

## CORTE DI APPELLO di ROMA

Sezione controversie lavoro, previdenza e assistenza obbligatorie

La Corte composta dai signori magistrati:

TORRICE	dott.	Amelia	Presidente
ORRU'	dott.	Tiziana	Consigliere rel.
BONANNI	dott.	Roberto	Consigliere

nelle cause riunite in grado di appello proposte ai sensi degli artt. 702 quater e 433 c.p.c. iscritte ai numeri 5080 e 5204 del Ruolo Generale degli affari contenziosi dell'anno 2012, aventi ad oggetto APPELLO avverso l'ordinanza numero cron. 76477 pronunciata in data 21.6.2012 dal Tribunale di Roma, in funzione di giudice del lavoro,

tra

Fabbrica Italiana Pomigliano S.p.A. in persona di Garofalo Sebastiano (Amministratore delegato e procuratore speciale per atto Notaio Morone di Torino ) FABBRICA ITALIA POMIGLIANO S.p.A. in persona di Garofalo Sebastiano ( Amministratore delegato e procuratore speciale per atto Notaio Morone di Torino ) entrambe rappresentate e difese dagli Avv. ti R. De Luca Tamajo, D. Dirutigliano, G. Olivieri, L. Ropolo per procura a margine degli atti di appello, elettivamente domiciliate presso lo studio del primo in Roma, Piazza Cavour,19

appellanti appellate in via incidentale

e

FIOM- CGIL Nazionale, in persona del Segretario Generale Landini Maurizio, in nome e per conto, ex art. 5 comma 1 D.Lvo 216/2003 , di Birotti Stefano, Canonico Vincenzo, Ciccarelli Pasquale, D'Alessio Ciro, Dell'Isola Vincenzo, Di Costanzo Mario, Di Luca Antonio, D'Onofrio Sebastiano, Fiorillo Alessandro, Maione Antonio, Manganiello Francesco, Manzo Raffaele Maria, Mellone Giovanni, Niglio Aniello, Petillo Aniello, Pulcrano Angelo, Rea Maurizio, Ruggiero Francesco e Sangiovanni Michele nonché , ex art. 5 comma 2 D.Lvo 216/2003 per le persone non individuabili in modo diretto ed immediato lese dalla discriminazione, rappresentata e difesa dagli Avv. ti P. Alleva, F. Focareta, A. Piccinini, R. Ferrara, S. Ingegneri, V. Martino, E. Poli, E. Recchia, P. Panici , per procura nel ricorso introduttivo del giudizio di I grado elettivamente domiciliata presso lo studio di quest'ultimo in Roma, via Germanico, 172

appellata appellante in via incidentale

e

Graziano Pasquale, Damiani Francesco, Della Magna Ciro, rappresentati e difesi dall'Avv. to E. Le Boffe, che li rappresenta e difende per procura in calce



all'atto di intervento ex art. 344 c.p.c elettivamente domiciliati in Roma, Piazza Mazzini, 27 presso lo studio dell'Avv. to L. Nicolais

Sciogliendo la riserva formulata all'udienza del 9.10.2012

Osserva

### La pronunzia di primo grado

Il Tribunale di Roma, in funzione di giudice del lavoro, pronunziando sul ricorso promosso ai sensi degli artt.702 bis cpc e 28 D.Lgs n.150/11 da FIOM - CGIL Nazionale ex art.5 comma 1 D.Lgs 216/03 in nome e per conto di alcuni lavoratori, nonché ai sensi del 2° comma dell'art.5 D.Lvo 216/2003 nei confronti di Fabbrica Italia Pomigliano Spa, ha così statuito:

*dichiara la natura di discriminazione collettiva dell'esclusione dalle assunzioni dei lavoratori dello stabilimento di Pomigliano iscritti alla FIOM ed ordina a Fabbrica Italia Pomigliano Spa di cessare dal comportamento discriminatorio e di rimuoverne gli effetti;*

*a tal fine ordina a Fabbrica Italia Pomigliano Spa di assumere 145 lavoratori iscritti alla FIOM e di mantenere nel prosieguo delle operazioni di riassorbimento del personale dello stabilimento di Pomigliano la percentuale dell'8.75 % di tutti gli assunti in favore di FIOM. '*

*Condanna altresì la società convenuta al risarcimento del danno non patrimoniale, che liquida in complessivi euro 3000,00 per ciascuno dei 19 lavoratori nominativamente rappresentati da FIOM nel presente ricorso, oltre accessori di legge dall'attualità al saldo.*

*Condanna la convenuta alla refusione delle spese di lite che liquida in euro 5.000,00 oltre accessori come per legge.*

### Gli appelli principali

Con distinti atti, dal contenuto sostanzialmente sovrapponibile, hanno proposto appello Fabbrica Italiana Pomigliano S.p.A ( appello rubricato con il n. 5080 RG 2012, depositato il 5.7.2012) e Fabbrica Italia Pomigliano S.p.A. ( appello rubricato con il n. 5204 RG 2012, depositato il 9.7.2012 ) per chiedere che , disposta inaudita altera parte ovvero in contraddittorio con le parti appellate, la sospensione dell'efficacia esecutiva dell'ordinanza impugnata, nella parte relativa all'ordine di assunzione di 145 lavoratori iscritti alla FIOM questa Corte territoriale :

1) dichiarare l'inammissibilità , a norma dell'art. 28 comma 1 D.Lgs 150/2011, dell'azione proposta dalla FIOM *perché disciplinata dall'art. 28 comma 1 St. Lav.;*

in via subordinata hanno chiesto che questa Corte territoriale

2) *in caso di conversione del ricorso in quello previsto dall'art. 28 St.Lav dichiarare:*

2.1. a norma dell'art. 28 , 1° comma St. Lav. ( e 18,413,428 c.p.c) l'incompetenza territoriale del Tribunale di Roma, *dovendosi affermare la competenza del Tribunale di Nola, in funzione di giudice del lavoro*

2.2. il difetto di legittimazione della FIOM nazionale ( *a norma dell'art. 28 1° comma, St. Lav.*)

2.3 il difetto di rappresentanza processuale ( *ai sensi dell'art. 77 c.p.c*) dei lavoratori nominativamente indicati e *perciò l'inammissibilità di tutte le domande proposte in loro nome e conto ( enunciate alle lett. A e B. delle conclusioni del ricorso)*

3) l'inammissibilità dell'azione proposta ai sensi dell'art. 100 c.p.c.

Nel merito le appellanti hanno chiesto che questa Corte territoriale:

4) rigetti la domanda di accertamento della discriminazione collettiva e quella di condanna all'assunzione presso FIP di un numero di dipendenti tale da assicurare proporzionalità fra i lavoratori iscritti alla FIOM e il totale dei dipendenti ( *ricorso FIOM , conclusioni A e B,1lett.b; 1° e 2° capoverso del dispositivo dell'ordinanza*)

5) rigetti la domanda di risarcimento del danno non patrimoniale proposta dalla FIOM in nome e per conto dei 19 lavoratori indicati nel ricorso FIOM ( *ricorso FIOM, conclusioni C,n. 1; 3° capoverso del dispositivo dell'ordinanza*) *per infondatezza e comunque per difetto di prova.*

Le appellanti hanno domandato vittoria per le spese di entrambi i gradi del giudizio.

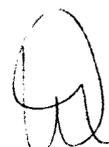
#### La costituzione in giudizio degli appellati e l'appello incidentale

Si è costituita in giudizio, con atto depositato il 27.09.2012 FIOM CGIL Nazionale, in persona del Segretario Generale Landini Maurizio, in nome e per conto, ex art 5 comma 1 D.Lgs 216/2003 di Birotti Stefano, Canonico Vincenzo, Ciccarelli Pasquale, D'Alessio Ciro, Dell'Isola Vincenzo, Di Costanzo Mario, Di Luca Antonio, D'Onofrio Sebastiano, Fiorillo Alessandro, Maione Antonio, Manganiello Francesco, Manzo Raffaele Maria, Mellone Giovanni, Niglio Aniello, Petillo Aniello, Pulcrano Angelo, Rea Maurizio, Ruggiero Francesco e Sangiovanni Michele e, ex art. 5 comma 2 D.Lgs 216/2003, per le persone non individuabili in modo diretto ed immediato, lese dalla discriminazione, ed ha chiesto che questa Corte territoriale respinga l'appello.

In via incidentale ha chiesto che, in parziale riforma dell'ordinanza impugnata, questa Corte territoriale ordini alla S.p.A. Fabbrica Italia Pomigliano, di assumere i lavoratori in nome e per conto dei quali essa OS ha agito in giudizio ex art. 5 comma 1 D.Lgs 216/2003.

Ha domandato la vittoria delle spese.

L'atto di intervento ex art. 344 c.p.c.



Graziano Pasquale, Damiani Francesco, Della Magna Ciro sono intervenuti in giudizio ex art. 344 c.p.c. , con atto depositato il 29.09.2012 ed hanno chiesto che questa Corte territoriale, dichiarata l'ammissibilità del loro intervento, annulli l'ordinanza impugnata nella parte in cui ha ordinato a FIP l'assunzione di 145 lavoratori iscritti alla FIOM e nella parte in cui ha ordinato alla medesima società di mantenere nel prosieguo delle operazioni di riassorbimento del personale dello stabilimento di Pomigliano la percentuale dell'8,75 di tutti gli assunti in favore della FIOM.

Hanno domandato la vittoria delle spese.

Nel corso della udienza del 9.6.2012, riuniti, senza opposizione di alcuna delle parti costituite, i distinti appelli in applicazione del generale principio di unicità delle impugnazioni ( Cass. Ord. 20161/2010), verificata la ritualità ed integrità del contraddittorio, all'esito di articolata discussione orale, questa Corte ha riservato la decisione ai sensi della disposizione di cui al combinato disposto degli artt 702 ter 5° comma e 702 quater .

### MOTIVI DELLA DECISIONE

L'appello è infondato nei termini e per le ragioni che seguono che integrano e sostituiscono in parte qua la motivazione della pronunzia impugnata.;

#### Rilievi preliminari di carattere processuale

Il rito d'appello: La FIP in applicazione del richiamato principio espresso da Cass. 9694/2010 per cui il regime di impugnazione astrattamente esperibile va individuato in base al tipo di procedimento effettivamente svoltosi, a prescindere dalla congruenza delle relative forme rispetto alla materia controversa, ha correttamente adito la Corte di Appello di Roma in funzione di giudice del Lavoro (conforme anche Cass. 3712/2011 per cui L'individuazione del mezzo di impugnazione esperibile contro un provvedimento giurisdizionale va effettuata facendo esclusivo riferimento alla qualificazione data dal giudice all'azione proposta con il provvedimento impugnato, a prescindere dalla sua esattezza e dalla qualificazione dell'azione data dalla parte, in base al principio dell'apparenza).

La FIP non ha proposto impugnazione nei confronti della specifica statuizione del Tribunale in merito alla ritenuta competenza del giudice del lavoro a conoscere della controversia in esame che deve pertanto ritenersi definitivamente affermata.

#### A)- Ammissibilità del ricorso nelle forme dell'art. 28 d.lgs. 150/2011

L'ordinanza impugnata ha ritenuto ammissibile il ricorso proposto dalla Fiom nelle forme dell'art. 28 d.lgs. 150/2011 respingendo le contrarie argomentazioni della FIP sulla base di tre distinte considerazioni:

1)- il diverso ambito di applicazione della tutela prevista dall'art. 28 St. Lav. (richiamata dalla FIP) rispetto all'ipotesi speciale di cui all'art. 28 d.lgs. 150/2011;

2)- Fiom ha proposto un'azione a tutela del diritto dei lavoratori alla parità di trattamento in materia di occupazione, volta all'accertamento e alla rimozione di una discriminazione diretta collettiva disciplinata dall'art. 4 dlgs 216/03 che si caratterizza quanto a causa petendi per la violazione del principio di parità di trattamento nell'assunzione e quanto al petitum per richiesta di cessazione del comportamento discriminatorio, rimozione effetti e risarcimento del danno;

3)-l'affiliazione sindacale (oggetto della discriminazione) è sicuramente riconducibile al concetto di *convinzioni personali*, ipotesi espressamente prevista e tutelata dall'art. 4 d.lgs. 216/03.

La parte appellante contrasta le argomentazioni del tribunale riproponendo la linea difensiva già sostenuta in primo grado.

Evidenza innanzitutto che l'art.28 L. 150/11, richiamando espressamente una serie di norme a tutela di forme tipiche di discriminazione tra cui quelle previste dall'art. 4 d.lgs 216/2003, nulla dispone in merito alla discriminazione per motivi sindacali.

A parere dell'appellante il d.lgs. n. 216/2003 interessa solo le discriminazioni dovute ai fattori ivi elencati tassativamente (artt. 1 e 2: religione, convinzioni personali, handicap, età, orientamento sessuale) e, ovviamente, disciplina la tutela giurisdizionale solo di queste come si desume dalla formulazione dell'art. 4: «discriminazioni di cui all'art. 2» e dell'art. art. 5: «legittimate ad agire ai sensi dell'art. 4».

Le discriminazioni causate dalla affiliazione sindacale non possono perciò ritenersi regolate dal d.lgs. n. 216/2003, essendo disciplinate specificamente dall'art. 15 Stat. Lav. (art. 15, co. 1, lett. a) «subordinare l'occupazione di un lavoratore alla condizione che aderisca o non aderisca ad un'associazione sindacale ovvero cessi di farne parte»; art. 15, co. 1, lett. b) «a causa della sua affiliazione o attività sindacale»).

Il comportamento ascritto a FIP può perciò trovare tutela esclusivamente nelle forme dell'art. 28 L. 300/70 che predisponendo uno speciale procedimento rende inammissibile la diversa tutela azionata.

A sostegno dell'assunto la FIP ritiene che, con l'azione collettiva proposta, la Fiom abbia agito per la tutela dell'interesse individuale di ciascun lavoratore così tutelando il proprio interesse collettivo e che perciò l'azione si qualifichi negli esatti termini previsti dall'art. 28 St. Lav. che individua la causa petendi nella asserita lesione della libertà sindacale ed il petitum nella richiesta di cessazione condotta antisindacale e rimozione degli effetti.

Sempre secondo l'appellante la questione decisa dall'ordinanza impugnata riguarda una discriminazione nell'assunzione per affiliazione sindacale identica a quella tipizzata nella disposizione dell'art. 15, lett. a), St. Lav. con conseguente impossibilità di assimilazione della fattispecie alle discriminazioni per convinzioni personali.



Di conseguenza secondo la FIP l'ordinanza è erronea ed ingiusta nella parte in cui applica ad una asserita discriminazione per affiliazione sindacale la tutela sommaria di cognizione e l'agevolazione probatoria previste per le discriminazioni per convinzioni personali, sostenendo che «l'affiliazione sindacale del lavoratore è sicuramente riconducibile al concetto di convinzioni personali».

Questa Corte territoriale osserva, al contrario, che il legislatore distingue i due tipi di discriminazione e la rispettiva disciplina, che è comune solo con riferimento alla regola sostanziale di nullità dei relativi atti, non a caso mediante la disposizione espressa di equiparazione (art. 4, co. 1, d.lgs. n. 216/2007, che integra l'elenco di cui all'art. 15, co. 2, St. Lav.).

La disciplina processuale e probatoria resta, invece, completamente diversa, poiché alle discriminazioni per ragioni sindacali si applica per le azioni individuali l'ordinario rito del lavoro e per l'azione sindacale l'art. 28, St. Lav.

Al fine di meglio comprendere e risolvere le complesse questioni trattate dalle parti è opportuno premettere alcune considerazioni sulla disciplina dettata in tema di discriminazione.

Le disposizioni sostanziali in materia di discriminazione, come del resto quelle processuali, sono il frutto della stratificazione di varie norme che non ne rende facile la ricostruzione.

Recentemente con la legge sulla semplificazione dei riti ( art. 28 d.lgs. n. 150/2011 che ha dato attuazione alla delega contenuta nell'art. 54 l. n.69/2009) , tutte le controversie introdotte, a decorrere dal 7.10.2011 , in materia di discriminazione di cui all'articolo 44 del decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286, quelle di cui all'articolo 4 del decreto legislativo 9 luglio 2003, n. 215 (motivi razziali ed etnici), quelle di cui all'articolo 4 del decreto legislativo 9 luglio 2003, n. 216 (motivi inerenti la religione, le convinzioni personali, l'handicap, l'età, l'orientamento sessuale / con riferimento all'occupazione e alle condizioni di lavoro), quelle di cui all'articolo 3 della legge 1° marzo 2006, n. 67, (motivi legati alla disabilità) e quelle di cui all'articolo 55-quinquies del decreto legislativo 11 aprile 2006, n. 198, saranno regolate dal rito sommario di cognizione di cui al capo III bis del titolo I del libro quarto del codice di procedura civile (art. 702-bis, ter e quater del c.p.c.) e non piu' dal procedimento cautelare atipico di cui al vecchio art. 44 del T.U. immigrazione.

Il d.lgs. 150/2011 non ha però ridisegnato in modo completo il processo per la tutela delle discriminazioni, né ha rimandato in blocco alle norme sul rito sommario di cognizione.

A regolare questo processo confluiscono, infatti, gli artt. 702 bis, ter e quater cpc, - per le parti non derogate dal d.lgs. 150/2011- ; il d.lgs. 150/2011 (soprattutto gli artt. 3, 28 e 34, comma 32 e segg.); le diverse leggi che disciplinano i vari fattori di discriminazione.



La disposizione che ha uniformato gli strumenti processuali per la repressione delle diverse forme di discriminazione prevedendo un unico rito, non ha tuttavia modificato la disciplina sostanziale, ossia l'elenco dei possibili motivi di discriminazione.

I fattori di discriminazione restano infatti quelli indicati negli art. 2 comma 3) dei d.lgs. 215 e 216/03, nell'art. 2 comma 4 l. 67/2006 e nell'art. 55 bis comma 4 CPO introdotto dal d.lgs. 196/2007.

La procedura prevista dall'art. 28 d.lgs. 150/2011 può, pertanto, essere applicata in via esclusiva alle forme di discriminazione ricadenti nello specifico ambito di applicazione della norma medesima ogni qualvolta venga azionata la tutela verso forme di discriminazione, diretta o indiretta, individuale o collettiva, fondate sui fattori di rischio elencati mediante richiamo alle diverse previsioni normative che li disciplinano.

-A,1-

Quanto detto è utile in primo luogo ad evidenziare le sostanziali differenze inerenti l'ambito di tutela della procedura azionata nel presente giudizio rispetto a quella prevista dall'art. 28 St.Lav.

Per integrare gli estremi della condotta antisindacale di cui all'art. 28 dello Statuto dei lavoratori è necessario innanzitutto che il comportamento datoriale comprometta oggettivamente l'efficace espletamento del ruolo delle organizzazioni sindacali.

L'art. 28 St. Lav. tutela un interesse collettivo del sindacato alla esplicazione della libertà sindacale distinto ed autonomo rispetto a quello attribuito ai singoli lavoratori.

Dalla natura degli interessi collettivi tutelati dalle organizzazioni sindacali deriva infatti che, nell'ipotesi di condotte datoriali plurioffensive, il sindacato non può disporre dei diritti individuali dei lavoratori e, di conseguenza, la tutela accordata a seguito di ricorso alla procedura di repressione della condotta antisindacale non può incidere su diritti acquisiti dai singoli lavoratori.

-A,2-

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.

Sostanzialmente si è in presenza di una condotta della FIP astrattamente idonea a ledere sia l'interesse collettivo del sindacato sia l'interesse individuale dei singoli lavoratori affiliati; ognuno dei soggetti interessati (sindacato e lavoratori) ha a disposizione forme di tutela differenziate e non sovrapponibili in quanto volte a garantire diritti diversi attraverso forme, procedure e sanzioni diversificate in ragione della diversità dei soggetti e degli interessi tutelati.



Per tali motivi non vi è e non può esservi alcuna univoca correlazione tra i diritti protetti dall'art. 15 St. Lav. e la procedura di repressione della condotta antisindacale prevista dal successivo art. 28.

Il richiamato art. 15 St.Lav. (così come integrato dalle ipotesi previste art. 4, co. 1, d.lgs. n. 216/2003) è norma di carattere sostanziale idonea a definire e qualificare l'atto discriminatorio subito dal lavoratore, che in quanto invalido ed illecito può dar luogo ad una serie di tutele. Accanto alla tutela ordinaria ex art. 414 c.p.c. (risarcitoria o ripristinatoria) vi può essere una tutela cautelare o la speciale tutela sommaria dettata per la repressione delle condotte discriminatorie qualora sia esperibile, ma non la speciale tutela ex art. 28 St. Lav. , se non nelle ipotesi in cui il sindacato faccia valere un interesse proprio e non dei singoli lavoratori discriminati.

Né può ritenersi che la Fiom attraverso la tutela dell'interesse individuale dei suoi affiliati con la procedura qui azionata abbia sostanzialmente tutelato il proprio interesse collettivo, in quanto la somma degli interessi individuali degli affiliati non corrisponde sicuramente all'interesse collettivo del sindacato posto a garanzia delle proprie prerogative sindacali e non invece alla difesa dell'insieme delle libertà dei singoli affiliati.

-A,3-

Anche a voler ritenere la ritualità dell'azione proposta ex art. 28 d.lgs 150/11, a parere dell'appellante, il tribunale ha errato nel ritenerla ammissibile estendendone la disciplina alle ipotesi di discriminazione denunciata dagli odierni appellati, in quanto l'affiliazione sindacale non può essere assimilata alle convinzioni personali previste dall'art. 4 dlgs.216/03 che possono essere riferite esclusivamente a convinzioni che per carattere di intrinseca pervasività siano assimilabili ad un credo religioso.

A dimostrazione della tesi sostenuta ha fatto riferimento al testo inglese della direttiva n. 2000/78/CE - di cui il d.lgs. 216/03 costituisce attuazione - ed alla trasposizione della stessa nei diversi ordinamenti nazionali tra cui quello britannico e tedesco.

La questione prospettata merita un approfondimento.

L'argomentazione dell'appellante, pregevole dal punto di vista metodologico, in quanto tenta una interpretazione della disposizione nazionale alla luce della direttiva europea, non esaurisce tuttavia l'ambito sistematico di riferimento normativo.

La Direttiva 2000/78/CE del Consiglio, del 27 novembre 2000, che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro, dopo aver definito la nozione di discriminazione, individua il campo di applicazione del provvedimento, le azioni e le misure specifiche dirette ad evitare le discriminazioni sul luogo di lavoro.

Essa trova fondamento nell'art. 13 del trattato di Amsterdam che modifica il trattato sull'Unione Europea, i trattati che istituiscono le Comunità Europee e alcuni atti connessi che , nella versione pubblicata nella *Gazzetta ufficiale n. C*

340 del 10 novembre 1997 testualmente recita "Fatte salve le altre disposizioni del presente trattato e nell'ambito delle competenze da esso conferite alla Comunità, il Consiglio, deliberando all'unanimità su proposta della Commissione e previa consultazione del Parlamento europeo, può prendere i provvedimenti opportuni per combattere le discriminazioni fondate sul sesso, la razza o l'origine etnica, la religione o le convinzioni personali, gli handicap, l'età o le tendenze sessuali."

Nella versione in lingua inglese l'espressione "convinzioni personali" è indicato con il termine *belief*, separato dal termine *religion* dalla congiunzione *or*, come peraltro nella versione italiana.

Il testo normativo è connotato da un rigore terminologico già evidente nella struttura grammaticale del costrutto, laddove l'utilizzo della particella *or* (*o*) ha l'evidente significato di aggiungere un concetto ad un altro.

Inoltre la contiguità dei due termini separati dalle altre definizioni da una virgola, pone in rilievo l'affinità dei due concetti senza tuttavia confonderli.

Ma, all'analisi strettamente semantica del termine *belief*, proposta dall'appellante, pare preferibile l'accoglimento di una definizione del concetto richiamato dalla parola usata fondato sui principi generali contenuti nelle norme di riferimento europee, senza tuttavia tralasciare il riferimento testuale già contenuto nell'art. 3, comma 1 della Costituzione.

In sede internazionale la tutela delle "opinioni" politiche o di "altro genere" ha trovato garanzia contro ogni forma di discriminazione a partire dalla Convenzione Generale dell'Organizzazione internazionale del lavoro del 6/22 giugno 1962, ratificata con legge 13 luglio 1966, n. 657 (art. 14) secondo cui uno degli scopi della politica sociale degli Stati stipulanti o aderenti deve essere quello di sopprimere ogni discriminazione basata sulla razza, sul colore, sul sesso, sulla fede, sull'appartenenza ad un gruppo tradizionale o alla iscrizione sindacale, dalla Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo (art. 23), fino alla recente Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (c.d. Carta di Nizza) che riprende in un unico testo, per la prima volta nella storia dell'Unione europea, i diritti civili, politici, economici e sociali dei cittadini europei, il cui art. 21 ribadisce il divieto di qualsiasi forma di discriminazione.

La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, proclamata a Nizza congiuntamente da tre istituzioni europee (il Parlamento europeo, il Consiglio dell'Unione europea, la Commissione europea) il 7 dicembre 2000, è stata redatta in undici lingue ufficiali dell'Unione europea: italiano, inglese, francese, spagnolo, tedesco, greco, danese, olandese, portoghese, finlandese, svedese da parte di un organo, istituito nel giugno del 1999 e denominato "Convenzione", composto da quindici rappresentanti personali dei Capi di Stato o di governo degli Stati membri, un rappresentante della Commissione, sedici membri del Parlamento europeo e trenta membri dei Parlamenti nazionali (due per ciascun Parlamento), essa in virtù dell'art. 6 del TUE come riformulato dal Trattato di Lisbona ha valore giuridico analogo a quello dei Trattati.



Se si confronta il lessico della Carta nelle diverse lingue ufficiali emerge l'assoluta ambivalenza semantica dei termini utilizzati.

Ad esempio lo stesso termine *fair* costantemente utilizzato nella versione inglese è stato tradotto con termini di volta in volta diversi nelle altre lingue ufficiali.

Nel testo italiano sono state utilizzate espressioni quali *giusto, imparziale, equo*, a significare l'ampia possibilità di definizione dei concetti qualificatori.

Orbene la versione ufficiale dell'art. 21 testualmente recita:

*"Non discriminazione*

*1. È vietata qualsiasi forma di discriminazione fondata, in particolare, sul sesso, la razza, il colore della pelle o l'origine etnica o sociale, le caratteristiche genetiche, la lingua, la religione o le convinzioni personali, le opinioni politiche o di qualsiasi altra natura, l'appartenenza ad una minoranza nazionale, il patrimonio, la nascita, gli handicap, l'età o le tendenze sessuali".*

Trattandosi, per quanto detto, di un testo in lingua ufficiale, esso può senz'altro costituire la fonte normativa primaria per l'interpretazione del contenuto degli atti normativi europei e nazionali in materia di discriminazione.

L'elenco dei possibili motivi di discriminazione contenuti nell'art. 21, tra cui le convinzioni personali, le opinioni politiche o di qualsiasi altra natura, non è esauriente, ma costituisce solo un tentativo di esemplificazione espresso dalla formula *"in particolare"*.

Ed è proprio in considerazione dell'ampiezza di contenuto delle nozioni dei motivi che possono fondare discriminazioni vietate, che si comprende la necessità per l'interprete di procedere alla esegesi delle norme nazionali quanto più consona alla ratio della norma comunitaria letta alla luce dei principi fondamentali del Trattato, tra cui figura quello di uguaglianza.

E così nel caso specifico, 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 c.d. 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.

Infatti 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 convinzioni 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.

L'espressa tutela accordata dal legislatore comunitario all'ambito delle convinzioni personali è collegabile, altresì, alla libertà di pensiero e di coscienza (non a caso accostate a quella di religione) di cui all'articolo 10 della Carta di Nizza.

In tal senso può perciò essere letta l'affinità dei due termini, (religion or belief), dove il concetto di convinzione personale evoca una sorta di "credo" laico (non contrapposto, ma complementare a quello religioso), che già riecheggiava nella formulazione dell'articolo 9 della CEDU, laddove "denota idee che raggiungono un certo livello di rigore, serietà, coerenza e importanza" (Cedu, sentenza 25 febbraio 1982, Campbell e Cosans c. Regno Unito (nn. 7511/76 e 7743/76), punto 36).

Recependo le indicazioni comunitarie il legislatore nazionale ha enunciato un ampio concetto di discriminazione non fondato su rigide categorie qualificatorie che risultano espresse nei diversi testi normativi secondo terminologie anche parzialmente diverse.

Ne costituisce un esempio l'integrazione dell'art. 15 St. Lav. ad opera del d.lgs 216/03.

Dovendo coordinare il contenuto delle disposizioni nello specifico ambito inerente la presente controversia occorre, infine, evidenziare che l'art. 2, comma 2 d.lgs. 216/03 fa salvo il disposto dell'art. 43 del T.U. immigrazione così integrando le categorie concettuali.

Ed è proprio nell'ambito del citato art. 43 L 40/1998 che le discriminazioni vietate sono innanzitutto individuate in ogni comportamento che, direttamente o indirettamente, comporti una distinzione, esclusione, restrizione o preferenza basata sulla razza, il sesso, il colore, l'ascendenza o l'origine nazionale o etnica, le convinzioni personali, o le pratiche religiose e che abbia lo scopo o l'effetto di distruggere o compromettere il riconoscimento, godimento o esercizio dei diritti umani e delle libertà fondamentali in campo politico, economico, sociale e culturale ed in ogni altro settore della vita pubblica.

Il contenuto dell'espressione "convinzioni personali" richiamato dall'art. 4 d.lgs. 216/03 non può perciò che essere interpretato nel contesto del sistema normativo speciale in cui è inserito, restando del tutto irrilevante che in altri testi normativi l'espressione "convinzioni personali" possa essere utilizzata come alternativa al concetto di opinioni politiche o sindacali.

§§§

Infine non può essere accolta l'argomentazione dell'appellante per cui il carattere potenzialmente mutevole dell'affiliazione sindacale non può che determinarne l'esclusione dall'ambito delle convinzioni personali caratterizzate al contrario da specifici connotati di pervasività.



In generale deve ritenersi che qualunque "credo" o ideologia personale è suscettibile di mutamento nel tempo, anche quella religiosa così come quella politica.

Nella fattispecie concreta non può infine essere desunto il carattere necessariamente mutevole dell'affiliazione sindacale dalla circostanza che numerosi iscritti alla Fiom abbiano disdetto l'affiliazione a seguito delle note vicende che hanno determinato un'aspra contrapposizione tra le parti.

Al contrario, è proprio in occasione delle vicende che hanno alimentato il forte contrasto tra la Fiom e la FIP, ed in precedenza la FGA, che si comprende come l'affiliazione sindacale nel caso di specie abbia rappresentato l'occasione per manifestare una concezione del lavoro e della dignità umana in esso realizzata fondata su precise opinioni e consolidati sentimenti, tale sicuramente da poter essere annoverata tra le "convinzioni personali".

A tal riguardo può sostenersi che la tutela contro la discriminazione, operata a causa di "convinzioni personali", non rileva solo per il fatto che una persona dichiara di nutrire una certa convinzione, ma attiene anche al fatto che un comportamento esteriore si configuri ispirato al rispetto di tale convinzione, o sia coerente con essa.

Sicuramente l'affiliazione sindacale rappresenta la professione pragmatica di una ideologia di natura diversa da quella religiosa, connotata da specifici motivi di appartenenza ad un organismo socialmente e politicamente qualificato a rappresentare opinioni, idee, credenze suscettibili di tutela in quanto oggetto di possibili atti discriminatori vietati.

Nella giurisprudenza di legittimità non si rinvencono precedenti specifici, tuttavia in alcune pronunce la Corte di Cassazione, sia pure in fattispecie aventi diverso oggetto, ha qualificato, incidenter tantum, l'espressione convinzioni personali come professione di un'ideologia di altra natura rispetto a quella religiosa (in tal senso Cass. 10179/04 e da ultimo Cass. 3821/2011 che definisce la discriminazione per convinzioni personali come quella fondata su ragioni di appartenenza ad un determinato credo ideologico).

Accogliendo una interpretazione del concetto di convinzioni personali analoga a quella qui sostenuta, il Tribunale di Brescia, con l'ordinanza 7 febbraio 2011, ha confermato che l'esposizione del simbolo stilizzato del "Sole delle Alpi" quale simbolo partitico della Lega Nord all'interno della scuola pubblica ha determinato una discriminazione fondata sulle convinzioni personali a danno del personale insegnante, violando così le norme della direttiva europea sul divieto di discriminazioni nell'ambito lavorativo (n. 2000/78/CE, recepita nell'ordinamento italiano con il d.lgs. n. 216/2003).

Come già ritenuto dal tribunale, pertanto nell'ambito della categoria generale delle convinzioni personali caratterizzata dall'eterogeneità delle ipotesi di discriminazione ideologica, può essere ricompresa anche la discriminazione per motivi sindacali, con il conseguente divieto di atti o comportamenti idonei



a realizzare una diversità di trattamento o un pregiudizio in ragione dell'affiliazione o della partecipazione del lavoratore ad attività sindacali.

Deve perciò ritenersi l'ammissibilità del ricorso proposto dalla Fiom ai sensi dell'art. 28 d.lgs. 150/2011.

B)- Sussistenza dei presupposti dell'azione: azione collettiva per discriminazione diretta.

Il tribunale ha ritenuto che la Fiom ha agito con l'azione collettiva prevista dall'art. 5, comma 2, d.lgs. 216/03 stante l'impossibilità di individuare in modo diretto e immediato quanti e quali fossero al momento di proposizione del ricorso i suoi iscritti, ossia le persone potenzialmente lese dalla discriminazione.

Il tribunale ha a tal fine precisato che la legittimazione attiva della Fiom deve essere verificata con riferimento agli iscritti, presenti nell'organico di Pomigliano, non al momento di presentazione del ricorso, ma al momento di attuazione della condotta discriminatoria. Con la conseguenza che, in ragione della effettiva disdetta dell'appartenenza sindacale da parte di un considerevole numero degli stessi, non era possibile l'identificazione degli iscritti.

A parere della FIP il tribunale è incorso in un equivoco in quanto non avrebbe distinto l'azione collettiva quale azione sostitutiva dei lavoratori lesi dalla discriminazione e la pretesa di attribuire tale facoltà anche ai lavoratori che al momento della presentazione del ricorso non appartenevano più al sindacato.

In realtà per la procedura a carattere collettivo la legittimazione ad agire del sindacato o di altre associazioni in aggiunta a quella dei singoli lavoratori non necessita di delega o di rappresentanza specifica, diversamente da quanto accade per la procedura a carattere individuale ove l'associazione sindacale può agire solo su delega del singolo lavoratore.

Una volta dimostrata perciò l'impossibilità di identificazione dei soggetti lesi dalla discriminazione, ossia il presupposto per la legittimazione ad agire, è del tutto irrilevante che alcuni lavoratori affiliati alla Fiom al momento della condotta denunciata non lo siano più al momento della presentazione del ricorso. E come già ampiamente rilevato dal Tribunale la platea dei lavoratori potenzialmente lesi dalla condotta discriminatoria è mutata nel corso dell'intervallo di tempo trascorso fino al deposito del ricorso, senza che la Fiom abbia potuto averne tempestiva conoscenza - in quanto le disdette non risultano essere state comunicate al sindacato- con la conseguente impossibilità di determinazione e di identificazione degli stessi.

Ed è di tutta evidenza che la condotta lesiva si è potenzialmente verificata nei confronti di tutti i lavoratori affiliati alla Fiom al momento dell'inizio delle assunzioni, ossia al momento in cui è iniziata l'asserita condotta illecita, indipendentemente dalla circostanza che successivamente alcuni lavoratori abbiano dismesso l'appartenenza, rendendo così irrilevante - a tal fine- il dato numerico al momento di presentazione del ricorso.



Il ricorso proposto dalla Fiom quale titolare della posizione soggettiva disciplinata dal comma 2 dell'art.5 non va confuso con il ricorso presentato in rappresentanza dei 19 lavoratori nominativamente indicati, per il quale la legittimazione ad agire è disciplinata dall'art. 5, comma 1, d.lgs. 216/03.

Si tratta di due fattispecie concorrenti: una a tutela dell'interesse collettivo, l'altra a tutela dei singoli interessi individuali di ciascun lavoratore indicato.

Deve, infine essere precisato che il comportamento denunciato in relazione alla mancata assunzione da parte di FIP degli affiliati Fiom è suscettibile di essere configurato quale discriminazione diretta così definita dall'art. 2 d.lgs. 216/03: "a) discriminazione diretta quando, per religione, per convinzioni personali, per handicap, per età o per orientamento sessuale, una persona è trattata meno favorevolmente di quanto sia, sia stata o sarebbe trattata un'altra in una situazione analoga".

#### NEL MERITO

1)- Inesistenza di un obbligo legale o contrattuale in capo a FIP di assumere i lavoratori di Pomigliano.

L'ordinanza impugnata ha fondato il presupposto della ritenuta discriminazione sulla circostanza che "la FGA sottoscriveva l'intesa del 6.7.2011 intervenuta dinanzi al Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali tra Fabbrica Italia stessa e FIM, UILM, FISMIC e UGL Metalmeccanici nazionali circa il piano di gestione delle eccedenze consistente "nella ricollocazione, presso la società FIP di tutto il personale in forza all'unità produttiva di Pomigliano d'Arco con la specificazione che si tratta di "strumento idoneo a risolvere il problema occupazionale che richiede un ambito temporale di 24 mesi, sostanzialmente prendendo impegni per la FIP.

*I dati da prendere in considerazione sono pertanto quelli relativi all'intera consistenza dello stabilimento di Pomigliano e questo perché, verosimilmente in base ad accordi di gruppo, la stessa società resistente è stata "impegnata" pubblicamente, pur nei limiti dell'andamento del mercato, a riassorbire tutti i 4367 lavoratori in precedenza ad esso addetti".*

Secondo l'appellante l'ordinanza è erronea in quanto FIP non si è mai obbligata ad assumere i lavoratori di Pomigliano, l'intesa del 06.07.2011, circa il piano di gestione delle eccedenze menzionata dal tribunale, è stata sottoscritta dalla FGA che è soggetto distinto dalla FIP, come risulta dall'art. 3 del contratto di rete tra imprese sottoscritto da FGA e FIP nel quale si sottolinea la totale autonomia di FIP nel procedere alle assunzioni e alla gestione del personale, e non vi è altro accordo intervenuto tra le parti valido a costituire in capo a FIP un obbligo di assumere i lavoratori di Pomigliano, né tra le due società è ipotizzabile un trasferimento di azienda ex art. 2112 c.c.

Secondo l'appellante pertanto in assenza di un obbligo da parte di FIP di assumere i lavoratori di Pomigliano già impiegati presso la FGA non può ravvisarsi alcuna ipotesi di discriminazione diretta.

A parere della Corte la risoluzione della questione prospettata non può prescindere dall'evidenza dei rapporti tra FGA e FIP nell'ambito della complessa operazione economica attraverso la quale al fine di riconvertire la produzione industriale dello stabilimento di Pomigliano di proprietà di FGA, vista l'incompatibilità del nuovo modello organizzativo con il contenuto del vigente CCNL, è stata creata una nuova società (la FIP) -non iscritta a Confindustria e quindi non tenuta ad applicare il CCNL di categoria- cui affidare la produzione della nuova Panda.

E' pacifico che nel caso di specie non vi è stato un trasferimento di azienda o di un suo ramo e che perciò non è applicabile la disciplina di cui all'art. 2112 c.c.

E' vero che l'accordo del luglio 2011 è stato sottoscritto solo da FGA e che esso non creava alcun obbligo giuridico di assunzione da parte di FIP, ma è altrettanto vero che FGA si è impegnata alla ricollocazione delle risorse umane già occupate a Pomigliano per il tramite di FIP e che quest'ultima ha onorato esattamente l'impegno assunto da parte di FGA.

E', infatti, innegabile che la FIP abbia dato attuazione alla suddetta intesa mediante l'assunzione nel primo semestre di una quota di lavoratori del sito di Pomigliano addirittura superiore a quella pattuita (del 40% degli occupati).

Resta poi del tutto irrilevante, ai fini che qui interessano, la circostanza che FIP abbia assunto anche lavoratori provenienti da diversa compagine sociale per motivi attinenti la produzione, in quanto la FIP era del tutto libera di operare le assunzioni ritenute necessarie per l'avviamento della produzione.

E' perciò di tutta evidenza che le assunzioni dei lavoratori di Pomigliano effettuate da FIP erano volte a ricollocare il personale attingendo alla platea dei lavoratori già occupati nello stabilimento di Pomigliano.

Tale circostanza a ben vedere non è neppure negata dalla stessa FIP che nella memoria di costituzione del giudizio di primo grado (par. 35) precisa che "per dare luogo alla produzione della nuova Panda, iniziata a fine novembre 2011, la società ha dato luogo ad un processo coerente con il programma oggetto dell'intesa del 6 luglio 2011, procedendo ad un corposo numero di assunzioni, con un particolare picco nei primi mesi del 2012, fino ad arrivare all'attuale numero di 2091 unità.. sottolineando (par. 37) che l'iter di assunzioni è ancora in atto ed in pieno sviluppo, sincronicamente agli step del programma di produzione previsto per il nuovo sito di Pomigliano".

La questione dell'assunzione o meno di un obbligo diretto a contrarre da parte di FIP è perciò del tutto irrilevante in quanto, come detto, la società ha proceduto all'assunzione dei lavoratori attingendo al bacino di provenienza della FGA, di fatto onorando l'impegno assunto per suo conto da FGA, e tale attività doveva essere svolta nel pieno rispetto di tutte le disposizioni di legge, anche quelle relative al divieto di discriminazioni.

2)- Inattendibilità e insufficienza della prova statistica posta dal tribunale a fondamento della discriminazione.



A parere dell'appellante la prova statistica utilizzata dal Tribunale per fondare la valutazione circa la sussistenza della condotta discriminatoria commessa da FIP sarebbe metodologicamente errata in quanto condotta con metodi non scientifici, valorizzando regole probabilistiche create attraverso il confronto di campioni non omogenei.

Prima di affrontare le singole censure è bene evidenziare, come già fatto dal tribunale, che con l'art. 28 d.lgs 150/2011 viene ribadito il principio, del resto imposto dalle direttive n. 2000/43/CE e n. 2000/78/CE, del bilanciamento dell'onere probatorio, per cui il ricorrente vittima di una discriminazione può limitarsi a fornire in giudizio gli elementi di fatto dai quali si può desumere *prima facie* l'esistenza della discriminazione, mentre spetterà al convenuto l'onere di provare l'insussistenza della discriminazione.

L'art. 28, comma 4, citato, in tema di onere probatorio, parifica tutti i casi ricondotti al rito sommario, eliminando ogni riferimento ai requisiti dell'art. 2729 cc e statuisce che " 4. Quando il ricorrente fornisce elementi di fatto, desunti anche da dati di carattere statistico, dai quali si può presumere l'esistenza di atti, patti o comportamenti discriminatori, spetta al convenuto l'onere di provare l'insussistenza della discriminazione. I dati di carattere statistico possono essere relativi anche alle assunzioni, ai regimi contributivi, all'assegnazione delle mansioni e qualifiche, ai trasferimenti, alla progressione in carriera e ai licenziamenti dell'azienda interessata."

Tale disciplina risponde perfettamente all'art. 19 della direttiva europea 54/2006, a norma del quale "Gli stati membri secondo i loro sistemi giudiziari adottano i provvedimenti necessari affinché spetti alla parte convenuta provare l'insussistenza della violazione del principio della parità di trattamento ove chi si ritiene leso dalla mancata osservanza nei propri confronti di tale principio abbia prodotto dinanzi ad un organo giurisdizionale ovvero dinanzi ad un altro organo competente elementi di fatto in base ai quali si possa presumere che ci sia stata discriminazione diretta o indiretta".

Non si tratta di una vera e propria inversione dell'onere probatorio, bensì di una agevolazione in favore del soggetto che si ritiene danneggiato e che potrebbe trovarsi in una situazione di difficoltà a dimostrare l'esistenza degli atti discriminatori soprattutto nel caso, come quello in esame, coinvolgente la posizione di migliaia di lavoratori.

In questo senso deve essere letto anche il richiamo alla possibilità di fornire elementi di fatto desunti anche da dati di carattere statistico.

Contrariamente a quanto ritenuto dall'appellante, i dati statistici non devono necessariamente avere le caratteristiche di scientificità tali da poter assurgere ad autonoma fonte di prova.

La norma, infatti, prevede l'onere del ricorrente di allegare elementi di fatto e tra questi anche i dati statistici sui quali fondare la presunzione dell'esistenza di atti o fatti discriminatori.



La prova è quindi tecnicamente una prova presuntiva in relazione alla quale *spetta al convenuto l'onere di provare l'insussistenza della discriminazione.*

L'onere del ricorrente si esaurisce perciò nell'elencazione di una serie di circostanze di fatto tali da dimostrare la sussistenza effettiva di una differenziazione di trattamento.

I dati offerti da chi si ritiene discriminato provano tuttavia solo una situazione di potenziale discriminazione alla quale può essere contrapposta la dimostrazione di controparte della liceità della disparità di trattamento in quanto fondata su circostanze ed elementi diversi ed estranei da quelli per i quali la legge vieta le diverse ipotesi di discriminazioni.

Nel caso in esame gli appellati hanno allegato quali elementi di fatto: la consistenza dell'organico dello stabilimento di Pomigliano al gennaio/luglio del 2011 (4.367 dipendenti); il numero degli assunti da FIP provenienti dal bacino di Pomigliano al giugno 2012 (1.893); il numero degli iscritti a Fiom al gennaio 2011 (382); nessun lavoratore iscritto alla Fiom assunto da FIP al momento di presentazione del ricorso.

Tali dati, non risultano contestati ed in ogni caso sono documentati in giudizio. L'unico dato contestato è la consistenza degli iscritti alla Fiom al momento di presentazione del ricorso.

Secondo la FIP il dato numerico è rappresentato dal numero dei lavoratori (104) che hanno disposto la cessione del credito per corrispondere la quota sindacale.

Ovvero in subordine il numero di lavoratori (207) risultanti all'esito della sottrazione delle disdette da Fiom (175).

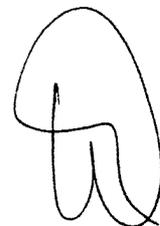
La Corte ritiene che la cessione del credito non può essere ritenuta prova decisiva del numero degli iscritti alla Fiom, che resta perciò accertato con riferimento al dato delle disdette ossia nella misura di 207 lavoratori.

L'appellante deduce altresì l'erroneità del ragionamento del tribunale nella parte in cui ha effettuato il raffronto numerico con riferimento al gennaio 2011 e non al momento di proposizione del ricorso, allorquando gli iscritti alla Fiom erano diminuiti a 104 e cioè in una proporzione del 2,3% dell'originaria forza lavoro, del tutto insufficiente a giustificare la presunzione di discriminazione formulata nella ordinanza impugnata.

La prospettazione non convince.

Innanzitutto occorre distinguere la rilevanza della consistenza numerica dell'affiliazione sindacale ai fini probatori rispetto a quella dell'attuazione della tutela (di cui si dirà in seguito).

Con riferimento all'ambito probatorio appare assolutamente corretta sul piano metodologico la simulazione statistica formulata dal prof. Andrew Olson, prodotta in primo grado.



Il metodo matematico utilizzato per la formulazione del modello probabilistico relativo alla simulazione statistica ha preso come riferimento le grandezze omogenee costituite dal numero degli occupati al gennaio 2011 (dopo la CIGS e poco prima delle assunzioni da parte di FIP), il numero degli iscritti alla Fiom nel medesimo periodo (ossia dopo il referendum del 2010 che aveva fatto registrare una notevole flessione degli affiliati) ed il numero delle assunzioni al 2012 (prendendo a riferimento un campione significativo del 40% del totale degli originari dipendenti).

L'esito della simulazione, come già ritenuto dal tribunale, ha dimostrato che in una selezione casuale, le probabilità che nessuno degli iscritti Fiom venisse selezionato per l'assunzione ammontano ad una su dieci milioni.

Si tratta di un dato estremamente rilevante e significativo che fa risaltare maggiormente la percentuale pari a zero di iscritti a Fiom e assunti da FIP al giugno del 2012.

Come detto, la correttezza delle premesse metodologiche seguite nella realizzazione del modello statistico impediscono di considerare logicamente assumibile come dato di base il numero degli iscritti Fiom al momento di presentazione del ricorso.

Nel caso in esame la discriminazione è avvenuta attraverso un processo svoltosi nel tempo, senza esaurirsi in un solo atto, è perciò evidente che il confronto numerico deve essere effettuato paragonando gli occupati originari e gli iscritti Fiom nel medesimo momento.

Poiché è solo al gennaio 2011 che si hanno dati certi circa l'affiliazione alla Fiom il confronto non può che essere svolto a tale data.

Anche le doglianze relative alla mancata considerazione nei dati di fatto prospettati, della limitazione delle aree produttive di interesse della FIP, rispetto alle caratteristiche produttive dello stabilimento di Pomigliano prima della riconversione, possono essere facilmente superate tenendo conto che il modello di simulazione statistica può fornire dati probabilistici e che spettava perciò alla FIP dimostrarne l'erroneità, documentando che la specifica area di occupazione dei 382 lavoratori iscritti alla Fiom era estranea alle lavorazioni rispetto alle quali erano state fatte le assunzioni.

Nell'atto di appello si deduce l'erroneità della pronuncia del tribunale che ha deciso nonostante non avesse a disposizione alcun documento o elemento che permettesse di conoscere in quali aree operassero i 382 dipendenti iscritti Fiom a gennaio 2011, precisando che il reparto stampaggio era rimasto in capo a FGA.

Come già rilevato, il tribunale ha correttamente deciso sulla base di una presunzione fondata su dati certi ed in assenza di specifica prova contraria.

In ogni caso dalla memoria di costituzione della Fiom risulta che uno dei lavoratori facenti parte dei 175 che hanno disdettato l'affiliazione a Fiom nel corso del 2001, il sig. Nappi Antonio, è stato assunto nonostante fosse addetto al reparto stampaggio. Pertanto, anche a voler considerare il fatto

dedotto, ma non dimostrato dall'appellante, che 13 lavoratori iscritti alla Fiom risultavano addetti al reparto stampaggio, non più inserito nelle attività di FIP, il valore del dato statistico preso in considerazione non è in alcun modo inficiato né diminuito.

**3)-** Sempre con riferimento alla questione della consistenza numerica dell'affiliazione sindacale, la FIP ha ribadito anche in sede di gravame il difetto di interesse ad agire degli originari ricorrenti, potendo lo stesso essere valutato solo all'esito del completamento delle assunzioni.

Sul punto oltre a quanto già osservato dal tribunale e non specificamente contestato vale ribadire, che essendo stata denunciata una condotta discriminatoria protratta nel tempo e suscettibile di prosecuzione, l'interesse ad agire non deve essere valutato con riferimento alla percentuale di assunti allo stato, ma con riferimento alla potenzialità lesiva della condotta fotografata al momento di proposizione del ricorso.

L'accertamento del tribunale ha dimostrato che i dati fattuali dedotti ed inerenti ad un campione significativo relativo al raggiungimento della verifica concordata al primo anno, costituiscono senz'altro una valida rappresentazione del modus operandi della società.

**4)-**Sulla mancata considerazione delle prove liberatorie offerte da FIP

I dati e gli elementi di fatto provati dagli originari ricorrenti dimostrano effettivamente l'esistenza di una disparità di trattamento e, quindi, una potenziale forma di discriminazione.

A parere del Tribunale la FIP non ha fornito una adeguata ed idonea prova contraria, non essendo riuscita a dimostrare che la disparità di trattamento sia ricollegata a situazioni di fatto diverse da quelle prospettate, ossia l'affiliazione alla Fiom.

Sotto questo profilo, ma con generiche motivazioni, l'appellante si duole che il tribunale non abbia preso in considerazione la circostanza dell'adozione da parte di FIP di criteri di assoluta oggettività, per l'assunzione dei dipendenti, necessari alla fase di *c.d. start up* dell'azienda, peraltro frutto di selezione da parte di una società esterna del tutto all'oscuro dell'orientamento sindacale del personale.

Al contrario dalla lettura dell'ordinanza impugnata emerge che il tribunale ha dato atto che le assunzioni da parte della società esterna hanno riguardato il solo personale impiegatizio e i *cc.dd. team leader*, ossia gli operai di categoria superiore, ai quali è stato affidato il compito di selezionare le maestranze appartenenti ai livelli operai inferiori.

Il tribunale ha altresì evidenziato, in assenza di contestazioni anche nella presente fase di appello, che gli iscritti Fiom sono tutti operai svolgenti mansioni esecutive ed inquadrati nei livelli IV e III. Essi, pertanto, appartengono a quella fascia di lavoratori selezionati direttamente dai *team leader* sulla base di indicazioni generiche e sicuramente inidonee a fondare un giudizio oggettivo volto ad evitare la possibilità di discriminazioni (risorse



dotate di particolari *skills* professionali: spiccata professionalità rispetto al processo produttivo, elevato grado di flessibilità e di attitudine al cambiamento e all'innovazione, in passato migliori performances in termini di attitudine al lavoro, spirito di collaborazione, affidabilità e presenza effettiva sul luogo di lavoro).

In ogni caso, la FIP, a fronte dei dati forniti dagli originari ricorrenti, non ha in alcun modo dimostrato che i lavoratori assunti da FIP possedevano, rispetto agli operai iscritti alla Fiom, una professionalità tale da integrare i requisiti richiesti, essendosi limitata a ribadire che la scelta è stata effettuata dai team leader sulla base delle personali conoscenze delle caratteristiche dei dipendenti selezionati.

In sostanza, ritiene la Corte che la FIP al fine di dimostrare la legittimità del suo comportamento avrebbe dovuto provare in concreto l'adozione dei criteri secondo i quali sarebbero state effettuate le assunzioni del personale operaio, ad esempio attraverso l'individuazione 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.

Tale incumbente non è stato né allegato né dimostrato.

A conforto di quanto detto va osservato che neppure nei confronti dei lavoratori originari ricorrenti - nominativamente indicati - la FIP ha fornito alcuna valida ed idonea indicazione circa la insussistenza dei requisiti ritenuti necessari per l'assunzione, in comparazione con i colleghi assunti.

In ogni caso va qui specificato che la violazione del principio di non discriminazione ha una portata assolutamente oggettiva e prescinde dalla volontarietà e dalla consapevolezza del comportamento che può essere sanzionato, qualora sussistente, anche se incolpevole.

E', infatti, del tutto irrilevante che la discriminazione sia frutto di una volontà, ciò che rileva è che per motivi connessi ad uno dei fattori vietati (nella specie convinzioni personali) una persona sia trattata meno favorevolmente di altre.

5)- sulla pretesa ricorrenza di un'ipotesi in deroga.

Lamenta l'appellante che il tribunale ha erroneamente negato la ricorrenza dell'eccezione prevista dall'art. 3, comma 3 d.lgs. 216/03 fondata sul presupposto che l'azienda non ha proceduto all'assunzione, quanto meno dei 19 ricorrenti perché, "per il contesto in cui l'attività lavorativa viene espletata la convinzione personale attinente l'accettazione delle regole contenute nel contratto di Pomigliano e nel CCSL concordato con FIP costituisce un requisito essenziale e determinante ai fini dello svolgimento dell'attività lavorativa".

Il motivo d'appello presenta innanzitutto una intrinseca contraddizione nella parte in cui si sostiene che le assunzioni sono state regolate da FIP sulla base di criteri oggettivi e non soggettivi, e nella parte in cui afferma che l'affiliazione a Fiom costituisce un requisito essenziale e determinante ai fini dello svolgimento dell'attività lavorativa e come tale può essere preso a

giustificazione della mancata assunzione e della ricorrenza della deroga invocata.

In ogni caso ed in termini più generali l'ipotesi derogatoria configurata da FIP è del tutto inconferente con il dettato normativo non solo dell'art. 3, comma 3 d.lgs. 216/03 ma anche con la Direttiva da cui deriva.

La norma invocata da FIP testualmente dispone che *"Nel rispetto dei principi di proporzionalità e ragionevolezza e purché la finalità sia legittima, nell'ambito del rapporto di lavoro o dell'esercizio dell'attività di impresa, non costituiscono atti di discriminazione ai sensi dell'articolo 2 quelle differenze di trattamento dovute a caratteristiche connesse alla religione, alle convinzioni personali, all'handicap, all'età o all'orientamento sessuale di una persona, qualora, per la natura dell'attività lavorativa o per il contesto in cui essa viene espletata, si tratti di caratteristiche che costituiscono un requisito essenziale e determinante ai fini dello svolgimento dell'attività medesima"*.

La sua interpretazione non può prescindere in ogni caso dalla Direttiva 2000/78/CE, che introduce, infatti, una clausola derogatoria di ordine generale.

L'articolo 2 par. 5 afferma, che *la direttiva lascia impregiudicate le misure previste dalla legislazione nazionale che, in una società democratica, si rendano necessarie alla sicurezza pubblica, alla tutela dell'ordine pubblico, alla prevenzione dei reati alla tutela della salute e dei diritti e delle libertà altrui*.

Ai sensi della Direttiva 2000/78/CE sussistono specifiche ipotesi derogatorie quali per quanto qui interessa:

- requisiti determinanti per lo svolgimento dell'attività lavorativa collegati alla professione di una religione o di una convinzione specifica (articolo 4, par. 1);
- quanto ai requisiti occupazionali, il Preambolo, all'art. 23 della Direttiva stabilisce chiaramente che l'interpretazione delle cause derogative deve essere restrittiva.

Nella sua giurisprudenza in materia di discriminazione, la CGE ha fornito indicazioni precise sulle caratteristiche legittimanti le ipotesi derogatorie (v. le sentenze Bilka, C.- 170/84 e Nimz, C.- 184/89.).

La CGE ha individuato i criteri per valutare se le giustificazioni opposte dal datore di lavoro costituiscano effettivamente una esimente.

Colui che è accusato di atti discriminatori nel lavoro deve allegare e provare la finalità della disposizione adottata, del criterio o pratica seguiti, dimostrando:

- 1) che tale obiettivo corrisponde a un'esigenza reale dell'azienda, o coincide con una finalità necessaria della politica sociale di uno Stato membro (vedi ad es. Bilka, C. - 170/84 e Nimz, C.- 184/89);



2) che tale obiettivo, di per sé, non è in alcun modo collegabile ad una discriminazione fondata sulla religione, sul sesso, convinzione personale o quant'altro.

Ma a ben vedere la circostanza esimente dedotta dalla FIP integra di per sé un'ipotesi di discriminazione ed è perciò del tutto inidonea a giustificare la discriminazione attuata per il suo stesso tramite.

9)- La compressione del principio di libertà dell'iniziativa economica

L'appellante lamenta che la decisione del tribunale -nella parte in cui ha ordinato alla FIP non solo la cessazione del comportamento discriminatorio, ma ha altresì disposto l'assunzione di 145 lavoratori iscritti alla Fiom nonché il mantenimento nel prosieguo delle operazioni di riassorbimento del personale dello stabilimento di Pomigliano la quota dell'8,75% in favore di Fiom- viola il principio di libertà dell'iniziativa economica.

A parere della FIP la decisione iniqua e parziale del tribunale sarebbe contraria alla regola costituzionale prevista dall'art. 41 che, garantendo libertà alle scelte imprenditoriali, non consentirebbe al giudice di imporre l'assunzione dei lavoratori.

La disposizione del tribunale non sarebbe in ogni caso neppure giustificata dalla necessità di sanzionare l'eventuale condotta discriminatoria essendo comunque possibile l'adozione di misure alternative quali il risarcimento economico, l'obbligo di rispettare determinate quote nelle future assunzioni, l'obbligo di garantire al gruppo sfavorito lo stesso percorso selettivo e formativo adottato per le assunzioni già effettuate.

La questione in termini generali coinvolge la lettura dell'art. 41 Cost. che, all'interno dei rapporti economici, in un'economia di mercato assicura garanzia e tutela al lavoro imprenditoriale, restando tuttavia inteso che l'iniziativa economica privata non può svolgersi - per quanto interessa in questa sede - «in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana» (art. 41, secondo comma, Cost.).

Come più volte ribadito dalla Corte Costituzionale a partire dalla decisione n° 103/1989 «*il potere di iniziativa dell'imprenditore non può esprimersi in termini di pura discrezionalità, ma deve essere sorretto da una causa coerente con i principi fondamentali dell'ordinamento ed in specie non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà ed alla dignità umana.*»

*Costituiscono oramai principi assolutamente condivisi dalla giurisprudenza di ogni ordine e grado sia quelli che individuano i caratteri essenziali dell'essere umano in ambito lavorativo non solo con riferimento all'area dei diritti di libertà e l'attività sindacale, ma anche all'area dei diritti finalizzati allo sviluppo della personalità civile e morale del lavoratore, sia quelli che vietano le disparità di trattamento non giustificate e comunque non ragionevoli, in quanto lesive non solo degli interessi economici del lavoratore,*



ma anche degli interessi allo sviluppo della carriera e alla valorizzazione delle proprie capacità.

Il principio di non discriminazione risulta perciò posto a presidio della dignità umana anche in ambito lavorativo.

Si tratta di una scelta di principio fondamentale peraltro garantita anche da altre disposizioni costituzionali come ad esempio, l'art. 4, comma 1, Cost. per il quale *la Repubblica riconosce a tutti i cittadini il diritto al lavoro e promuove le condizioni che rendano effettivo questo diritto.*

La garanzia di effettività del diritto a non essere discriminati in ambito lavorativo oggi disciplinata dall'assetto normativo previsto dal d.lgs. 216/03 così come modificato dall'art. 28 d.lgs. 150/2011 attribuisce alla giurisdizione un ruolo molto rilevante per l'effettiva difesa dei diritti concretamente da esso scaturenti, soprattutto con riferimento al potenziamento dei meccanismi di tutela che accordano al giudice la possibilità di eliminare l'effetto discriminatorio rendendo così pienamente tangibile la garanzia di tutela dei soggetti danneggiati attraverso misure di risarcimento del danno in forma specifica.

Per tale motivo deve ritenersi che il solo rimedio risarcitorio sollecitato dall'appellante non possa essere ritenuto sufficiente.

Nel caso in esame la piena eliminazione dell'effetto discriminatorio consistito nella mancata assunzione non può ritenersi certamente soddisfatta con il solo risarcimento per equivalente.

### §§§

L'appellante deduce altresì che il principio affermato dalla decisione della CGCE richiamata dal tribunale per il quale *"finché non siano adottate misure volte a ripristinare la parità di trattamento, l'osservanza del principio di uguaglianza può essere garantita solo mediante la concessione alle persone appartenenti alla categoria sfavorita degli stessi vantaggi di cui beneficiano le persone della categoria privilegiata"*, riferendosi ad una diversa ipotesi nella quale la discriminazione era conseguente ad un regime normativo di cui era stata disposta la disapplicazione in quanto contrario al principio di parità di trattamento comunitario, non può essere applicata nel caso in esame nel quale la disparità di trattamento si porrebbe tra soggetti privati e che la condotta materiale oggetto di discriminazione sarebbe quella diretta di fatto ad escludere dalle procedure di assunzione un determinato gruppo "sfavorito".

Pertanto, a parere dell'appellante, l'effettività della sanzione potrebbe essere garantita dall'obbligo di assicurare al gruppo sfavorito lo stesso percorso selettivo e formativo adottato per le assunzioni fin qui avvenute, senza necessità di ricorrere all'imposizione dell'assunzione di una quota di lavoratori affiliati alla Fiom.



Osserva la Corte che la forma di tutela accordata dal tribunale è pienamente giustificabile nel nostro ordinamento anche a prescindere dal richiamo alla giurisprudenza comunitaria citata dal tribunale.

Innanzitutto occorre osservare che la costituzione forzosa del nuovo rapporto di lavoro è stata contestata da FIP in base ad un principio generico di tutela dell'autonomia privata (che non potrebbe essere compressa sino a giungere alla conclusione autoritativa di un rapporto di lavoro) o in considerazione del fatto che si sarebbe in presenza di prerogative imprenditoriali non esercitabili da terzi.

Sul punto è sufficiente replicare che non sussistono preclusioni, neppure a livello costituzionale alla costituzione forzosa di un vincolo negoziale.

Anche l'autonomia privata, a determinate condizioni, è surrogabile da un provvedimento giudiziario, che sostituisca la mancanza di consenso dell'interessato (art. 2932 cod. civ.).

Nel caso di specie, tra l'altro, non vi sono i limiti particolari che sono stati sollevati proprio in relazione all'applicazione della disposizione del codice civile sulla esecuzione specifica dell'obbligo di concludere un contratto di lavoro (v. ad esempio in materia di assunzioni obbligatorie).

Infatti, il nuovo rapporto di lavoro con il soggetto discriminato potrà avere contenuto identico a quello intrattenuto in precedenza con la FGA per quanto attiene gli elementi essenziali così come avvenuto per tutti i lavoratori assunti da FIP già occupati presso lo stabilimento di Pomigliano.

E' vero che la tutela in forma specifica, nella misura in cui impone coattivamente l'adempimento, condiziona l'interesse del datore di lavoro a ricevere la prestazione e che non è certo compito del giudice sindacare le scelte discrezionali del datore di lavoro o espropriarne forzosamente i poteri.

Ma è altrettanto vero che l'autonomia privata non può essere semplicemente richiamata per giustificare scelte illecite che risultano in concreto discriminatorie e lesive del diritto al lavoro.

Il problema posto dall'appellante deve perciò trovare soluzione nell'ambito della specifica situazione di fatto e di diritto in cui è stato posto.

Come già detto, la necessità di rimuovere gli ostacoli frapposti dalla condotta discriminatoria ha ispirato la predisposizione di un'articolata gamma di strumenti processuali per la repressione delle discriminazioni tra cui la previsione di una tutela ripristinatoria piena al fine di rispondere agli specifici bisogni di tutela implicati nelle situazioni soggettive sostanziali riconosciute dalla legislazione antidiscriminatoria.

Per quanto già detto, l'esercizio del potere discrezionale da parte di FIP ha dato luogo ad una ipotesi illecita di discriminazione diretta ai danni dei lavoratori affiliati Fiom nei confronti dei quali è sorto un diritto all'eliminazione della disparità di trattamento subita.



Solo in questi termini è concepibile la garanzia di effettività della tutela accordata dall'art. 28 d.lgs. 150/2011.

E, l'effettività, quale attuazione concreta, della tutela del diritto vantato, nei termini sopra specificati, non può essere negata laddove si consideri che la assunzione degli affiliati Fiom non postula, nel caso in esame, alcun passaggio di poteri organizzativi da un soggetto imprenditore ad un altro e non realizza una sostituzione nella libera gestione dell'impresa.

In termini concreti la rimozione degli effetti materiali della discriminazione significa ristabilire il rapporto esistente tra gli iscritti alla Fiom già facenti parte della forza lavoro dello stabilimento di Pomigliano rispetto ai lavoratori cc.dd. "non svantaggiati" in modo tale da garantire un uguale diritto di accesso al lavoro.

L'ordine di assunzione, tendendo a ripristinare in capo ai lavoratori discriminati quelle condizioni dalle quali la condotta di FIP li aveva illecitamente esclusi, è idoneo a realizzare la tutela in forma specifica prevista dalla legge.

Per altro, verso l'obbligo di assunzione garantisce, altresì, la realizzazione di obblighi già definiti sul piano dell'obbligazione e, quindi, idonei a soddisfare l'interesse del creditore della prestazione di lavoro.

L'obbligo di assunzione può ritenersi, infatti, infungibile solo per la parte in cui richiede un'attività valutativa connessa alla professionalità, che presuppone un giudizio sul contenuto e sullo svolgimento delle mansioni.

Nel caso in esame l'obbligo di assunzione imposto dal Tribunale conserva in capo a FIP la possibilità di scelta, nell'ambito dei criteri già utilizzati in precedenza per gli altri lavoratori garantendo la selezione sia pure in una cerchia più ristretta di candidati.

#### 10)-APPELLO INCIDENTALE

Strettamente connesso alla pronuncia contenente l'ordine di assunzione è l'oggetto dell'appello incidentale proposto da Fiom, che ha censurato l'ordinanza nella parte in cui ha respinto la richiesta di condanna della FIP ad assumere nominativamente i 19 lavoratori ricorrenti, sul rilievo che non era pienamente satisfattiva dei diritti dei lavoratori indicati nominativamente la tutela accordata dal tribunale in rapporto alla situazione giuridica soggettiva protetta, cui corrisponde un interesse di protezione della personalità del lavoratore.

L'appello incidentale è fondato.

I 19 lavoratori indicati in epigrafe hanno agito con azione per discriminazione diretta individuale dando mandato alla Fiom di rappresentare e tutelare i propri interessi ai sensi dell'art. 5, comma 1, d.lgs. 216/03.

Una volta riconosciuta, per quanto detto, la disparità di trattamento operata da Fiom nei confronti di tutti suoi affiliati e, quindi, anche dei 19 ricorrenti, la



loro mancata assunzione da parte di FIP costituisce senz'altro condotta illecita per contrarietà alla norma di cui all'art. 2, comma 1, d.lgs. 216/03.

Costituiva un preciso onere della FIP, come già argomentato, 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.

Solo in tal modo la disparità di trattamento rispetto ai soggetti assunti da FIP, già addetti presso lo stabilimento di Pomigliano alle lavorazioni intraprese, avrebbe escluso la discriminazione vietata.

Nessuna specifica allegazione o dimostrazione è stata fornita sul punto da FIP che si è limitata a considerazioni generali sulla mancanza in capo ai singoli lavoratori dei requisiti necessari per l'assunzione senza altra specificazione né dimostrazione.

Deve perciò ritenersi che in capo ai singoli lavoratori ricorrenti il generico obbligo di assunzione formulato numericamente dal Tribunale debba essere attuato in forma specifica nominativa.

Si è detto che l'ordine di assunzione non è in contrasto con il potere discrezionale di scelta dei lavoratori da assumere, in considerazione della residua potestà di scelta sia pure nell'ambito limitato degli affiliati alla Fiom.

Nel caso in esame tuttavia, 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 lavoratore può senz'altro ritenersi non più necessaria alla luce dell'assenza di specifiche indicazioni in merito al difetto dei requisiti professionali per l'assunzione.

In conclusione l'ordinanza del tribunale deve essere parzialmente riformata nel senso indicato.

11) - Il mantenimento nel prosieguo delle operazioni di riassorbimento del personale dello stabilimento di Pomigliano della quota dell'8,75% in favore di Fiom

L'appellante ha censurato l'ordinanza nella parte in cui, dopo aver ricavato la percentuale dell'8.75 % degli affiliati Fiom rispetto al numero degli originari occupati nello stabilimento di Pomigliano, ha ordinato di mantenere nel prosieguo delle operazioni di riassorbimento del personale, sia pure con la necessaria approssimazione, la quota dell'8.75 % in favore di Fiom.

La pronuncia ha l'evidente scopo di impedire la ripetizione della discriminazione.

In proposito pare utile riportare il dettato normativo dell'art. 28, comma 5: *"Con l'ordinanza che definisce il giudizio il giudice può condannare il convenuto al risarcimento del danno anche non patrimoniale e ordinare la cessazione del comportamento, della condotta o dell'atto discriminatorio"*



*pregiudizievole, adottando, anche nei confronti della pubblica amministrazione, ogni altro provvedimento idoneo a rimuoverne gli effetti. Al fine di impedire la ripetizione della discriminazione, il giudice può ordinare di adottare, entro il termine fissato nel provvedimento, un piano di rimozione delle discriminazioni accertate. Nei casi di comportamento discriminatorio di carattere collettivo, il piano è adottato sentito l'ente collettivo ricorrente”.*

Il testo della norma prevede, in conformità alla direttiva comunitaria, una serie di sanzioni volte a rendere effettiva, proporzionata e dissuasiva la tutela accordata.

Il provvedimento del giudice, oltre ad un contenuto inibitorio ed un contenuto proprio delle sentenze di condanna idoneo a rimuovere gli effetti della discriminazione, ne può avere uno speciale e tipico, consistente nell'ordine rivolto all'autore della discriminazione di attuare uno specifico piano di rimozione delle discriminazioni accertate, predisposto al fine di impedire la ripetizione della discriminazione.

In altri termini l'effetto dissuasivo e preventivo può essere realizzato anche attraverso la predisposizione da parte del giudice di un piano di rimozione delle discriminazioni già accertate.

Si tratta di una forma peculiare di risarcimento del danno in forma specifica, indicata nei casi, come il presente, di accertamento di un comportamento discriminatorio collettivo, in quanto volta a rafforzare la possibilità di pratica attuazione del contenuto delle pronunce giudiziali garantendo la tutela accordata in modo effettivo ed adeguato alla situazione contingente.

E' opinione della Corte che nello specifico caso, coinvolgente l'interesse di un numero considerevole di lavoratori, l'effettività, la concretezza della tutela anche in un'ottica preventiva rispetto alle future assunzioni di FIP, possa essere maggiormente garantita attraverso l'adozione di un piano particolareggiato di rimozione degli effetti della condotta discriminatoria, piuttosto che con la previsione della disposta quota di riserva in favore degli iscritti a FIOM.

Solo incidentalmente deve ritenersi che nello specifico caso non è necessario "sentire l'organizzazione sindacale" in quanto già parte del presente giudizio.

### §§§

Per quanto detto il contenuto della pronuncia giudiziale impugnata deve essere modificato ed integrato, prevedendo:

- 1) l'obbligo per FIP di procedere all'assunzione dei 19 ricorrenti entro il termine di 40 giorni dalla comunicazione della presente ordinanza;
- 2) l'obbligo di predisporre ed attuare da parte di FIP, nel termine di 180 giorni dalla comunicazione della presente ordinanza, di un piano di assunzione di 126 lavoratori, da selezionare, secondo i criteri già utilizzati per l'assunzione dei lavoratori presso lo stabilimento di Pomigliano, nell'ambito dell'elenco nominativo degli affiliati Fiom risultante al momento di



presentazione del ricorso di primo grado; tale elenco dovrà essere fornito dall'associazione sindacale entro il termine di 30 giorni dalla data di comunicazione della presente ordinanza, completo di eventuali aggiornamenti relativi a eventuali disdette.

Va osservato che, se ai fini della valutazione della legittimazione ad agire – per quanto detto- deve essere valutata la percentuale di iscritti fotografata al gennaio 2011, senza tenere conto delle disdette avvenute durante il periodo in cui si sono susseguite le assunzioni, al diverso scopo di attuare la tutela, deve al contrario essere considerata l'affiliazione sindacale al momento della domanda giudiziale.

Ai fini del diritto all'assunzione, inteso quale risarcimento del danno in forma specifica, rileva, infatti, l'attualità dell'affiliazione sindacale, che per i principi comunemente vigenti nel nostro ordinamento, non può che essere valutata al momento di proposizione della domanda giudiziale.

E' poi di tutta evidenza che l'elenco dovrà essere depurato dei nominativi di quegli eventuali lavoratori che medio tempore abbiano disdettato l'affiliazione da Fiom.

Non potrà viceversa tenersi conto di quei lavoratori che si siano iscritti alla Fiom dopo la proposizione del ricorso, non essendo questi compresi nell'ambito della platea dei lavoratori discriminati e dunque danneggiati dalla mancata assunzione.

10)- Il risarcimento del danno non patrimoniale.

Con l'ordinanza impugnata il tribunale ha condannato altresì la FIP a risarcire ai 19 ricorrenti il danno non patrimoniale subito in conseguenza *dell'alterazione dello stato psicologico determinata dal legittimo timore della mancata assunzione a fronte dell'oggettiva discriminazione della categoria di appartenenza.*

*A parere del tribunale la risarcibilità di tale danno presuppone dunque un'indagine psicologica al fine di accertare la consapevolezza del singolo lavoratore di essere oggetto di discriminazione e l'alterazione del suo normale stato d'animo per il timore della perdita definitiva del posto di lavoro.*

*Tale accertamento deve ritenersi positivamente effettuato nei confronti dei 19 lavoratori nominativamente rappresentati dalla FIOM in forza di delega espressa, in quanto la volontà di agire da costoro manifestata costituisce concreta prova sia della consapevolezza della discriminazione, sia del turbamento d'animo ad essa conseguente.*

L'appellante lamenta l'utilizzo da parte del tribunale di un'argomentazione neppure prospettata dai lavoratori e in ogni caso inidonea a dimostrare la sussistenza del danno, altrimenti riconoscibile nella situazione di ogni soggetto che agisce in giudizio per la tutela dei propri interessi.

Il motivo è fondato.



L'articolazione dei rimedi previsti dall'art. 28 d.lgs. 150/2011 individua diverse tipologie di sanzioni: inibitorie, riparatorie, coercitive.

Il risarcimento del danno è previsto quale misura riparatoria per equivalente del pregiudizio subito, come si desume dalla circostanza che il legislatore ha affidato alla sanzione penale e alla previsione di decadenza da specifici benefici ogni diverso effetto dissuasivo e punitivo ( misura coercitiva).

E', perciò, necessario che il danno, per poter essere risarcito anche con criterio equitativo, sia provato.

Nel caso in esame le allegazioni fornite dai ricorrenti circa il concreto pregiudizio subito sono estremamente vaghe e, come tali, inidonee a suffragare qualsiasi pronuncia risarcitoria.

### L'INTERVENTO

Con l'atto di intervento indicato in epigrafe tre lavoratori già addetti allo stabilimento di Pomigliano, inquadrati nel III e IV livello del CCNL, e interessati al piano di sospensioni in CIGS per cessazione di attività aziendale di cui all'accordo 06.07.2011, deducendo di non essere iscritti alla Fiom e di trovarsi nella medesima situazione dei lavoratori iscritti a tale organizzazione sindacale; hanno precisato di non essere stati assunti da FIP e di essere pregiudicati dalla decisione del tribunale in quanto portatori di un interesse autonomo, ma contrastante con quello dei 145 lavoratori affiliati alla Fiom in considerazione della possibilità di essere pretermessi nelle future assunzioni di FIP.

La parte appellata ha dedotto la inammissibilità dell'intervento in carenza dei presupposti di cui all'art. 344 c.p.c. e nel merito la infondatezza della pretesa volta all'annullamento dell'ordinanza impugnata, nella parte in cui ha ordinato alla FIP l'assunzione di 145 lavoratori iscritti alla Fiom e di mantenere nel prosieguo delle operazioni di riassorbimento del personale dello stabilimento di Pomigliano la percentuale del 8,75% di tutti gli assunti in favore di Fiom.

La Corte rileva, quanto ai presupposti di ammissibilità dell'intervento, che la procedura azionata prevede, l'applicazione delle norme previste per il giudizio di appello in quanto non incompatibili.

L'intervento disciplinato dall'art. 344 c.p.c. non è essere previsione inconciliabile con le caratteristiche del rito sommario previsto dagli artt. 702 e ss. c.p.c., considerata l'ampiezza dell'effetto devolutivo previsto dal legislatore.

Per altro verso l'azione degli intervenienti che hanno fatto valere un diritto autonomo, prospettando il potenziale pregiudizio derivante dalla decisione impugnata, rende ammissibile l'intervento.

L'art. 344 c.p.c. ammette l'intervento in appello solo dei soggetti che potrebbero proporre opposizione di terzo ex art. 404 c.p.c. (vale a dire di coloro il cui diritto, incompatibile con la decisione, ne sarebbe direttamente leso).



Nel merito l'intervento non è fondato.

Molte delle censure formulate nell'atto di intervento, analoghe a quelle contenute nell'appello principale, hanno trovato già adeguate ragioni di rigetto nell'ambito delle precedenti argomentazioni.

In questa sede occorre, inoltre, evidenziare che non può ritenersi che la tutela accordata ad ipotesi di discriminazione vietata possa essa stessa costituire condotta illecita o discriminatoria e come tale suscettibile di essere rimossa.

Le spese tra appellanti principali e incidentali seguono l'ordinario criterio di soccombenza, le spese nei confronti dei lavoratori intervenuti possono essere compensate in ragione della particolarità e novità delle questioni trattate.

P.Q.M.

Pronunciando sugli appelli riuniti, sull'appello incidentale e sull'atto di intervento:

dichiara la natura di discriminazione collettiva dell'esclusione dalle assunzioni dei lavoratori dello stabilimento di Pomigliano iscritti alla FIOM;

ordina a Fabbrica Italia Pomigliano Spa di cessare dal comportamento discriminatorio e di rimuoverne gli effetti;

ordina a Fabbrica Italia Pomigliano Spa di predisporre ed attuare nel termine di 180 giorni dalla comunicazione della presente ordinanza un piano di assunzione di 126 lavoratori da selezionare - secondo i criteri già utilizzati per l'assunzione dei lavoratori presso lo stabilimento di Pomigliano - nell'ambito dell'elenco nominativo degli affiliati Fiom risultante al momento di presentazione del ricorso di primo grado, che dovrà essere fornito dall'associazione sindacale entro il termine di 30 giorni dalla data di comunicazione della presente ordinanza, elenco aggiornato in relazione alle eventuali disdette intervenute medio tempore;

dichiara la natura di discriminazione individuale dell'esclusione dalle assunzioni presso lo stabilimento di Pomigliano di Birotti Stefano, Canonico Vincenzo, Ciccarelli Pasquale, D'Alessio Ciro, Dell'Isola Vincenzo, Di Costanzo Mario, Di Luca Antonio, D'Onofrio Sebastiano, Fiorillo Alessandro, Maione Antonio, Manganiello Francesco, Manzo Raffaele Maria, Mellone Giovanni, Niglio Aniello, Petillo Aniello, Pulcrano Angelo, Rea Maurizio, Ruggiero Francesco e Sangiovanni Michele

ordina a Fabbrica Italia Pomigliano Spa di cessare dal comportamento discriminatorio

ordina a Fabbrica Italia Pomigliano Spa di assumere nel termine di 40 giorni dalla comunicazione della presente ordinanza i lavoratori sopra nominati;

Condanna l'appellante alla rifusione delle spese di lite nei confronti della parte appellata e appellante incidentale che liquida in complessivi € 7.000,00.



Rigetta le domande proposte con l'atto di intervento con compensazione integrale delle spese di lite nei confronti di tutte le parti.

Si dia avviso alle parti costituite

Roma, 9.10.2012

Il Consigliere relatore

*Mauro*

Il Presidente

*Alfieri*

