

Noterelle sulla vicenda Pomigliano in “appello”:
dove non arrivano gli impegni pubblici del datore
di lavoro arriva la discriminazione

Gaetano Zilio Grandi

*Professore ordinario di Diritto del lavoro nell'Università Ca' Foscari
Venezia*

Sommario: 1. A volte ritornano. – 2. Questioni preliminari. – 3. Le questioni
di merito. – 4. Conclusioni (e un ricordo).

1. A volte ritornano

La giurisprudenza ritorna, ancora una volta, sul luogo del delitto, la
Fiat, e precisamente del delitto “originario”, la Fabbrica di Pomigliano.
L'occasione è data dal giudizio di appello relativo alla controversia
inerente il presunto trattamento discriminatorio riservato agli iscritti
alla CGIL nel momento in cui Fiat crea la oramai nota *newco* che avrebbe
dovuto risollevarle le sorti dell'impianto campano nella produzione della
nuova Panda.

Come da molti previsto, e da altri auspicato, l'appello si conclude
con un rigetto della domanda di Fabbrica Italia Pomigliano s.p.a. (FIP),
ma anche di quella in qualche modo coincidente, di tre lavoratori dello
stesso impianto, ex art. 344 c.p.c., e non iscritti al sindacato ricorrente.

2. Questioni preliminari

Il punto sta proprio qui, ovvero, preliminarmente, nella legittimazione
ad agire di Fiom-Cgil, con gli strumenti giuridici concretamente utilizzati:
ovvero un ricorso ai sensi degli artt. 28, co. 1, d.lgs. n. 150/2011,
relativo alle discriminazioni dirette collettive, ed al conseguente diritto
alla parità di trattamento, di cui all'art. 4 del d.lgs. n. 216/2003.

Dunque il ricorrente è un soggetto collettivo per comportamenti di carattere
collettivo messi in opera dal datore di lavoro, ragione per la quale
l'appellante ritiene non correttamente utilizzata la norma e la procedura
citata, dovendosi a suo avviso fruire, in tali casi, sempre di un art. 28,
ma della ben più nota l. n. 300/1970, lo Statuto dei diritti dei lavoratori.

parte 399

noterelle sulla vicenda pomigliano in “appello”

iii | osservatorio Di qui un dibattito quasi dottrinale, cominciato nel giudizio di primo
grado (ord. Trib. Roma, 21 giugno 2012), circa la comprensione
dell'ipotesi richiamata dai ricorrenti e vincitori di primo grado (discriminazione
sindacale) in quella di cui al citato disposto normativo, e in
particolare nel concetto di convinzioni personali, di cui al citato art. 4.
Più in particolare laddove il d.lgs. n. 216/2003 tratta di discriminazioni
fondate sulle convinzioni personali, la fattispecie in esame riguarda,
invece, asserite discriminazioni di natura sindacale, non citate espressamente
dal richiamato provvedimento; ragioni che, come tali, risultano
regolate invece dell'art. 15 dello Statuto dei lavoratori.

Questa è, di fondo, la linea seguita dall'appellante, che come diremo
ci trova sostanzialmente d'accordo. Ma vi è di più, perché il giudice
d'appello, per rigettare tale prospettiva, argomenta circa il fatto che tra
le due ipotesi risulta comune solo la sanzione della nullità e, per altro
verso, la previsione di un unico rito sommario di cognizione che tuttavia
ha lasciato invariata la disciplina sostanziale.

Sostiene la Corte d'appello che l'oggetto della tutela azionata nel
caso specifico consiste nella discriminazione subita dai singoli iscritti al
sindacato e non nelle prerogative della stessa organizzazione. Tuttavia, una
riga prima, e pure immediatamente dopo, lo stesso giudice fa riferimento
alle condotte plurioffensive, come noto perseguibili, appunto, mediante
l'art. 28 St. Lav.

Dopodiché, viene ricondotto alla ipotesi di cui al d.lgs. citato l'intero
spettro delle discriminazioni previste nell'art. 15 St. Lav.

Per far questo, la Corte d'Appello utilizza lo stesso strumento linguistico
proposto dall'appellante, la società Fabbrica Italia Pomigliano
s.p.a., ovvero l'utilizzo nella versione inglese del termine *belief*, distinto
da quello *religion* con la congiunzione. Sostiene la Corte (e non Pereira!)
che «la continuità dei due termini (*religion* e *belief*) separati dalle
altre definizioni da una virgola, pone in rilievo l'affinità dei due termini
senza tuttavia confonderli»; e che l'analisi strettamente semantica del termine *belief* effettuata
dall'appellante pare superabile dall'accoglimento di

una definizione del concetto di discriminazione alla luce delle norme di riferimento europee. E dunque, sempre argomentando dal lessico utilizzato dalle diverse fonti internazionali e comunitarie, ma anche e soprattutto dalla versione in italiano della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, si giunge alla conclusione che l'elenco dei motivi di discriminazione ivi contenuto, e poi ripreso dal citato d.lgs. concretamente richiamato dalla stessa Corte d'Appello per rigettare il ricorso, non è esauriente, trattandosi di un mero tentativo di esemplificazione. In ragione di ciò viene introdotto nel nostro ordinamento un ampio concetto di discriminazione nel quale spicca la c.d. libertà ideologica, compresa, secondo la Corte, nella (a questo punto dilatata) nozione di «convinzioni personali». Il concetto di convinzione personale evoca, secondo la Corte, «una sorta di credo laico».

Conclude dunque la Corte che nell'espressione «convinzioni personali» di cui all'art. 4 d.lgs. n. 216/2003 debba essere compresa la richiamata

libertà ideologica (o sindacale o politica, o etica, o filosofica: parole della Corte).

Si è ritenuto di citare letteralmente passi della decisione perché pare a noi che la forzatura tecnico-giuridica risulti evidente. Non solo, perché la Corte d'appello ammette l'assenza di precedenti in tal senso e semmai richiama precedenti relativi ad altre fattispecie, ovvero statuizioni di Cassazione circa l'equiparazione tra discriminazione per convinzioni personali e discriminazione per appartenenza ad un determinato credo ideologico; richiamando tuttavia un caso che più distante dalle dinamiche sindacali non può essere – quello relativo all'esposizione di un simbolo politico all'interno delle scuole pubbliche, appunto ricondotto alla previsione di cui al d.lgs. n. 216/2003.

Il problema è che qui saremmo in presenza di una tipica discriminazione per motivi sindacali, di affiliazione o meno ad una data organizzazione sindacale, e lo strumento tipico per la tutela di tali situazioni è quello, come sopra già avvisato, dell'art. 28 St. lav. E non, di tutta evidenza, quello di cui all'art. 4 d.lgs. n. 216/2003, come invece riconosciuto dal Tribunale di Roma ed ora dalla Corte d'appello.

Inoltre, la Corte d'appello legittima il percorso seguito dai ricorrenti originari (ovvero la Fiom-Cgil) quanto alla legittimazione attiva, nel senso che, posta l'impossibilità di individuare “in modo diretto e immediato” quanti e quali fossero al momento della proposizione del ricorso le persone lese dalla presunta discriminazione, *alias* i suoi iscritti, viene giustificata la strada intrapresa dell'azione collettiva di cui all'art. 5. co. 2, d.lgs. n. 216/2003. Tuttavia la Corte argomenta circa la mancata necessità di una delega o di una rappresentanza specifica del soggetto collettivo agente per ovviare alla inevitabile contestazione di parte appellante a proposito della equivocità di una azione collettiva volta a tutelare soggetti in ipotesi, ed anzi in fatto, poi non più iscritti all'organizzazione sindacale, e dunque non legittimati ad agire per il tramite della medesima.

In altre parole, il fatto (il rischio) che taluni lavoratori, già iscritti alla Fiom-Cgil, avessero poi abbandonato lo stesso sindacato, con conseguente impossibilità *ex tunc* di identificare i soggetti lesi, non può, secondo il Tribunale e la stessa Corte, ricadere sulla capacità e legittimazione degli stessi, sempre per il tramite dell'organizzazione sindacale, nonché di un'azione collettiva che a questo punto poteva anche valutarsi come ultronea e in eccesso rispetto ai soggetti effettivamente discriminati. Ciò facendo, tuttavia, si riconosce la possibilità di un ricorso per così dire “aperto”; tant'è che il passaggio successivo è quello per cui tale ricorso collettivo, indeterminato, viene, *ovviamente*, distinto da quello che riguarda i «19 lavoratori nominativamente indicati», per i quali la legittimazione ad agire proviene dal diverso co. 1 del medesimo art. 5. Non c'è che dire, processualmente parlando: una soluzione barocca e Raffinata, ma efficace.

3. Le questioni di merito

Ma veniamo al nocciolo della questione: l'obbligo di assunzione imposto a Fabbrica Italia Pomigliano s.p.a.

Ora, se si accoglie la distinzione tracciata dalla Corte e appena riferita, alla luce dell'azione per discriminazione diretta intentata dai citati 19 lavoratori, l'ordine posto in forma specifica nominativa a loro relativo

potrebbe essere anche compreso giuridicamente, nel senso che esso conseguirebbe ad una discriminazione diretta e correttamente azionata in via individuale.

Tuttavia, essa appare fondata su un presupposto diverso, e relativo a «tutti» i 145 lavoratori ritenuti poi discriminati indirettamente sulla base dei medesimi dati statistici. Di talché la discriminazione diretta e come tale agita (art. 5, co. 1), verrebbe a coincidere con la discriminazione collettiva agita con il diverso strumento di cui al co. 2, del medesimo art. 5 d.lgs. n. 216/2003. E non a caso, si è detto, la Corte ribadisce come non debbano confondersi i due piani, a nostro avviso già *oggettivamente* confusi nella vicenda processuale e dunque nella decisione finale.

Si diceva dunque dei dati statistici: anche qui occorre riflettere da un lato sull'impegno pubblico preso da Fabbrica Italia Pomigliano, riaffermato e qualificato in qualche misura giuridicamente sia dalla decisione di primo grado che dall'appello. Di più, si scrive che i dati da prendere in considerazione ai fini della valutazione della assunta discriminazione sono appunto quelli relativi alle dichiarazioni da parte della società, ovvero il riassorbimento di 4367 lavoratori addetti allo stabilimento di Pomigliano.

Qui emergono altri due profili: da un lato Fabbrica Italia Pomigliano risulta essere soggetto imprenditoriale diverso rispetto a quello originario e, per così dire, promittente; dall'altro non può, effettivamente, ravvisarsi nella fattispecie l'esistenza di un trasferimento d'azienda *ex* art. 2112 c.c., tant'è che i nuovi rapporti traggono linfa da nuovi contratti di assunzione e non dal proseguimento di precedenti rapporti, come peraltro riconosciuto dalla stessa Corte.

Ma, ed è il secondo corno del dilemma, la Corte argomenta circa i richiamati impegni del precedente soggetto imprenditoriale (FGA) ed il tramite del nuovo soggetto (FIP) per concludere che, nei fatti (N.B.), un accordo del 6 luglio 2011, sottoscritto dall'originario datore di lavoro (FGA) ma non dal nuovo (FIP), vincolerebbe quest'ultimo ad assumere tutti i lavoratori provenienti dal sito di Pomigliano. Per giungere a questa conclusione la Corte, si ripete, partendo da una situazione fattuale («l'assunzione nel primo semestre di una quota di lavoratori del sito (...) addirittura superiore a quella pattuita») per farne conseguire un obbligo giuridico. E questo è quanto sul punto del pensiero della Corte, per la quale, in definitiva, il mero fatto che un nuovo soggetto imprenditoriale abbia cominciato ad assumere dipendenti di altro soggetto, senza alcun vincolo contrattuale, porterà, come ha portato, ad un ordine per «predisporre ed attuare (...) un piano di assunzione (N.B. non *riassunzione*) di 126 lavoratori».

Quanto al dato statistico o agli elementi di fatto, dei quali correttamente e con colpevole ritardo si avvale anche l'ordinamento giuridico italiano anche e soprattutto per reprimere le discriminazioni indirette, la Corte precisa che «non si tratta di una vera e propria inversione dell'onere probatorio» ma curiosamente puntualizza altresì che «i dati statistici non devono necessariamente avere le caratteristiche di scientificità tali da poter assurgere a fonte autonoma di prova». Certo essi, ci pare, devono costituire un indizio, preciso, concordante; ma possono essi non essere scientifici? Specie se l'esito è quello di capovolgere l'onere della prova, questa volta così esattamente e tecnicamente inteso, sulle spalle del datore di lavoro!

È esattamente quel che è verificabile nella vicenda *de quo*, tant'è che la Corte di preoccupa anche di avvisare che i dati possono sostenere anche una «situazione di potenziale discriminazione», mentre controparte, nella specie FIP, è obbligata alla «dimostrazione (...) delle liceità della disparità di trattamento» (presunta e potenziale).

E ancora la Corte, per l'individuazione del numero dei lavoratori presuntivamente discriminati non utilizza un dato oggettivo (la cessione del credito *sub specie* di quota sindacale alla Fiom-Cgil), ma un diverso dato, ovvero il numero delle disdette, distinguendo poi tra le diverse finalità (probatoria o di attuazione della tutela).

D'altro canto, precisa la Corte, spetterebbe a FIP dimostrare l'erroneità dei dati statistici utilizzati, ed accolti dal giudicante, confermando così che impropriamente l'onere della prova «sostanziale» trasmigra

presso il datore di lavoro nel momento in cui viene sollevata una questione discriminatoria. Ma si dimentica di trarre le dovute conclusioni dal fatto, da essa stessa riconosciuto, che un lavoratore già iscritto a Fiom sia stato in verità assunto nella nuova società; cosa che dimostra come il dato di partenza dal quale si doveva, al contrario partire, non è tanto il numero degli iscritti al sindacato appellato al momento del ricorso (dunque utile ai fini del riconoscimento della tutela, sia in forma specifica che risarcitoria), ma quello facilmente dimostrabile di un momento ben precedente (gennaio 2011), al contrario poi utilizzato in motivazione per quanto riguarda la legittimazione ad agire. Non solo, perché se un giudizio dovesse essere dato occorrerebbe attendere l'esito del lungo processo riorganizzativo, altre volte invocato dal Tribunale e dalla Corte per verificare appieno se realmente di discriminazione si tratti. Dopodiché la considerazione che i lavoratori iscritti a Fiom, e non assunti, appartengono a fasce non elevate, sulle quali la selezione è stata svolta da *team leader*, non significa certo che essa, non possieda i requisiti di oggettività necessari, che invece la Corte richiama espressamente. Anche qui secondo il giudice d'appello dovrebbe essere FIP a dimostrare una

scelta «secondo professionalità», capovolgendo nuovamente il sistema probatorio, addirittura mediante la predisposizione di «una griglia di lavoratori in possesso dei requisiti necessari per essere assunti, predisposta secondo caratteristiche di precisione e determinatezza tali da consentire l'individuazione oggettiva dei lavoratori». Ciò riecheggia, in qualche modo, quanto in ipotesi richiesto dal combinato disposto di C. Cost. n. 103/1989 (curiosamente richiamata ed utilizzata in senso contrario nel proseguo di motivazione) e dalle prime decisioni di Cassazione in tema di parità di trattamento, ovvero una inappropriata burocratizzazione delle procedure di valutazione del personale dipendente privato.

Per i 19 lavoratori per i quali è valso successivamente l'ordine di assunzione a 180 giorni, poi, FIP si difende mediante l'ipotesi della deroga, pure prevista dall'art. 3, co. 3, d.lgs. n. 216/2003, relativa al fatto che la convinzione personale del lavoratore consiste e come tale può essere utilizzato in un requisito essenziale e determinante ai fini dello svolgimento dell'attività lavorativa, ma essa, sebbene ritenuta esistente, viene inquadrata dalla Corte come una ipotesi di discriminazione, mentre secondo la Corte di Giustizia ciò che conta è che una esigenza reale dell'azienda, presente evidentemente nella scelta di lavoratori che condividono le scelte organizzative dell'impresa.

Venendo al punto conclusivo e dirimente esso si sostanzia nella imposta assunzione di 145 lavoratori da parte di FIP, provenienti da altra realtà imprenditoriale (FGA), ma soprattutto nel rigetto dell'intervento in via incidentale proposto da tre lavoratori, non iscritti alla Fiom, ma comunque esclusi dalla scelta imprenditoriale in prima battuta e altresì da questa sorta di *repechage* giudiziale costituito dalla ordinanza appellata. In sostanza ciò che vale per i lavoratori iscritti alla Fiom (insussistenza di una lesione dell'art. 41 Cost., di un illegittimo provvedimento per l'esecuzione in forma specifica), non vale, invece, per i tre intervenienti ex art. 344 c.p.c. Allo stesso modo vengono ritenuti estranei alla tutela coloro che si sono iscritti al sindacato ricorrente in un momento successivo alla proposizione del ricorso.

Infine, come anticipato, il risarcimento del danno non patrimoniale: come scritto da dottrina civilistica, qui è adottato un danno non patrimoniale *in re ipsa*; solo che la *re ipsa* consisterebbe per i 19 ricorrenti originari per discriminazione diretta, nella «volontà di agire manifestata (...) concreta prova sia della consapevolezza della discriminazione, sia del turbamento d'animo ad essa conseguente». *Id est*, senza necessità di prova alcuna!

Ed è questo, per ovvi motivi, ma non senza dubbi, l'unico punto accolto del ricorso in appello. Anche perché i tre intervenienti in appello, ripetiamo non iscritti alla Fiom, vedono bellamente ritenuto infondato il proprio ricorso, sulla base del fatto che molte delle censure formulate, analoghe a quella dell'appello principale, sono state rigettate, ma soprattutto perché «non può ritenersi che la tutela accordata ad ipotesi di discriminazione vietata possa essa stessa costituire condotta illecita o discriminatoria» a sua volta suscettibile di essere rimossa. Una conclusione che ha trovato

nella successiva vicenda dell'intenzione di FIP, almeno affermata, di porre in mobilità 19 lavoratori, ovvero un numero corrispondente a quello dei lavoratori da assumere *iussu iudicis*, una specie di contrappasso.

4. Conclusioni (e un ricordo)

La vicenda della quale la decisione d'appello di cui si è detto costituisce il più recente, ma certo non l'ultimo, episodio giudiziario, dimostra quanto instabili siano ancora oggi le nostre relazioni sindacali, perché di questo, al fine, si tratta. La storia recente di un gruppo automobilistico ha infatti fratturato il sistema sindacale tradizionale, *bon grè* o *mal grè*. Solo che la reazione del sistema medesimo appare di natura tipicamente "immunitaria": la creazione di sempre più forti, ma nel breve periodo, anticorpi, quali ad esempio (sia nell'ambito del licenziamento a seguito della l. n. 92/2012 sia in questa più circoscritta problematica) l'uso, e forse l'abuso, del principio antidiscriminatorio. Così, a mo' di chiusura, richiamo le parole del lontano, ma vicino 1975, e così ricordo la persona e lo studioso, di Giuseppe Pera, a proposito dell'art. 39 Cost.: «tutti hanno diritto di operare sindacalmente, col riconoscimento della massima libertà: diritto che si deve tradurre nella possibilità di essere contati secondo la propria ed autentica forza rappresentativa (...) una volta effettuata la conta, la maggioranza ha diritto di comandare. Tutto qui».

Sarebbe forse il caso che nel nostro sistema di relazioni di lavoro e sindacali si ripartisse, finalmente, da qui.

Abstract

The author analyzes a recent decision in the case Fiat, highlighting how, especially in the field of industrial relations, the solutions faced by judges are often dictated more by a proper choice of discretionary interpretation than a linear and strict application of labor law.