

La discriminazione fondata sull'orientamento sindacale e il folklore giuridico dell'Unione europea. Il diritto antidiscriminatorio preso sul serio.

Laura Calafà, Università di Verona

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

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

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

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

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

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

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

Già la *querelle* procedurale appare di estremo interesse essendo rare le occasioni di un confronto compiuto con tale normativa: il rito sommario di cognizione ivi regolato è ammissibile oppure no per ragioni di discriminazioni sindacali? La risposta positiva dipende dal significato di convinzioni personali e dal legame con l'azione ex art. 28 dello

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

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

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

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

discriminazione subita dai 19 che hanno firmato il ricorso (ai quali sarà riconosciuto il risarcimento del danno), ma anche dell'impatto "potenziale" dell'atto discriminatorio (di discriminazione potenziale si parla delle aule di Lussemburgo proprio per le discriminazioni nell'accesso al mercato del lavoro quando non può identificarsi in via immediata e diretta un soggetto o una pluralità di soggetti vittime della discriminazione: si rinvia al caso *Feryn*; sono 145 lavoratori iscritti alla Fiom che Fip dovrà assumere in una percentuale del 8,75% del totale dei dipendenti Fga esistente prima dell'avvio della Cigs e assunzioni da parte della Fip, una percentuale di incidenza della discriminazione potenziale ricavata dalla seguente proporzione $382:4367=X:100$).

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

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

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

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

Dall'ordinanza si evince che la gestione delle trattenute sindacali comporta la conoscenza del profilo sindacale del lavoratore, un profilo tenuto in considerazione da parte dei selezionatori, neo assunti Team leader chiamati ad individuare le risorse da inserire al fine di "garantire la massima coesione del gruppo in termini di efficienza e coinvolgimento, sulla base della diretta conoscenza delle competenze ed attitudini lavorative delle maestranze acquisita presso il vecchio stabilimento privilegiando risorse dotate di polifunzionalità, flessibilità ed adattamento ai processi di innovazione ... in vista dell'immediato raggiungimento degli standard di qualità ed efficienza perseguiti dall'azienda". Come scrive il giudice "appaiono enunciazioni tanto altisonanti quanto generiche, discrezionali e prive di oggettiva riscontrabilità, quali risorse dotate di particolari skills professionali, spiccata professionalità, elevato grado di flessibilità e di attitudine al cambiamento ed all'innovazione, attitudine al lavoro, spirito di collaborazione, affidabilità e

presenza effettiva sul luogo di lavoro". Nessuna contestazione disciplinare è stata fatta, negli anni, agli iscritti Fiom e questo dato è l'unico considerato dal giudice che aggiunge "per quanto concerne la spiccata professionalità deve pur sempre rammentarsi che si parla di operai di III e IV livello".

Il vero nodo della questione, come sopra anticipato, emerge dal terzo passaggio della difesa dell'azienda laddove cerca di affermare l'esistenza di una deroga alla discriminazione mediante affermazione esplicita della "*teoria della legittimità della discriminazione per motivi sindacali*" parte integrante della politica aziendale. Nel tentativo di affermare la deroga alla discriminazione ex art. 3, comma 3 del d.lgs. 216/03, l'azienda afferma che "il pregiudiziale e fermissimo rifiuto ... della trattativa e poi del contenuto del Contratto specifico di primo livello nonché della versione del 13.12.2011 (che regolano .. gli aspetti della vita di fabbrica dei dipendenti FIP ...) appare assolutamente incompatibile con lo svolgimento dell'attività lavorativa che deve collocarsi in un contesto aggregato, coordinato e retto da regole accettate sindacalmente e necessariamente uguali per tutti: con il che viene meno quel requisito essenziale e determinante per lo svolgimento di tale attività".

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

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