cioè proporzionato, per l'esecuzione della prestazione (Margiotta Broglio 2000, 2002, Onida 2001).

La quarta ed ultima osservazione riguarda la relazione reciproca tra il *primo ed il secondo paragrafo* dell'art. 4. Astrattamente, infatti, sulla base giuridica offerta dal paragrafo (1), la religione e le convenzioni personali possono costituire requisiti occupazionali essenziali e determinanti, anche al di là ed oltre l'universo delle organizzazioni di tendenza, non diversamente in ciò da altre caratteristiche correlate alle tendenze sessuali, all'età ed all'handicap. Viceversa, sulla base giuridica offerta dal paragrafo (2), caratteristiche attinenti alle tendenze sessuali, all'età ed a condizioni di handicap sembrano non poter essere invocate come requisiti essenziali da parte delle chiese e delle organizzazioni eticamente fondate. Questo effetto deriva dalla esplicita individuazione, nel testo del paragrafo (2), come ragioni giustificative delle differenze, di due soltanto soltanto fra i cinque motivi considerati dalla Direttiva. Esso non deriva invece da quanto disposto dall'ultimo periodo del par. (2): la previsione, ivi contenuta, secondo cui la differenza di trattamento ammessa «non può giustificare una discriminazione basata su altri motivi», sta a significare soltanto la necessaria simmetria tra l'interesse (ideologico) dell'organizzazione e il motivo (del pari ideologico) della differenziazione ammessa.

Il sistema così congegnato presenta aspetti paradossali, determinando un effetto apparentemente restrittivo in capo agli enti di tendenza, ai quali sembrerebbe preclusa ogni differenziazione basata su caratteristiche attinenti a motivi differenti dalla confessione o dalle convinzioni personali. Al fine di superare tale paradosso, è stato proposto di riferire la norma in esame non già alle attività professionali svolte dai lavoratori direttamente addetti alle chiese ed alle organizzazioni ma piuttosto alle attività lavorative svolte nell'ambito delle attività professionalmente realizzate dagli enti economici strumentali di chiese ed organizzazioni (Chieco 2002). Personalmente, credo che questa soluzione si risolva, in definitiva, nel rinviare quel paradosso ad un secondo livello organizzativo. A mio avviso, invece, la soluzione è da individuare in ciò che la previsione del par. (2) non sostituisce quanto disposto dal par. (1),

ma a questo si affianca. In altri termini, ferma restando la disciplina generale, la religione e le convinzioni personali possono sempre costituire qualificazioni occupazionali genuine idonee a legittimare differenze non discriminatorie, ma ciò la Direttiva consente sulla base di parametri che differenziano le organizzazioni di tendenza dalle altre organizzazioni: per quelle, ai sensi del par. (3) occorre valutare l'essenzialità, la legittimità e la giustificatezza del requisito; per queste, invece, in virtù del par. (2), è necessario apprezzare ulteriormente la proporzionalità ed il carattere determinante rispetto all'attività lavorativa dedotta in contratto. Per converso, una differenziazione per caratteristiche connesse alle tendenze sessuali o all'età o all'handicap dovrà essere giustificata, anche da una organizzazione di tendenza, sulla base dei criteri generali, non operando in questo caso la disciplina del par. (2).

Insomma, la Direttiva 2000/78/CE introduce un microsistema normativo che consente agli Stati di assicurare agli enti di tendenza una più ampia ed elastica valutazione (De Simone 2001) della religione e delle convinzioni personali quali requisiti occupazionali essenziali, legittimi, ma non necessariamente proporzionati, così incidendo sul *limite di contemperamento tra interessi e valori divergenti*. Naturalmente, l'applicazione della norma è rimessa ai legislatori nazionali, sì che l'analisi dovrebbe, a questo punto, diversamente focalizzarsi; ma non è questo il compito che mi è stato affidato. Mi limito a segnalare due casi emblematici. Per un verso, il legislatore inglese ha ritenuto opportuno riferire anche alle organizzazioni ideologicamente caratterizzate tanto il requisito della proporzionalità quanto quello della essenzialità e del carattere determinante della religione e delle convinzioni personali (art. 7(2, a-b), *Employment Equality (Religion and Belief) Regulations* 2003, che entrerà in vigore il 2 dicembre 2003: Vickers 2003, 2002). Per altro verso, il legislatore italiano non solo ha escluso il requisito della proporzionalità ma ha anche trascurato di richiamare esplicitamente il carattere eticamente fondato delle «organizzazioni pubbliche e private» che aspirano al beneficio.

Se si considera che confessioni e convinzioni tendono a tradursi in pratiche quotidiane (Ferrari 2002), ne segue che ogni ente collettivo potrebbe manifestare interesse ad una verifica di coerenza tra organizzazione produttiva e "tendenza" dei lavoratori (Seifert 2003). E si tratta di valutazione tanto più insidiosa, quanto meno egemone risulta il

modello socio-antropologico di lavoratore bianco, maschio, adulto, cristiano e capofamiglia assunto dall'ordinamento come parametro per la costruzione dello stesso sistema normativo (Viscomi 2001, Bellocchi 2003).

5. A ben vedere, e mi avvio a concludere, la nozione di "organizzazione di tendenza" può essere adeguatamente configurata come il fulcro di una precisa tecnica giuridica di ordinamento dell'esperienza sociale, finalizzata a consentire l'ingresso controllato, nell'ambito dei rapporti privati, della dimensione ideologica, e dunque destinata, per questa via, a governare, contenendone i rischi, le rivendicazioni a favore di differenziazioni di trattamento realizzate sulla base della religione o delle convinzioni personali. Da questo punto di vista, le incertezze e le difficoltà segnalate, le scelte dubbie, le contraddizioni del sistema comunitario, costituiscono, probabilmente, fattori sintomatici di un disagio diffuso, derivante tanto dalla *proliferazione delle organizzazioni* che invocano tutela della propria tendenza nei confronti dei lavoratori, quanto, al contempo, e per converso, dalla correlata *emersione di una pari esigenza di tutela avanzata dai lavoratori* nei confronti di ogni organizzazione produttiva. In effetti, se si ammette che la tendenza sia meritevole di tutela quando riferita agli interessi di una organizzazione, non si comprende per quale motivo la stessa non dovrebbe essere rilevante quando invocata dal singolo lavoratore contro le pretese egemoniche, solo apparentemente neutre, di una razionalità tecnica ed organizzativa interamente radicata nella cultura occidentale e pervasa dai relativi valori (Meyerson 2003, Viscomi 1996).

Se si considera questa circostanza, credo che l'ingresso, nell'ordinamento comunitario, della nozione di "organizzazione la cui etica è ideologicamente fondata" ne segni, al contempo, l'inizio del declino, risultando essa non veramente adeguata a controllare e ridurre la complessità del mondo ed anzi conformata in maniera tale da innalzare il rischio di frammentazione e frantumazione degli statuti normativi. Ciò vale, in particolare, se si considera che religione e convenzioni personali, di cui tratta la Direttiva 2000/78/CE, tendono ad operare in modo sinergico rispetto ad altri due fattori parimenti delicati, quali la "razza" e l'origine etnica, di cui tratta la Direttiva 2000/43/CE. In questa prospettiva, i temi tradizionalmente connessi alle organizzazioni di

tendenza risultano amplificati dalle questioni sollevate dalla presenza, nei territori nazionali, di singoli e comunità di paesi terzi che invocano piena tutela della loro identità fino al riconoscimento, nello spazio pubblico, degli ordinamenti di origine, quasi fossero *ossibus inhaerentes* (Viscomi 1996). L'intreccio tra religione, convinzioni personali, origine etnica e "razza" rischia perciò di diventare difficilmente governabile, risultando veramente arduo differenziare in modo pertinente i molteplici fattori identitari e disciplinare in modo adeguato le situazioni di discriminazione che si è soliti definire multipla (Makkonen 2002). Da qui il rischio che l'orgogliosa e pubblica rivendicazione della propria differenza, su qualunque ragione fondata, possa tradursi in un devastante fattore di frammentazione del tessuto sociale e, in esso, a ben vedere, della stessa identità e libertà individuale. In qualche misura, è forse necessario riconoscere definitivamente che una società aperta può fondarsi soltanto su identità personali e collettive che non temono di *confondersi* in uno spazio pubblico comune definito da un patrimonio minimo di regole condivise (Beck-Cowan 1996).

L'individuazione di tale patrimonio è questione che trascende – e di molto – le competenze specifiche del giuslavorista; in verità, è questione che interessa (o dovrebbe interessare) tutti i cittadini, anche i più distratti, di un villaggio che si continua pervicacemente a pensare globale nei mercati e locale nei diritti. Tuttavia, nella consapevole certezza che la legge è una tecnica per la regolamentazione del potere sociale ma non è la fonte principale del potere nella società, proprio il giuslavorista trova nella sua tradizione concettuale e tecnica un metodo che più di altri ha consentito di coniugare, nel tempo e nello spazio, identità e differenze, eguaglianza e diversità: mi riferisco alla contrattazione collettiva, espressione di autonomia sociale, prima ed oltre giuridica, ancora in grado di coniugarsi, flessibilmente ed in chiave sussidiaria, con le esigenze di una società solidale e plurale.

So bene i molti limiti (tecnici e politici) della contrattazione e del contratto collettivo e sono consapevole, in particolare, del rischio che esso possa legittimare o comunque non impedire una sorta di temporanea signoria delle organizzazioni capaci di urlare più forte o di parlare più dolcemente all'orecchio dei potenti di turno. Ma questa circostanza, piuttosto che negare la validità del modello, suggerisce di stabilirne semmai, ed *in tempo utile*, adeguate condizioni d'uso. In effetti, la

complessità degli interessi coinvolti *non invoca meno diritto ma piuttosto un diritto migliore*, e cioè un diritto idoneo ad assicurare condizioni adeguate per un leale confronto tra i valori e gli interessi in gioco nell'ambito delle garanzie offerte da un principio di sussidiarietà pertinentemente inteso. In questa prospettiva, la costruzione di un diritto dei rapporti di lavoro secondo uno stile che altrove, seguendo le suggestioni di Gustavo Zagrebelsky (1992), è stato definito «mite» (Viscomi 2001, Caruso 2000), costituisce ancora oggi un obiettivo coerente con un progetto improntato ai *valori fondativi della solidarietà efficiente e della sussidiarietà solidale*. Ha scritto Fernand Braudel – e concludo con le sue parole – che «il Mediterraneo si identifica con tre comunità culturali, tre civiltà di grande vitalità ed estensione, tre peculiari modi di pensare, di credere, di mangiare, di bere, di vivere (...) in verità, tre mostri sempre pronti a mostrare i denti». Continuo a credere (Viscomi 1996b) che il contratto – e la disponibilità al negoziato che esso presuppone – sia forse l'unico metodo con cui possiamo ancora provare ad addomesticare i «mostri».

Riferimenti bibliografici

- BALLESTRERO M.V. (1979), *Dalla tutela alla parità. La legislazione italiana sul lavoro delle donne*, Bologna, Il Mulino.
- BANO F. (2003), *Il lavoro senza mercato. Le prestazioni di lavoro nelle organizzazioni «non profit»*, Bologna, il Mulino.
- BARNARD C. (2001), *The Changing Scope of the Fundamental Principle of Equality*, in McGLJ, 955.
- BAVARO V. (2003), *Ideologia e contratto di lavoro subordinato*, in DLRI, n. 2 (in corso di pubblicazione)
- BAYLOS GRAU A. (1993), *Diritto del lavoro. Un modello per progettare*, Torino, Giappichelli.
- BECK D.E., COWAN C. C. (1996), *Spiral Dynamics*, Oxford, Blackwell.

- BELL M. (2002), *Anti-Discrimination Law and the European Union*, Oxford, Oxford University Press.
- BELLOCCHI P. (2003), *Pluralismo religioso, discriminazioni ideologiche e diritto del lavoro*, in ADL, 157.
- CARUSO B. (2000), *Alla ricerca della flessibilità "mite": il terzo pilastro delle politiche del lavoro comunitarie*, in DRI, 141.
- CHIECO P. (2002), *Le nuove direttive comunitarie sul divieto di discriminazione*, in RIDL, 75.
- CHIZZONITI A. G., a cura di, (2002), *Chiese, associazioni, comunità religiose e organizzazioni non confessionali nell'Unione Europea*, Milano, Vita & Pensiero.
- CHOUDHURY T. (2003), *Interpreting the Right to Equality Under Article 26 of the International Covenant on Civil and Political Rights Article 26*, in EHRLR, 24.
- DE SANCTIS RICCIARDONE A. (1980), *L'ideologia nei rapporti privati*, Napoli, Jovene.
- DE SIMONE G. (2001), *Dai principi alle regole. Eguaglianza e divieti di discriminazione nella disciplina dei rapporti di lavoro*, Torino, Giappichelli.
- FERRARI S. (2002), *Lo spirito dei diritti religiosi. Ebraismo, cristianesimo e islam a confronto*, Bologna, Il Mulino.
- FREDMAN S. (2001), *Equality: A new generation?*, in ILJ, 30, 145.
- GHERA E. (2003), *Diritto del Lavoro*, Bari, Cacucci.
- HEPPLE B., CHOUDHURY T. (2001), *Tackling religious discrimination: practical implications for policy-makers and legislators*, Home Office Research Study, n. 221
- HERVEY T. (2002), *EC law on Justifications for Sex Discrimination in Working Life*, paper presentato al VII European Regional Congress Stockholm, Sweden 4-6 September 2002.
- ILO (2003), *Time for equality at work, Global Report under the Follow-up to the Ilo Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work*, Geneva, Ilo.
- LANQUETIN M.-T. (2003), *L'égalité entre les femmes et les homme :: sur la directive 2002/73/CE du 23 septembre 2002*, in DS, 312.
- LENGAUER A. (1998), *The New General Principle of Non-Discrimination in the ECTreaty as Amended by the Treaty of Amsterdam*, in ARIEL, 369.

- LOENEN T. (2001), *Towards a common standard of achievement? Developments in international equality law*, paper presentato alla conferenza su *Equality: theory and practice in South Africa and elsewhere*, University of Cape Town, 18-20 January 2001.
- MAKKONEN T. (2002), *Multiple, compound and intersectional discrimination: bringing the experiences of the most marginalized to the fore*, Institute for Human Rights, Åbo Akademi University, April 2002.
- MARGIOTTA BROGLIO F. (1997), *Il fenomeno religioso nel sistema giuridico dell'Unione Europea*, in MARGIOTTA BROGLIO F., MIRABELLI C., ONIDA F., *Religioni e sistemi giuridici. Introduzione al diritto ecclesiastico comparato*, Bologna, Il Mulino.
- MARGIOTTA BROGLIO F. (2000), *Premessa*, in FELICIANI G., a cura di, *Confessione religiosa e federalismo*, Bologna, Il Mulino.
- MARGIOTTA BROGLIO F. (2002), *Introduzione. L'eredità del recente passato*, in CHIZZONITI A. G., a cura di, *Chiese, associazioni, comunità religiose e organizzazioni non confessionali nell'Unione Europea*, Milano, Vita & Pensiero.
- MATTAROLO M.G (1983), *Il rapporto di lavoro subordinato nelle organizzazioni di tendenza*, Padova, Cedam.
- MCCOLGAN A. (2003), *Principles of Equality and Protection from Discrimination in International Human Rights Law*, in EHRLR, 157.
- MEYERSON D. (2003), *Multiculturalism, Religion and Equality*, pubblicato all'indirizzo Internet web.uct.ac.za/depts/lrgu/equipaps/dmeyer.pdf
- MOREAU M.A. (2002), *Les justifications des discriminations*, in DS, 1112.
- ONIDA F. (2001), *Il problema delle organizzazioni di tendenza nella direttiva 2000/78/EC attuativa dell'art. 13 del Trattato sull'Unione Europea*, in DE, , 905.
- PEDRAZZOLI M. (1987), *Tutela della tendenza e «Tendenzschutz»*, in DLRI, 749.
- RITTER G. (1996), *Storia dello stato sociale*, Bari-Roma, Laterza.
- ROMAGNOLI U. (1995), *Il lavoro in Italia. Un giurista racconta*, Bologna, Il Mulino.
- SANTONI F. (1983), *Le organizzazioni di tendenza ed i rapporti di lavoro*, Milano, Giuffrè.
- SEIFERT A. (2003), *Federal Labor Court strengthens religious freedom at the workplace*, in GLJ, n. 6

- SELBMANN F. (2002), *The Drafting of a Law against Discrimination on the Grounds of Racial or Ethnic Origin in Germany – Constraints in Constitutional and European Community Law*, in JEMIE, 3.
- VICKERS L. (2003), *Freedom of Religion and the Workplace: the Draft Employment Equality (Religion and Belief) Regulations 2003*, in ILJ, 23.
- VICKERS L. (2002), *Freedom of Speech and Employment*, Oxford, Oxford University Press.
- VISCOMI A. (1996a), *Immigrazione*, in BAYLOS GRAU A., CARUSO B., D'ANTONA M., SCIARRA S. (a cura di), *Dizionario di diritto del lavoro comunitario*, Bologna, Monduzzi, 435.
- VISCOMI A. (1996b), *Sul "diritto alla differenza" degli immigrati extracomunitari*, in AIDLASS, *Lavoro e discriminazione*, Milano, Giuffrè, 188.
- VISCOMI A. (1997) *Diligenza e prestazione di lavoro*, Torino, Giappichelli.
- VISCOMI A. (2001), *Diritto del Lavoro e "fattore" religioso*, in QDPE, 2, 375.
- VISCOMI A. (2001), *Modelli normativi e prassi contrattuali nei mercati del lavoro locali*, in DML, 371.
- ZAGREBELSKY G. (1992), *Il diritto mite*, Torino, Einaudi.

