

La discriminazione fondata sull'*orientamento sindacale* nel caso Fiom-Cgil c. Fip-Fiat¹
Laura Calafà, Università di Verona

E' datata 21 giugno 2012 l'ordinanza *ex art.* 702 bis cpc e art. 28 del d.lgs. 150/2011 emessa dal Tribunale di Roma, III sez. Lavoro (est. Anna Baroncini) con cui all'esito "*della cognizione sommaria deve dichiararsi la natura di discriminazione collettiva dell'esclusione dall'assunzione dei lavoratori dello stabilimento di Pomigliano iscritti alla FIOM ed ordinarsi a Fabbrica Italia Pomigliano di cessare dal comportamento discriminatorio e di rimuoverne gli effetti*", in una causa che vedeva, da una parte, Fiom-Cgil Nazionale in nome e per conto di 19 lavoratori non riassunti e, dall'altra parte, Fiat Group Automobiles spa (FGA) diventata Fabbrica Italia Pomigliano spa (FIP), entrambe controllate da Fiat spa.

Dopo il caso della scuola di Adro e della saturazione degli ambienti di lavoro con simboli politici decisa dal Tribunale di Brescia nel 2010, le convinzioni personali regolate dal d.lgs. 216/2003 e richiamate nell'art. 15 dello Statuto dei lavoratori assumono la configurazione del fattore di rischio "orientamento sindacale" in un'altra vicenda che si prospetta oggetto di particolare attenzione mediatica risolta sempre con il supporto del diritto antidiscriminatorio di matrice UE.

Perché, nonostante contrarie affermazioni, la decisione adottata non è per nulla figlia di un localismo giuridico esasperato, ma ampiamente creditrice al diritto dell'Unione europea e, come tale, ampiamente armonizzato nei 27 stati che vi aderiscono.

Sono molte le ragioni di interesse per l'ordinanza: le ragioni procedurali, innanzitutto, trattandosi di una delle prime ordinanze emesse in base agli strumenti di diritto processuale riformati nel settembre 2011, cui si sommano le ragioni sostanziali legate all'utilizzo concreto dei divieti di discriminazione in campo sindacale (art. 15 l. 300/70 e d.lgs. 216/03 di trasposizione della dir. 2000/78 che vieta le discriminazioni fondate su età, disabilità, orientamento sessuale e convinzioni personali e religiose).

Si può discriminare i lavoratori, violando la libertà sindacale? O, detto altrimenti, i lavoratori iscritti alla Fiom - e solo i lavoratori iscritti alla Fiom - non assunti nel nuovo stabilimento che verosimilmente produrrà la Panda, sono discriminati in base al diritto vigente?

Lo scarso uso nel panorama giudiziario nazionale dei divieti di discriminazione "oltre il genere" risulta ridimensionato a partire da casi davvero eclatanti che si guadagnano l'attenzione della cronaca giornalistica per le tensioni, prima, politiche, poi, sindacali che evocano.

Se la vicenda Pomigliano matura in un contesto di evidente abbassamento dei livelli di tutela collettiva generali registrati, non si può non ammettere che il trattamento discriminatorio subito dai lavoratori iscritti alla Fiom rappresenti solo l'evoluzione più recente di dinamiche da sempre esistite e resistenti in alcuni luoghi di lavoro. La vicenda vissuta da Bastia Santhià proprio a Torino nel dopoguerra alla Fiat o i contenuti delle schedature effettuate sui lavoratori e rese pubbliche nel volume dalla Fondazione Brodolini *Una stagione del riformismo. Giacomo Brodolini a 40 anni dalla sua scomparsa*, cura di Enzo Bartocci (2010) sono prove evidenti di un legame con un passato di discriminazioni sindacali da non svalutare, che cambiano solo connotati in un presente nel quale si usano criteri di scelta dei lavoratori da assumere per nulla oggettivi, ma – appunto – discriminatori.

Già la *querelle* procedurale appare di estremo interesse essendo rare le occasioni di un confronto compiuto con tale normativa: il rito sommario di cognizione ivi regolato è ammissibile oppure no per ragioni di discriminazioni sindacali? La risposta positiva dipende dal significato di convinzioni personali e dal legame con l'azione *ex art.* 28 dello Statuto. Chiarendo che l'affiliazione sindacale è riconducibile alle convinzioni personali ("attenendo al modo di intendere le relazioni tra le parti sociali e il modo di porsi rispetto alla parte datoriale") e che l'art. 28 dello Statuto non è l'unica

¹ Un primo commento alla sola ordinanza del Tribunale di Roma del 21 giugno 2012 è comparso sul sito www.magistraturademocratica.it con il titolo *La discriminazione fondata sull'orientamento sindacale e il folklore giuridico dell'Unione europea. Il diritto antidiscriminatorio preso sul serio.*

azione esperibile in caso di discriminazione sindacale, il giudice dichiara l'azione ammissibile anche considerando la legittimazione ad agire in materia: nel caso dell'art. 28 dello Statuto la legittimazione spetta all'organizzazione sindacale per un interesse proprio, mentre nel secondo caso compete ai lavoratori e "solo per le ipotesi in cui non siano individuabili in modo diretto e immediato le persone lese dalla discriminazioni, alle rappresentanze sindacali o alle associazioni ed organizzazioni rappresentative del diritto o dell'interesse leso" (art. 5 d.lgs. 216/2003 modificato dal d.l. 59/08).

Per giustificare le mancate assunzioni di lavoratori iscritti ad un sindacato scomodo per il datore di lavoro in cui il giudice deve ribadire, anche con il supporto degli strumenti elaborati dal diritto dell'Unione europea, che "l'affiliazione sindacale del lavoratore è sicuramente riconducibile al concetto di convinzioni personali attenendo al modo di intendere le relazioni tra le parti sociali ed il modo di porsi rispetto alla parte datoriale". I chiarimenti forniti dall'ordinanza sono importanti: esiste l'art. 15 l. 300/70 ed è una norma di diritto sostanziale "e non prevede uno speciale ed esclusivo procedimento di tutela dei diritti lesi"; i due articoli 28 (quello dello Statuto e quello del d.lgs. 150/11) "costituiscono procedimenti approntati dal legislatore a tutela di situazioni diverse, attinenti l'una direttamente alla lesione di un interesse dell'organizzazione sindacale (art. 28 Statuto dei lavoratori), l'altra alla lesione del diritto proprio dei lavoratori a non essere oggetto di condotte discriminatorie per effetto del loro orientamento sindacale (art. 28 d.lvo 150/11)" (*cit. ord. 21/6/12*). Diverse regole, diverse procedure, diverse legittimazioni ad agire dimostrano l'esistenza di strumenti complementari posti a presidio dello stesso bene protetto: la libertà sindacale protetta dall'art. 39 Costituzione; la violazione del bene protetto è affermata a partire dalla violazione della parità di trattamento tra lavoratori (iscritti e non iscritti o non più iscritti alla Fiom).

La vera novità del caso appare proprio in questo riconoscimento dell'uso di un giudizio di comparazione nel campo sindacale: individuale e collettivo nel diritto antidiscriminatorio – anche grazie al riconoscimento della legittimazione ad agire di enti rappresentativi di interessi lesi – si muovono parallelamente, non ostacolandosi l'un l'altro, ma sorreggendosi a vicenda. L'uso delle lenti del diritto antidiscriminatorio per trattare questioni sindacali impone di verificare la legittimità della richiesta di tutela a partire dalla discriminazione diretta di cui sono vittime gli iscritti Fiom (non assunti) rispetto ai non iscritti Fiom (l'essere iscritti ad altri sindacati non pare essere ragione di discriminazione, come spiega la stessa azienda quando teorizza la legittimità della discriminazione per motivi sindacali sul quale ci si soffermerà tra breve), rappresentano il nucleo centrale della pronuncia che si commenta. L'impostazione prescelta impone di ragionare sull'esistenza della discriminazione a partire dagli artt. 2 e 4 del d.lgs. 216/2003 con gli strumenti offerti dall'art. 28 d.lgs. 150/2011 a partire dalla misurazione del trattamento peggiore (eventualmente) subito dagli iscritti Fiom. Perché la nozione di discriminazione diretta dettata dal legislatore Ue (prima) e nazionale (solo poi) impone di verificare se "una persona è trattata meno favorevolmente di quanto sia, sia stata o sarebbe trattata un'altra in situazione analoga" (art. 2, lett. a, d.lgs. 216/2003) con relativo alleggerimento dei carichi probatori che gravano sul datore di lavoro chiamato a dimostrare l'assenza di ogni trattamento discriminatorio. I dati che misurano il trattamento peggiore hanno, quindi, un proprio peso nella vicenda. Tra il personale assunto da Fip non compare nessun iscritto alla Fiom. Certo gli iscritti erano già calati dopo le vicende del referendum (passando da 623 nel mese di giugno 2010 a 382 a gennaio 2011); ma sono proprio i residui lavoratori iscritti al sindacato della Cgil e la loro mancata assunzione a dare il peso quantitativo della discriminazione subita dai 19 che hanno firmato il ricorso (ai quali sarà riconosciuto il risarcimento del danno), ma anche dell'impatto "potenziale" dell'atto discriminatorio (di discriminazione potenziale si parla delle aule di Lussemburgo proprio per le discriminazioni nell'accesso al mercato del lavoro quando non può identificarsi in via immediata e diretta un soggetto o una pluralità di soggetti vittime della discriminazione: si rinvia al caso *Feryn*; sono 145 lavoratori iscritti alla Fiom che Fip dovrà assumere in una percentuale del 8,75% del totale dei dipendenti Fga esistente prima dell'avvio della Cigs e assunzioni da parte della Fip, una percentuale

di incidenza della discriminazione potenziale ricavata dalla seguente proporzione $382:4367=X:100$).

I dati rilevanti nel caso di specie sono i seguenti: su un numero di lavoratori assunti pari a 1893 unità “nessuno degli attuali 207 lavoratori iscritti alla Fiom (382 – 175 che nel frattempo hanno revocato l’adesione) è stato assunto, mentre 20 lavoratori ricompresi nell’elenco dei 382 iscritti al 1.1.2011, ma che hanno successivamente revocato l’iscrizione, risultano tra gli assunti”. Dalla prova statistica fornita dall’organizzazione sindacale ricorrente, parte integrante del giudizio antidiscriminatorio ovvero l’evidenza numerica delle mancate assunzioni (“accezione meno tecnica e più comune di probabilità a prescindere da un rigido rigorismo scientifico”), risulta che non è solo altamente probabile, ma praticamente certo che l’iscrizione al sindacato Fiom comporta la mancata assunzione nella Fip. Anche dalla perizia di parte richiesta all’Università di Birmingham risulta chiaramente che nemmeno la causalità dei numeri può attentare al rigore scientifico della strategia dell’esclusione pianificata dall’azienda.

La parte di massima ricavabile dall’ordinanza da dedicare all’uso giudiziario (futuro) della prova statistica è il seguente: *il riferimento normativo a “dati di carattere statistico” nell’ambito di un procedimento volto a tutelare da comportamenti discriminatori, anche singoli individui e pure nell’ambito di realtà di dimensioni contenute in cui non sarebbe neppure in astratto possibile raggiungere l’ordine di grandezze omogenee necessarie per fondare un’idonea dimostrazione di carattere statistico, impone di ritenere che detto riferimento alla statistica debba essere inteso nella sua accezione meno tecnica e più comune di probabilità, a prescindere da un rigido rigorismo scientifico.*

Considerando l’alleggerimento dei carichi probatori che il diritto antidiscriminatorio prevede per il ricorrente, spetta a Fip-Fga-Fiat dimostrare l’insussistenza della discriminazione.

Chi conosce il diritto antidiscriminatorio sa che la strategia di contrasto all’esistenza di una discriminazione da parte di un’azienda che si difende deve essere costruita in modo ineccepibile perché svela la realtà organizzativa aziendale in modo inequivocabile. Le accuse di discriminazioni vanno prese sul serio proprio in questo particolare momento processuale. E Fip-Fga-Fiat usa tre diversi tipi di argomentazioni: 1) non conosco gli iscritti Fiom e non posso perciò discriminare; 2) i criteri di selezione del personale sono oggettivi e quindi legittimi e quindi non discriminatori; e infine, 3) la difesa cerca di affermare l’esistenza di una deroga alla discriminazione *ex art. 3, comma 3 del d.lgs. 216/2003*.

Dall’ordinanza si evince che la gestione delle trattenute sindacali comporta la conoscenza del profilo sindacale del lavoratore, un profilo tenuto in considerazione da parte dei selezionatori, neo assunti Team leader chiamati ad individuare le risorse da inserire al fine di “garantire la massima coesione del gruppo in termini di efficienza e coinvolgimento, sulla base della diretta conoscenza delle competenze ed attitudini lavorative delle maestranze acquisita presso il vecchio stabilimento privilegiando risorse dotate di polifunzionalità, flessibilità ed adattamento ai processi di innovazione ... in vista dell’immediato raggiungimento degli standard di qualità ed efficienza perseguiti dall’azienda”. Come scrive il giudice “appaiono enunciazioni tanto altisonanti quanto generiche, discrezionali e prive di oggettiva riscontrabilità, quali risorse dotate di particolari skills professionali, spiccata professionalità, elevato grado di flessibilità e di attitudine al cambiamento ed all’innovazione, attitudine al lavoro, spirito di collaborazione, affidabilità e presenza effettiva sul luogo di lavoro”. Nessuna contestazione disciplinare è stata fatta, negli anni, agli iscritti Fiom e questo dato è l’unico considerato dal giudice che aggiunge “per quanto concerne la spiccata professionalità deve pur sempre rammentarsi che si parla di operai di III e IV livello”.

Il vero nodo della questione, come sopra anticipato, emerge dal terzo passaggio della difesa dell’azienda laddove cerca di affermare l’esistenza di una deroga alla discriminazione mediante affermazione esplicita della “teoria della legittimità della discriminazione per motivi sindacali” parte integrante della politica aziendale. Nel tentativo di affermare la deroga alla discriminazione *ex art. 3, comma 3 del d.lgs. 216/03*, l’azienda afferma che “il pregiudiziale e fermissimo rifiuto ... della trattativa e poi del contenuto del Contratto specifico di primo livello nonché della versione del

13.12.2011 (che regolano .. gli aspetti della vita di fabbrica dei dipendenti FIP ...) appare 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”.

I divieti di discriminazioni fondate sull'orientamento sindacale sono strumenti di affermazione della libertà sindacale e di democrazia in azienda perché, come scrive il giudice, i “lavoratori sono tenuti ad uniformarsi alle regole applicabili nell'ambito dell'azienda per cui lavorano, ma non può pretendersi ovviamente che le condividano, se non si accetta di pregiudicare le loro convinzioni personali e sindacali”.

Dal licenziamento di Bastia Santhià per la sua iscrizione al PCI negli anni Cinquanta è stato, certo, approvato lo Statuto dei lavoratori, ma si è anche consolidato un corposo pacchetto di regole antidiscriminatorie che meritano rinnovata attenzione anche nei processi di affermazione dei diritti collettivi delle persone che lavorano enfatizzate dal giudice anche nel successivo giudizio di appello.

E' datata 19 ottobre la sentenza del Tribunale di Roma (Pres. Torrice; est. Orrù) che decide sugli appelli riuniti, sull'appello incidentale presentato e sull'atto di intervento presentato nell'ambito della stessa causa, sempre legata al carattere discriminatorio o meno della vicenda delle assunzioni mancate dei lavoratori iscritti a Fiom nello stabilimento di Pomigliano D'Arco. L'ordinanza impugnata è quella del 21 giugno 2012 emessa ex art. 702 bis cpc e art. 28 del d.lgs. 150/2011 emessa dal Tribunale di Roma, III sez. Lavoro (est. Anna Baroncini) con cui all'esito “*della cognizione sommaria deve dichiararsi la natura di discriminazione collettiva dell'esclusione dall'assunzione dei lavoratori dello stabilimento di Pomigliano iscritti alla FIOM ed ordinarsi a Fabbrica Italia Pomigliano di cessare dal comportamento discriminatorio e di rimuoverne gli effetti*”, in una causa che vedeva, da una parte, Fiom-Cgil Nazionale in nome e per conto di 19 lavoratori non riassunti e, dall'altra parte, Fiat Group Automobiles spa (FGA) diventata Fabbrica Italia Pomigliano spa (FIP), entrambe controllate da Fiat spa (per un primo commento, S. Borelli, *Il diritto antidiscriminatorio nella vicenda Fiat/Fabbrica Italia Pomigliano-Fiom in D&L, Rivista critica di diritto del lavoro*, 2012, p. 15).

Quattro mesi dopo, la pronuncia che si commenta conferma quasi *in toto* l'ordinanza impugnata; lo spessore argomentativo dei singoli passaggi risulta decisamente ampliato e l'accoglimento dell'appello incidentale presentato da Fiom – Cgil nazionale rendono entrambe le pronunce meritevoli di autonoma e particolare considerazione. Pur rimanendo in sostanziale linea di continuità con il precedente, in effetti, il Collegio amplia la tutela riconosciuta ai lavoratori non assunti da Fip-Fiat accogliendo la richiesta di assunzione dei 19 lavoratori nel cui nome e per conto l'associazione sindacale ha agito in giudizio ex art. 5 d.lgs. 216/2003.

La domanda preliminare, ora come allora, è quella relativa all'ammissibilità del giudizio ex art. 28 d.lgs. 150/2011 (per una recente analisi delle modifiche al procedimento antidiscriminatorio, M. Acierno, *Cosa cambia nei procedimenti riguardanti gli stranieri dopo l'entrata in vigore del d.lgs. n. 150 del 2011?*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza* 4, 2011, p. 27; per gli aspetti processuali del giudizio antidiscriminatorio relativo al genere, si legga A. Guariso, *Il codice delle pari opportunità dopo il recepimento della dir. 2006/54: profili processuali*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 3/2010, p. 577).

Per ciò che concerne gli aspetti procedurali, il ricorso ex art. 28 d.lgs. 150/11 si conferma ammissibile a seguito di una verifica di correttezza del percorso argomentativo che lega la scelta del rito alla tipologia di discriminazione vietata dal d.lgs. 216/2003 ovvero la riconducibilità dell'affiliazione sindacale al fattore di rischio “convinzioni personali” in esso espressamente regolato. E' identico il percorso argomentativo seguito sia dal giudice di primo che di secondo grado volto a collegare le norme contenenti procedimenti cautelari (art. 28 Statuto e art. 28 d.lgs. 150/11) e l'oggetto della tutela azionata. Nel giudizio d'appello si arriva, però, ad un approfondimento più compiuto (sia dal punto di vista metodologico che da punto di vista

contenutistico) del rapporto tra convinzioni personali e opinioni politiche e sindacali che merita di essere riproposto nella sua interezza. E' il vero punto nodale della sentenza, il valore aggiunto idoneo a sostenere la ripetibilità futura delle massime nelle aule giudiziarie in essa contenute.

In primo grado, per giustificare le mancate assunzioni di lavoratori iscritti ad un sindacato scomodo per il datore di lavoro, il giudice deve ribadire, anche con il supporto degli strumenti elaborati dal diritto dell'Unione europea che non approfondisce, "l'affiliazione sindacale del lavoratore è sicuramente riconducibile al concetto di convinzioni personali attenendo al modo di intendere le relazioni tra le parti sociali ed il modo di porsi rispetto alla parte datoriale" (tale affermazione è stata fortemente contestata da A. Vallebona, *Le discriminazioni per "convinzioni personali" comprendono anche quelle per affiliazione sindacale: un'altra inammissibile stortura a favore di Fiom-Cgil*, in *Massimario di giurisprudenza del lavoro*, 2012, 8/9, p. 622).

Nel secondo grado, il collegio si sofferma su natura e portata del fattore di rischio mediante utilizzo del criterio interpretativo della valorizzazione dell'apporto del diritto dell'Unione europea su *input* specifico della parte ricorrente Fip-Fiat.

Pur confermando la linea difensiva elaborata per il 1° grado di giudizio ovvero l'azione *ex art. 28* d.lgs. 150/11 non è ammissibile e il Tribunale di primo grado ha errato a ritenerla tale estendendone la disciplina ad ipotesi non riconducibili al fattore convinzioni personali, Fip-Fiat suggerisce una lettura degli artt. 1 e 2 della dir. 2000/78 particolare. La lettera del disposto può riferirsi "esclusivamente a convinzioni che per carattere d'intrinseca pervasività siano assimilabili ad un credo religioso" anche in considerazione del testo della direttiva 2000/78 e delle scelte traspositive effettuate in alcuni stati dell'Ue che non possono che confermare tale affermazione. Il legame tra convinzioni personali e religiose giustifica la segnalazione in ordine alla mutabilità delle stesse. O, meglio, la tutela forte antidiscriminatoria non può essere legate all'orientamento sindacale perché mutevole, mentre deve essere ristretta ai fattori (quello religioso appunto) caratterizzati da "specifici connotati di pervasività" (le parti virgolettate riproducono passaggi della sentenza in oggetto).

Seppur qualificata dal giudice come "pregevole dal punto di vista metodologico in quanto tenta una interpretazione della disposizione nazionale alla luce della direttiva europea", l'argomentazione non soddisfa. Il dato che in taluni testi normativi di paesi Ue "convinzioni personali" sia un fattore alternativo al concetto di opinioni politiche e sindacali "non esaurisce tuttavia l'ambito sistematico di riferimento normativo". L'ambivalenza semantica del termine, come dimostra lo stesso tribunale, viene superata dal criterio interpretativo proposto ovvero fortemente orientato ad attribuire rilevanza all'assetto dei diritti fondamentali in seno all'Ue dopo il Trattato di Lisbona. Il Tribunale utilizzando l'interpretazione sistematica dell'art. 19 TFUE (già art. 13 TCE), le Convenzioni Oil rilevanti nella specifica materia, la Carta dei diritti fondamentali resa vincolante dall'art. 6 TUE conclude che "può senz'altro ritenersi che la direttiva 2000/78/CE, tutelando le convinzioni personali avverso le discriminazioni, abbia dato ingresso nell'ordinamento comunitario al formale riconoscimento (seppure nel solo ambito della regolazione dei rapporti di lavoro) della cd. *libertà ideologica* il cui ampio contenuto materiale può essere stabilito anche facendo riferimento all'art. 6 del TUE e, quindi, alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo". Come spiega immediatamente di seguito, "se il legislatore comunitario avesse voluto comprendere nelle convinzioni personali solo quelle assimilabili al carattere religioso, come ritenuto dall'appellante, non avrebbe avuto alcun bisogno di differenziare le ipotesi di discriminazione per motivi religiosi da quelle per motivi diversi. Può perciò ritenersi che l'ampia nozione di "convinzioni personali" racchiude una serie di categorie di ciò che può essere definito il "dover essere" dell'individuo, che vanno dall'etica alla filosofia, dalla politica (in senso lato) alla sfera dei rapporti sociali" (sent. *cit.* corsivo aggiunto).

Non si può non vedere come, una tale interpretazione del disposto, contrasti con la posizione di chi (A. Vallebona, *cit.*) afferma puramente e semplicemente l'eclatante erroneità della riconducibilità dell'affiliazione sindacale alle convinzioni personali e religiose regolate dal d.lgs. 216/03 in base ad una mera interpretazione letterale degli artt. 1 e 2 in esso contenuti e alla conseguente riconducibilità delle stesse all'art. 15 dello Statuto con consequenziale e unica possibilità di ricorrere all'art. 28 dello Statuto per l'azione sindacale e il rito ordinario del lavoro per il rito

individuale. Una prospettiva interpretativa tesa a valorizzare la separazione tra sistemi (quello del diritto sindacale nazionale e il diritto antidiscriminatorio di chiara matrice unioneuropea).

Questa stessa interpretazione offerta del disposto consente, altresì, di chiarire la relazione tra interessi individuali dei lavoratori discriminati, interesse collettivo del gruppo dei lavoratori discriminati e interesse collettivo proprio dell'organizzazione sindacale. Già i chiarimenti forniti nell'ordinanza di giugno risultavano significativi: esiste l'art. 15 l. 300/70 che è una norma di diritto sostanziale "e non prevede uno speciale ed esclusivo procedimento di tutela dei diritti lesi"; i due articoli 28 (quello dello Statuto e quello del d.lgs. 150/11) "costituiscono procedimenti approntati dal legislatore a tutela di situazioni diverse, attinenti l'una direttamente alla lesione di un interesse dell'organizzazione sindacale (art. 28 Statuto dei lavoratori), l'altra alla lesione del diritto proprio dei lavoratori a non essere oggetto di condotte discriminatorie per effetto del loro orientamento sindacale (art. 28 d.lvo 150/11)" (cit. ord. 21/6/12). La sentenza di appello (punto A,1) specifica che l'art. 28 dello Statuto "tutela un interesse collettivo del sindacato alla esplicazione della libertà sindacale distinto ed autonomo rispetto a quello attribuito ai singoli lavoratori. (...) L'oggetto della tutela azionata nel presente giudizio non è l'esercizio delle prerogative sindacali della Fiom, ma la discriminazione subita dai suoi iscritti in sede di assunzione a causa dell'affiliazione sindacale". L'art. 5 sulla legittimazione ad agire, dopo aver ammesso la delega alle "rappresentanze locali delle organizzazioni nazionali maggiormente rappresentative a livello nazionale, rilasciata per atto pubblico o scrittura privata autenticata, a pena di nullità, sono legittimate ad agire ai sensi dell'articolo 4, in nome e per conto o a sostegno del soggetto passivo della discriminazione, contro la persona fisica o giuridica cui e' riferibile il comportamento o l'atto discriminatorio. Aggiunge che le stesse rappresentanze sono altresì legittimate ad agire nei casi di discriminazione collettiva (ovvero laddove sia potenzialmente discriminato più di un lavoratore) "qualora non siano individuabili in modo diretto e immediato le persone lese dalla discriminazione".

Diverse regole, diverse procedure, diverse legittimazioni ad agire dimostrano, nella prospettiva domestica, l'esistenza di strumenti complementari posti a presidio dello stesso bene protetto: la libertà sindacale protetta dall'art. 39 Costituzione; la violazione del bene protetto è affermata a partire dalla violazione della parità di trattamento tra lavoratori (iscritti e non iscritti o non più iscritti alla Fiom).

Dimensione individuale e collettiva della tutela dei diritti contro le discriminazioni non devono essere, insomma, confusi con l'interesse proprio della rappresentanza locale legittimata ad agire quando non sono individuabili le persone lese dalla discriminazione legata a ragioni collettive ovvero legata libertà ideologica di appartenere ad un'associazione sindacale. Tutto ciò non toglie che le convinzioni personali debbano includere le ragioni politiche (si legga L. Calafà *Pubblico e privato nel diritto antidiscriminatorio. Riflessioni a partire da due recenti interventi giudiziari, in Questione giustizia*, n. 1, 2011, p. 121-131 sui casi dell'esposizione dei simboli politici nella scuola di Adro) e sindacali, come ribadito da entrambe le pronunce del caso Fiom-Cgil nazionale c. Fip-Fiat.

Alla luce del caso trattato, alcune perplessità sollevano l'ottimismo di chi vede nel divieto di discriminazione fondato sulle convinzioni personali una sorta di panacea per la soluzione dei limiti ontologici del diritto dei rapporti collettivi nell'Unione europea (anche dopo la vincolatività sancita con il Trattato di Lisbona della Carta di Nizza-Strasburgo) (S. Borelli, *Esiste un principio di non discriminazione per ragioni sindacali nel diritto dell'Unione europea?*, in *I diritti dei lavoratori nelle Carte europee dei diritti fondamentali*, curato da S. Borelli, A. Guazzarotti, S. Lorenzon, 2012, Napoli, Jovene, p. 63). Il caso Fiom-Cgil nazionale e Fip-Fiat ne è una chiara estrinsecazione. L'uso del diritto antidiscriminatorio e dei suoi strumenti più importanti (onere della prova, uso della prova statistica, legittimazione ad agire) segnala un'importante e dovuta enfasi su una tecnica normativa largamente sottovalutata anche perché legata a tematiche, come le discriminazioni di genere, oggetto di studi fino ad oggi considerati marginali.

L'importanza assunta da tale tecnica nell'attualità del diritto del lavoro nazionale (si consenta un rinvio a L. Calafà, *Sul licenziamento discriminatorio*, in www.magistraturademocratica.it), e la

legittima enfasi posta su strumento in via di evidente valorizzazione soprattutto nelle aule giudiziarie, non deve oscurare la consapevolezza dei limiti strutturali del diritto antidiscriminatorio tradotto nell'unico argine esistente contro la calante tutela dei diritti individuali e contrattati dei lavoratori e delle lavoratrici. Si legga la parte dedicata all'intervento in appello di un gruppo di lavoratori non iscritti, ma già lavoratori a Pomigliano. E' una prova tangibile delle problematiche dell'uso del giudizio di comparazione tra lavoratori (iscritti, non iscritti, non più iscritti ad un sindacato) nel diritto nazionale. Senza entrare nel merito della complessa vicenda politico-sindacale e produttiva della Fiat, non si può non segnalare che il felice e legittimo esercizio antidiscriminatorio, diventa, nel contempo, lampante manifestazione del fallimento della tutela collettiva del lavoro.

Dal punto di vista tecnico, la fattispecie trattata è qualificata come discriminazione collettiva diretta. Ciò consente di ribadire l'interpretazione corretta dell'art. 5 d.lgs. 216/03 che segnala le differenze tra 1° e 2° comma dello stesso: nel primo comma il ricorso è in rappresentanza dei 19 lavoratori nominativamente indicati che hanno delegato il sindacato ad agire (occorre la delega del singolo lavoratore); nel 2° comma, la legittimazione ad agire del sindacato o di altre associazioni in aggiunta a quella dei singoli lavoratori (non occorre una delega o una rappresentanza specifica). Si tratta di fattispecie concorrenti: una a tutela dell'interesse collettivo, l'altra a tutela dell'interesse individuale. E' questa differenza, del resto, che ha consentito al Tribunale di secondo grado di accogliere l'appello incidentale proposto al fine di ottenere l'assunzione dei 19 firmatari del ricorso: in virtù del riequilibrio dei carichi probatori sancito dal giudizio antidiscriminatorio, spettava a Fip "indicare i presupposti di legittimità della propria condotta e così dimostrare nel caso specifico, che ciascuno dei 19 lavoratori non possedeva alcuno dei requisiti indicati per ottenere l'assunzione. (...) Il mancato assolvimento dell'onere probatorio ha consolidato in capo ai 19 lavoratori, che si ripete hanno agito a tutela di un interesse individuale e non collettivo, il diritto all'assunzione in quanto la scelta del datore di lavoro può senz'altro ritenersi non più necessaria alla luce dell'assenza di specifiche indicazioni in merito al difetto dei requisiti professionali per l'assunzione". (sent. 19/10/12).

Questa parte della pronuncia strettamente attinente al merito della questione, si lega ad altri passaggi della stessa che devono essere ricordati, sempre legati alla verifica dell'esistenza o inesistenza della discriminazione per orientamento sindacale in danno degli iscritti Fiom rispetto ai lavoratori non più iscritti, non iscritti o iscritti ad un altro sindacato.

La Corte, in particolare, si pronuncia sul problema dell'adempimento di un obbligo legale o contrattuale in capo a FIP in ragione degli obblighi derivanti dalla sottoscrizione dell'accordo del 6-7-2011. L'accordo nel 2011 è stato firmato da FGA, mentre le assunzioni sono state effettuate da soggetto diverso (FIP). E' possibile che la Corte affermi la discontinuità delle obbligazioni, ma l'esistenza della discriminazione passando attraverso l'adempimento "funzionale" delle obbligazioni di FIP da parte di un soggetto diverso? La Corte esclude l'applicazione dell'art. 2112 c.c., ma ricorda l'evidenza dei rapporti nell'ambito della complessa operazione economica tra FGA e FIP (la complessità dello specifico punto merita un apposito approfondimento non possibile in questa sede).

Sull'insufficienza e inattendibilità della prova statistica, sull'effetto discriminatorio che dovrebbe misurarsi solo all'esito del completamento delle assunzioni, sulla mancata considerazione delle prove liberatorie offerte da FIP (sull'oggettività del processo di selezione del personale e sull'oggettività della discriminazione) si rinvia a quanto già affermato in sede di commento all'ordinanza del giugno 2012 così come sull'esistenza di una deroga (più che una deroga, la decisione aziendale conferma l'esistenza di una discriminazione aveva già avuto modo di ricordare il giudice di primo grado).

Merita di essere ricordata, invece, il contenuto di quella parte della sentenza legato alla "compressione del principio di libertà dell'iniziativa economica" derivante dal rispetto dell'imposizione di una quota del 8,75% in favore di Fiom. Sulla lettura dell'art 41 Cost., la Corte d'appello ricorda la sentenza della Corte costituzionale 103/89 per affermare l'inadeguatezza del

solo rimedio risarcitorio laddove vi sia lesione del principio di non discriminazione posto a presidio della dignità umana anche in ambito lavorativo. Oltre a ciò, sempre di fronte alle opposizioni relative alla costituzione forzosa del rapporto di lavoro come rimedio efficace nei confronti delle discriminazioni subite, la Corte evita di confrontarsi con lo scottante tema dell'applicabilità del principio di parità di trattamento nell'ambito delle controversie tra privati, per affermare che "l'autonomia privata non può essere semplicemente richiamata per giustificare scelte illecite che risultano in concreto discriminatorie e lesive del diritto al lavoro".

Una traduzione ulteriore del contrasto all'antica *tesi della legittimità delle discriminazioni sindacali*: nonostante gli sforzi spesi per celarla nel giudizio d'appello, non smette di trovare ulteriori e rinnovate conferme. Il supporto del diritto antidiscriminatorio al raggiungimento di tale obiettivo si conferma forte e chiaro anche nel giudizio di appello.