

bandita in data 18/09/14 per la predisposizione di una graduatoria di idonei alla quale attingere per la stagione 2014/2015, classificandosi tutti utilmente in relazione al numero di coreuti necessari per la realizzazione dell'opera (in particolare, rispettivamente, ██████████ terzo e ██████████ quarto nella graduatoria uomini, ██████████ undicesima nella graduatoria donne, laddove erano necessari quattro coreuti per gli uomini e sedici per le donne). Riportato testualmente il contenuto della clausola del bando che individuava quale condizione essenziale e preliminare all'assunzione la sottoscrizione di un verbale di conciliazione preventivo da parte degli artisti, i ricorrenti lamentavano la mancata assunzione per la produzione "Giselle" dal 24/02/15 al 19/04/15, riconducendo l'omissione stessa a ragioni asseritamente discriminatorie, attuate attraverso una condotta ritorsiva assunta dalla Fondazione per non avere gli stessi accettati di sottoscrivere il verbale di conciliazione con il quale la controparte intendeva definire tutte le questioni pregresse. Allegavano quale prova della discriminazione la circostanza che la Fondazione avesse invece assunto altri artisti che avevano sottoscritto il verbale di conciliazione, omettendo di contro la assunzione dei ricorrenti benché utilmente collocati nelle rispettive graduatorie.

Tutto ciò premesso in punto di fatto, chiedevano: accertarsi la nullità della clausola del bando che prevedeva la necessaria preventiva sottoscrizione del verbale di conciliazione; dichiararsi il diritto dei ricorrenti all'assunzione per il balletto "Giselle" e per l'effetto dichiararsi costituito, nei loro confronti, un rapporto di lavoro nel periodo 24/02/15-19/04/15 con diritto alla relativa retribuzione e contribuzione; chiedevano, inoltre, condannarsi la convenuta al risarcimento dei danni patrimoniali e morali da liquidarsi equitativamente e l'adozione di un piano per la rimozione degli effetti della discriminazione.

La Fondazione si costituiva rilevando l'infondatezza della domanda di accertamento costitutivo, poiché nelle more i ricorrenti erano stati assunti a tempo determinato per il periodo 14/03/15-19/04/15, deducendo peraltro che il ritardo dell'assunzione rispetto all'inizio della produzione era stato determinato esclusivamente dal cambio dei vertici gestionali della Fondazione. Eccepiva inoltre l'inaffidabilità delle domande per insussistenza dei presupposti per l'applicabilità del rito speciale ex art.28 d.lgs. 150/2011, stante la tipicità dei motivi discriminatori illeciti nell'ambito degli atti di diritto privato ed il difetto di ricorrenza nella fattispecie di alcuno dei motivi tipizzati.

Il Tribunale, con l'ordinanza n. 19644/2015 emessa in data 21.7.2015, dichiarava parzialmente cessata la materia del contendere, limitatamente alla parte della domanda avente ad oggetto la costituzione del rapporto -che, sebbene con ritardo rispetto alla data di inizio della produzione, pacificamente risultava essere stato costituito ed eseguito dal 14.3.15 nei confronti di tutti i ricorrenti- ed il risarcimento del danno patrimoniale per il periodo 14/03/15-19/04/15, per il quale i ricorrenti erano stati pacificamente assunti e regolarmente retribuiti.



In ordine alla riconducibilità della fattispecie all'ambito applicativo dell'art.28, il Tribunale escludeva che ricorresse una delle ipotesi normative tipiche dettate in tema di atti discriminatori, ritenendo le stesse insuscettibili di interpretazione analogica e rigettando dunque le domande relative all'applicazione delle specifiche tutele contemplate dall'art.28 medesimo (quali l'ordine di cessare la condotta che si assume discriminatoria o l'adozione di specifici programmi volti ad evitare future discriminazioni o la pubblicazione del provvedimento).

Dichiarava tuttavia la nullità della clausola del bando relativa alla necessità di preventiva transazione per genericità del suo contenuto e dunque per assoluta indeterminatezza dell'oggetto e per l'effetto dichiarava il diritto dei ricorrenti al risarcimento del danno patrimoniale limitatamente al periodo 24/02/15-13/03/15, nella misura pari alle retribuzioni maturate e del periodo della produzione teatrale per il quale i ricorrenti risultavano non essere stati assunti. Compensava integralmente tra le parti le spese di giudizio.

Con ricorso ex art.702 quater depositato in data 20 agosto 2015, [REDACTED], [REDACTED] e [REDACTED] hanno proposto reclamo avverso la predetta ordinanza, sostenendo l'erroneità dell'interpretazione del dato normativo nazionale e comunitario adottata dal Tribunale che aveva ritenuto la tutela avverso le condotte ritorsive/discriminatorie limitata ai soli casi in cui venga in evidenza la conservazione di un posto di lavoro e non anche in casi – come quello di specie – in cui la ritorsione/discriminazione impedisca di acquisire il bene giuridico (la costituzione del rapporto di lavoro) nel patrimonio del lavoratore. Hanno diversamente prospettato la nozione di discriminazione/disparità di trattamento, argomentando sulla non tassatività delle ipotesi di discriminazione e sulla qualificabilità della condotta della resistente come estorsione negoziale. Hanno inoltre contestato la quantificazione del risarcimento del danno patrimoniale, sia sotto il profilo del parametro preso in esame che sotto il profilo del calcolo dello stesso; hanno inoltre impugnato il rigetto della domanda di ristoro del danno morale ed infine il governo delle spese, lamentando che fossero state ingiustamente compensate. Hanno concluso come in atti chiedendo in accoglimento del ricorso, dichiararsi che la mancata assunzione a termine per Giselle costituisce una condotta ritorsiva e discriminatoria della Fondazione; dichiarare il diritto alle retribuzioni per il periodo fino al 13.3.2015, condannare la convenuta al risarcimento danni (patrimoniale – lucro cessante – e non patrimoniale, quanto meno nella forma del danno morale) nonché alla liquidazione del risarcimento in via equitativa (o mediante CTU), tenuto conto di quanto previsto dall'art. 28 co.5-6 D. Lgs. 150/2011; ordinare la pubblicazione del provvedimento, a spese della resistente, su un quotidiano di tiratura nazionale ed emettere ogni altro provvedimento di legge; vinte le spese del doppio grado.

Ricostituito il contraddittorio in appello, la Fondazione si è costituita eccependo l'inammissibilità e comunque l'infondatezza del gravame. Ha proposto altresì appello incidentale eccependo la violazione degli articoli 101 e 102 cpc per essere



stata dichiarata dal Tribunale la nullità della clausola del bando 18.9.2014, pronunciando sul punto in ultrapetizione e violando altresì le norme codicistiche in tema di litisconsorzio necessario, in ragione dell'omessa integrazione del contraddittorio nei confronti degli altri soggetti idonei nella graduatoria e controinteressati. Concludeva per il rigetto del gravame e l'accoglimento dell'appello incidentale; per l'effetto chiedeva riformarsi la sentenza nella parte in cui era stata statuita la nullità della clausola del bando del 18 settembre 2014 e revocarsi la condanna della Fondazione al pagamento dei risarcimenti come quantificati. Vinte le spese.

Richiesta la produzione documentale di precedenti decisioni in materia e dei successivi bandi di concorso pubblicati dalla Fondazione, all'odierna udienza la Corte ha deciso la causa come da dispositivo.

MOTIVI DELLA DECISIONE

L'appello è parzialmente fondato, nei limiti di cui alle seguenti argomentazioni.

La questione giuridica è parzialmente sovrapponibile, seppure con alcune rilevanti peculiarità, a quella trattata in precedenti giudizi già decisi da questa Corte che verranno dunque in alcuni stralci motivazionali ripresi, sia pure con alcune rilevanti differenze negli antecedenti fattuali e negli approdi decisionali (cfr. [redacted] \Fondazione Teatro [redacted] sent. 6302\2019 del 23.12.2019 rel. Dr.ssa F. R. Amarelli; [redacted] \Fondazione Teatro [redacted] sent. 3091\2020 del 12.1.2021 rel. Dr.ssa A. R. Motti).

In via preliminare, stante la specifica eccezione di inammissibilità dell'appello per tardività, deve essere esaminata la questione della tempestività del gravame. La difesa della Fondazione eccepisce la tardività in quanto l'appello avverso l'ordinanza emessa ex art.702 bis c.p.c. avrebbe dovuto essere proposto ex articolo 702 quater con atto di citazione, da notificarsi a cura dell'appellante entro 30 giorni dalla comunicazione dell'ordinanza stessa. Sostiene dunque che debba applicarsi il rito ordinario in appello anche in materia di lavoro, potendosi dunque considerare tempestivo il gravame eventualmente proposto con una forma diversa dalla citazione solo se l'atto di impugnazione sia stato -non solo depositato ma anche- notificato alla controparte nel termine per impugnare. L'eccezione di tardività del gravame, depositato entro il termine dei 30 giorni ma notificato solo successivamente, appare quindi fondata sul dato testuale dell'introduzione del giudizio sommario in esame mediante atto di citazione (da notificarsi pertanto, ad avviso dell'appellato, entro i termini per la proposizione del gravame).

Invero, l'art. 702 quater cpc non prevede espressamente quale sia la forma dell'atto da utilizzarsi (*"L'ordinanza emessa ai sensi del sesto comma dell'articolo 702 ter produce gli effetti di cui all'articolo 2909 del codice civile se non è appellata entro trenta giorni dalla sua comunicazione o notificazione..."*).



Non si dubita, in linea generale, che, anche nel codice di rito, laddove si utilizzi la dizione “atto di citazione” per istituti di portata applicativa generale, l'utilizzo dello strumento processuale nel rito del lavoro sia sottoposto alle regole di quest'ultimo (ed in primo luogo all'introduzione del giudizio mediante deposito del ricorso, da notificarsi successivamente). Ebbene, nel caso di specie non può essere ignorato il fatto che il procedimento in primo grado sia stato pacificamente introdotto con ricorso, rito ordinario per le controversie di lavoro, senza che sul punto siano state formulate eccezioni processuali e senza neppure alcun rilievo officioso.

Dunque, in relazione alle forme della domanda di impugnazione ai sensi dell'art. 702-quater c.p.c. allorché si voglia sottoporre a gravame l'ordinanza resa ai sensi dell'art. 28 del D. Lgs. 150/2011 nell'ambito della competenza e giurisdizione del giudice del lavoro, questa Corte ritiene che il rito sommario processuale speciale sia da rendersi compatibile con il rito differenziato speciale giuslavoristico facendo ricorso al **principio di ultrattività del rito**. Lo speciale rito ex art. 28, D.Lgs. n. 150/2011, nell'ambito delle materie riservate alla competenza ed alla giurisdizione del giudice del lavoro, implica l'adozione concorrente anche delle forme introduttive e processuali tipiche del rito speciale del lavoro. La forma del reclamo ex art. 702-quater c.p.c., avverso l'ordinanza emessa dal giudice del lavoro ex art. 28 cit. e di cui all'art. 702-ter, deve dunque avere la corrispondente forma del ricorso, in applicazione anche del principio di ultrattività del rito impegnato in primo grado (cfr. Cass. sent. n. 19666/2019, n. 608/2019 e Cass. Civile, Sez. 1, sent. n. 10927/2016).

Appare dunque corretta la scelta dell'appellante che ha introdotto il gravame con ricorso, dando seguito al rito già applicato in primo grado, e deve dunque, ad avviso della Corte, affermarsi la tempestività del gravame, attivato con ricorso depositato entro il termine dei 30 giorni dalla comunicazione dell'ordinanza definitiva.

Passando al merito, deve in via principale essere trattata la questione dell'applicabilità -negata dal Tribunale- delle speciali tutele sostanziali in materia di discriminazione, tra cui quelle introdotte dall'art.28 d.lgs.150\2011, alla fattispecie oggetto di giudizio, nella quale i tre reclamanti, tetrici già precedentemente assunti con una pluralità di contratti a tempo determinato dalla Fondazione resistente, all'esito di procedura di bando nella quale si erano tutti utilmente collocati, non erano stati assunti (se non con ritardo ed a produzione ampiamente in corso). Occorre innanzitutto delineare lo spazio applicativo delle tutele invocate e l'astratta riconducibilità della vicenda prospettata all'ambito della tutela antidiscriminatoria e poi, in punto di fatto, accertare se l'omessa assunzione si ponga quale comportamento ritorsivo\discriminatorio attuato dalla Fondazione ed annunciato già con la clausola di bando che sottoponeva l'assunzione alla condizione obbligatoria e necessaria della preventiva sottoscrizione da parte degli aspiranti di un verbale di conciliazione tombale relativo ai rapporti contrattuali



pregressi intercorsi tra le parti.

Nella prospettazione difensiva dei lavoratori, il fattore di discriminazione è individuato nella (mancata) sottoscrizione da parte dei reclamanti del verbale di conciliazione predisposto dalla Fondazione per regolare le vicende pregresse; la comparazione è proposta con riferimento ad altri lavoratori firmatari del verbale di conciliazione e pertanto assunti nonostante la posizione postergata in graduatoria. La tesi sostenuta, in primo grado come nel presente gravame, è che la mancata assunzione dei ricorrenti costituisca un atto di natura ritorsiva e dunque discriminatoria, in diretta discendenza causale dalla mancata sottoscrizione della conciliazione: la Fondazione avrebbe così attuato il comportamento ritorsivo già implicitamente anticipato con la clausola del bando, cioè l'estromissione dal novero dei coristi degli aspiranti che avessero rifiutato di definire con transazione stragiudiziale tutti i precedenti rapporti intercorsi, così rinunciando nella sostanza alla riqualificazione anche giurisdizionale dei precedenti rapporti intercorsi ed ai conseguenti eventuali crediti.

Il Tribunale, condotta un'analisi specifica di tutte le norme antidiscriminatorie richiamate nell'apertura dell'art.28 l. n. 150\2011 (e dunque l'articolo 44 del decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286, l'art. 4 del decreto legislativo 9 luglio 2003, n. 215, l'art.4 del decreto legislativo 9 luglio 2003, n. 216, l'art.3 della legge 1° marzo 2006, n. 67, l'articolo 55- quinquies del decreto legislativo 11 aprile 2006, n. 198) e ritenuto che nessuna di tali norme apprestasse tutela diretta alla fattispecie prospettata, ha escluso che potessero di conseguenza trovare spazio le specifiche tutele anche sostanziali e risarcitorie previste dai commi 5 e 6 dell'art.28.

Più in generale, il Tribunale si è espresso sulla tassatività delle ipotesi di discriminatorietà individuate dalla legge che sarebbero dunque insuscettibili di espansione in via analogica ad ipotesi non direttamente contemplate. Nell'ordinanza di prime cure, il giudice ha posto poi, come unica eccezione alla regola di tassatività, le norme dettate in tema di licenziamento discriminatorio (artt. 4 l. 604/1966; art. 15 comma 1 lett. b e comma 2 l. 300/1970) le quali, costituendo espressione di un principio generale (quello del diritto alla conservazione del posto di lavoro cui fanno eccezione le ragioni di giusta causa e giustificato motivo di recesso), sono suscettibili di integrazione analogica e consentono di includere nella tutela antidiscriminatoria anche il licenziamento attuato con motivo ritorsivo determinante. Secondo la ricostruzione del giudice di prime cure di contro, le altre disposizioni normative dettate in tema di atti discriminatori devono ritenersi disciplinare ipotesi tassative, e come tali insuscettibili di integrazione analogica, per cui non potrebbero essere elasticamente estese fino ad includere qualsiasi modalità ritorsiva realizzata nei rapporti tra privati, restando esclusa dalla specifica tutela anche l'eventuale ritorsione in ambito preassuntivo o concorsuale, cioè in fase antecedente alla costituzione del rapporto.



La ricostruzione offerta dal Tribunale, pur completa e ampiamente argomentata, non convince tuttavia questa Corte in relazione alcuni degli esiti decisori.

In sostanza, l'antecedente fattuale della vicenda può essere individuato nella clausola del bando del 18.9.2014 del quale anche il Tribunale ha dichiarato la nullità. Il bando di selezione in parola prevedeva infatti una clausola, apposta in fondo allo stesso, che sanciva quale condizione essenziale e preliminare all'assunzione a termine la preventiva sottoscrizione di un verbale di conciliazione, con una previsione del seguente testuale tenore: «*Articolo 8 – Assunzione. I candidati che abbiano conseguito l'idoneità saranno assunti dalla Fondazione con contratti a tempo determinato, relativamente alle esigenze di produzione che dovessero presentarsi nella stagione 2014/2015, **previa sottoscrizione di apposito verbale da stilare innanzi alla Commissione di Conciliazione presso la Direzione Territoriale del Lavoro di Napoli, al fine di dirimere eventuali controversie***».

La Fondazione in pratica, come evincibile dai documenti allegati, con tale clausola poneva quale condizione necessaria, da assolversi preventivamente all'assunzione, che tutti i vincitori delle plurime selezioni sottoscrivessero una istanza congiunta (lavoratore e datore) di denuncia di controversia di lavoro, unilateralmente predisposta dall'Ufficio del Personale della resistente, al fine di ottenere presso l'Area Conflitti di Lavoro della D.T.L. di Napoli la fissazione della comparizione delle parti, al fine di far sottoscrivere un verbale di conciliazione (peraltro non concordato, bensì integralmente predisposto dalla resistente, il cui contenuto veniva noto solo all'atto della firma del negozio giuridico transattivo/abdicativo).

Secondo la prospettazione dei ricorrenti, la mancata sottoscrizione del verbale da parte degli appellanti aveva avuto come conseguenza ritorsivo-discriminatoria da parte della Fondazione il diniego di assunzione, dunque un comportamento omissivo di contenuto ritorsivo.

Ebbene, secondo una delle alternative prospettive introdotte dalla difesa dei lavoratori, **la denunciata discriminazione deve essere posta in diretta correlazione con il fattore di protezione delle "convinzioni personali"**; denunciata, dunque, quale discriminazione diretta ai sensi degli art. 2, commi 1, 3 e 4, ed art. 11 della Direttiva 78/2000/CE e dell'art. 21 CDFUE. In particolare, viene più volte invocato l'art. 11 della citata direttiva, laddove si qualifica espressamente come condotta discriminatoria il *"trattamento sfavorevole da parte del datore di lavoro, quale reazione a un reclamo interno all'impresa o a un'azione legale volta a ottenere il rispetto del principio della parità di trattamento"*.

Occorre dunque ricostruire la nozione di "convinzioni personali", per valutare se, almeno in via astratta, la fattispecie descritta sia riconducibile a tale specifico fattore di protezione della normativa antidiscriminatoria.



La **nozione di discriminazione sia diretta che indiretta** è stabilita dall'art. 2, D.L.vo n. 216 del 2003, che definisce la prima come riferita alle ipotesi in cui " *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*" e la seconda con riferimento ai casi in cui " *una disposizione, un criterio, una prassi, un atto, un patto o un comportamento apparentemente neutri possono mettere le persone che professano una determinata religione o ideologia di altra natura, le persone portatrici di handicap, le persone di una particolare età o di un orientamento sessuale in una situazione di particolare svantaggio rispetto ad altre persone*".

Deve a questo punto richiamarsi quanto ricostruito molto recentemente dalla Suprema Corte (Corte Cass. Sez. Lavoro 2 gennaio 2020 n.1) con riguardo alla **possibilità di includere nell'espressione "convinzioni personali" di cui all'art. 1, D.L.vo n. 216 del 2003 un contenuto materiale ampio e composito, comprendente anche posizioni volontaristiche quale quella in esame**. La Corte ha specificamente ricostruito la disciplina del d. lgs. 216\03 secondo lo spirito della direttiva 2000/78, di cui il D.L.vo costituisce attuazione, tale Direttiva stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro, individuando 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 G.U. 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*"

La contiguità dei due termini, religione e convinzioni personali, separati dalle altre definizioni da una virgola, pone in rilievo l'affinità dei due concetti ma non ne determina una sovrapposizione concettuale.

La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea (c.d. Carta di Nizza) all'art. 21 ribadisce il divieto di qualsiasi forma di discriminazione. 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*".

A questo punto la Corte esprime un concetto centrale e decisivo: " *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".

Accedendosi ad una interpretazione delle norme coerente con la ratio della norma comunitaria letta alla luce dei principi fondamentali del Trattato, 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 **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, non avrebbe avuto alcun bisogno di differenziare le ipotesi di discriminazione per motivi religiosi da quelle per convinzioni per motivi diversi" (così Cass. 1\2020 citata).

Il contenuto dell'espressione "convinzioni personali" richiamato dall'art. 4, D.L.vo n. 216 del 2003, 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.

Si consideri in particolare che l'art. 4, D.L.vo n. 216 del 2003 prevede **il principio di parità di trattamento senza distinzione** di religione, **di convinzioni personali**, di handicap, di età e di orientamento sessuale, che si applica a tutte le persone sia nel settore pubblico che privato ed è suscettibile di tutela giurisdizionale secondo le forme previste dall'art. 4, **con specifico riferimento tra l'altro, alla lett. a) all'accesso all'occupazione e al lavoro**, sia autonomo che dipendente, **compresi i criteri di selezione e le condizioni di assunzione**.

Pertanto, essendo espressione dell'ampio concetto di libertà ideologica, nell'ambito della categoria generale delle convinzioni personali e del suo contenuto materiale, caratterizzata dall'eterogeneità delle ipotesi di discriminazione ideologica estesa alla sfera dei rapporti sociali, **può essere ricompresa anche la discriminazione fondata sulla libertà di scelta contrattuale rivendicata dal soggetto che intenda proteggere il suo diritto all'iniziativa giudiziaria**. Costituisce discriminazione per convinzioni personali, dunque, anche la diversità di comportamento riservata dal potenziale datore al lavoratore che non voglia sottoscrivere clausole o accordi evidentemente pregiudizievoli e limitative di diritti acquisiti o acquisibili in via giudiziaria. Dunque, se nel concetto di convinzioni personali può farsi rientrare anche la libertà di autodeterminazione contrattuale del lavoratore, deve ritenersi che da ciò consegua il divieto di atti o comportamenti idonei a realizzare una diversità di trattamento o un pregiudizio in ragione del rifiuto del lavoratore di addivenire a transazioni "forzate", non espressione di una



comune volontà abdicativa.

Ricondotta dunque la fattispecie almeno in astratto, per come prospettata, sotto l'ombrello protettivo della tutela conto le discriminazioni realizzate in ragione delle convinzioni personali del lavoratore, deve passarsi ad esaminare se della discriminazione stessa sia stata fornita in giudizio adeguata prova.

Per la valutazione del quadro probatorio, appare opportuno premettere sinteticamente gli elementi fattuali della vicenda, sostanzialmente pacifici all'esito delle acquisizioni istruttorie.

Elementi fattuali asseverati e comunque non contestati in giudizio sono l'esistenza del bando pubblicato dalla Fondazione resistente con le clausole già sopra indagate, la partecipazione degli odierni appellanti alla selezione e l'utile collocazione degli stessi in graduatoria rispetto al numero di coreuti necessari per la produzione dell'opera Giselle.

Nelle precedenti parti del bando prodotto è possibile verificare che sono indicati i requisiti per la partecipazione (età cittadinanza, possesso di permesso di soggiorno, godimento dei diritti politici e certificato di sana e robusta costituzione) ed è prevista una verifica di idoneità mediante prove di esame All'esito della stessa è previsto che fosse stilata una graduatoria.

Orbene, come dedotto dalla difesa dei ricorrenti e come già ricostruito dal Tribunale, dalla lettura del bando è evidente che la previa sottoscrizione del verbale di conciliazione veniva posta come unica condizione per l'assunzione di candidati già riconosciuti all'esito della selezione come idonei. L'esito della selezione e la collocazione utile in graduatoria si palesano come elementi non sufficienti né dirimenti, ponendosi invece come circostanza condizionante la sottoscrizione della conciliazione. La dizione del bando su questo punto non può lasciare alcun dubbio: *"i candidati che abbiano conseguito l'idoneità saranno eventualmente assunti dalla Fondazione ... previa sottoscrizione di apposito verbale ... al fine di dirimere eventuali controversie"*.

Trattasi di *condicio sine qua non*: se non viene sottoscritto il verbale di conciliazione non si verrà assunti, anche se idonei e inseriti utilmente in graduatoria.

La questione non è di poco momento perché gli appellanti – che hanno dato prova di aver precedentemente sottoscritto numerosissimi contratti a tempo determinato per le precedenti stagioni- avevano impugnato detti contratti stragiudizialmente e si apprestavano a proporre ricorso giudiziale (cosa poi effettivamente avvenuta).

In buona sostanza, in base al disposto del bando, per essere assunti per il balletto in questione, secondo il bando, i lavoratori avrebbero dovuto rinunciare al loro pieno diritto a far valere innanzi ad un giudice la pretesa nullità dei precedenti contratti sottoscritti. In caso di mancata rinuncia non avrebbero lavorato.

Molto significativo appare altresì lo svolgimento dei fatti accaduti innanzi alla commissione di conciliazione, trattandosi di circostanze che si pongono come



antecedenti logici alla discriminazione pre-assuntiva lamentata.

Risulta prodotto in atti verbale di conciliazione del 5.12.2014 con il quale ciascun ricorrente sottoscriveva accordo in cui, in cambio di euro 100 a titolo di bonus transattivo, rinunciava ai diritti fatti valere in relazione ad una pluralità di contratti a termine (intercorsi per l'██████████ dal 22.5.2003 all'1.8.2014, per il ██████████ dal 2.9.2005 al 23.10.2014 e per la ██████████ dal 4.1.2001 al 27.3.2014).

La transazione, a fronte della cifra oggettivamente simbolica di 100 euro, aveva peraltro ad oggetto a rinuncia a differenze retributive maturate per il mancato godimento di ferie e riposi compensativi. La funzione di condizione sospensiva della conciliazione, in difetto preclusiva della assunzione, è provata dalla circostanza che ██████████ e ██████████ siano stati poi effettivamente, immediatamente dopo la sottoscrizione della transazione, assunti per il periodo 6.12.2014 – 5.1.2015, per “lo Schiaccianoci” come da contratto in atti.

Tuttavia, la conciliazione sottoscritta è stata poi impugnata dai ricorrenti in data 12.12.2014 per vizio della volontà oggetto di coercizione, impugnativa nella quale si rappresenta che la mancata sottoscrizione non avrebbe permesso ai ricorrenti di lavorare. Nell'impugnativa si fa espresso riferimento al verbale di mancata conciliazione del giorno 4.12.2014, giorno in cui le parti erano presenti innanzi alla Commissione in diversa composizione che aveva rifiutato di sottoscrivere i verbali ravvisando l'illegittimità della condotta della Fondazione ed invitando la parte datoriale a procedere comunque all'assunzione, indipendentemente dalla sottoscrizione delle conciliazioni. Tuttavia, le medesime parti sono state convocate innanzi a commissione in diversa composizione per il giorno successivo (5.12), convocazione che ha dato il diverso esito di cui appena sopra, con la sottoscrizione delle conciliazioni da parte dei lavoratori, sebbene nel frattempo il procuratore della parte avesse inoltrato una diffida alla DTL (cfr. folio 9 della produzione di primo grado).

Medesima sequela precontrattuale si è ripetuta per la partecipazione al balletto “Giselle”. Ciascun ricorrente desume di essere stato contattato telefonicamente il 23.1.2015 per la sottoscrizione di nuovo verbale di conciliazione, senza la stipula del quale egli non avrebbe potuto lavorare. Nelle more è stata inoltrata nuova diffida alla DTL.

E' in atti, quindi, **il verbale del 19.2.2015 innanzi alla Commissione provinciale di conciliazione.** Il suo contenuto è particolarmente significativo.

In quella sede è intervenuto il direttore territoriale del lavoro dott. ██████████ il quale, essendo venuto a conoscenza delle precedenti diffide, ha domandato ai lavoratori *“se la loro presenza innanzi all'intestata commissione per firmare i verbali oggi sottoposti alla loro attenzione e prodotti dalla Fondazione ██████████ sia il frutto di una loro libera determinazione o se, invece, gli stessi siano presenti all'odierna seduta ed eventualmente pronti a sottoscrivere i verbali dietro costrizione. In particolare, il direttore territoriale domanda se gli stessi siano stati invitati a sottoscrivere il verbale di conciliazione dalla stessa Fondazione*



predisposto in quanto condizione necessaria per essere assunti con successivi contratti a tempo determinato”.

La risposta degli odierni appellanti è stata così verbalizzata: *“Alla domanda il lavoratore espressamente dichiara di essere presente oggi davanti alla commissione in parola perché invitato dalla direzione del personale della Fondazione a sottoscrivere denuncia di controversia di lavoro, nonché il presente verbale di conciliazione – redatto esclusivamente dalla fondazione- al fine di poter essere assunto con successivi contratti a tempo determinato. In sintesi lo stesso dichiara che la Fondazione gli ha espressamente comunicato che se non avesse sottoscritto il verbale di conciliazione allegato, non avrebbe più lavorato per la fondazione ● ●●●●. Lo stesso lavoratore dichiara di essere titolare del diritto all’assunzione a termine in quanto idoneo nella graduatoria di merito formata a seguito di audizione\selezione indetta dalla Fondazione, selezione che prevedeva espressamente l’assunzione a condizione della sottoscrizione del verbale di conciliazione innanzi a questo ufficio”.*

Assolutamente significativa appare poi il prosieguo del verbale, nel quale si dà conto dello sviluppo degli eventi: *“A questo punto, presente la sig. ra Maria Pia Gaeta, nella qualità di Direttrice del Personale della fondazione, invitata a rispondere sulla questione appena sollevata dal Lavoratore, dichiara di aver predisposto tutte le denunce di controversie e tutti i verbali di conciliazione già dal Novembre 2014, dietro espressa direttiva del Commissario Straordinario della Fondazione Teatro ●●●●●.*

Appresa la notizia e vista la conferma da parte datoriale, immediatamente i membri della commissione Mauro di Paola e Mauro Pantano, rispettivamente rappresentanti dei lavoratori e dei datori di lavoro presso la DTL di Napoli, contestano la mancanza della libera volontà dei lavoratori e si rifiutano di sottoscrivere i verbali di conciliazione.

Anche il presidente della Commissione Patrizia Matrecano esprime il proprio dissenso a far sottoscrivere le predette conciliazioni.

Collateralmente il direttore della DTL, in epigrafe indicato, dispone la verbalizzazione di quanto accaduto conferendone l’onere agli avvocati presenti. A questo punto l’Avv. Santoni abbandona l’ufficio alle ore 11,00.

Del che è verbale stilato mediante l’ausilio del funzionario dr. Giacomo Roberto in data diciannove febbraio 2015 conclusosi alle ore 11,50”.

In buona sostanza il direttore territoriale del lavoro, presente al momento dell’accesso innanzi alla Commissione, ha provveduto a verificare sia il reale svolgimento dei fatti prodromici (ovvero che le denunce ed i verbali erano stati predisposti dalla sola parte datoriale) sia la presenza (rectius: assenza) di libera volontà di transigere. Il tutto è verbalizzato. A fronte della concreta verifica della mancanza di libera volontà non si è proceduto alla transazione.

In data 20.2.2015, poi, ciascun ricorrente ha ricevuto ulteriore invito a presentarsi innanzi alla commissione a firma della sovrintendente Purchia, del



seguente tenore: “in riferimento alla mancata conciliazione del 19 febbraio u.s. presso la direzione territoriale del Lavoro di Napoli e dovendo dirimere il contenzioso in atto con la Fondazione Teatro [REDACTED] la invitiamo a presentarsi presso la sede dell’Unione Industriali...il giorno 23 febbraio 2015 ...al fine di esperire un ulteriore tentativo di conciliazione in sede sindacale ai sensi dell’art. 411 cpc assistito da un rappresentante sindacale di sua fiducia munito del potere di firma depositata presso la direzione territoriale del lavoro.”

A questo punto in data 23.2.2015 gli odierni appellanti non si presentavano e inviavano diffida, facendo presente di avere diritto all’assunzione in base alla collocazione nella graduatoria stilata all’esito della selezione.

Tuttavia, nonostante la posizione in graduatoria e lo sviluppo fattuale fin qui riportato, **i ricorrenti non sono stati assunti per il balletto Giselle che aveva inizio il 23.2.2015, così realizzandosi la condotta ritorsivo-discriminatoria.**

Va anche detto che allegati in produzione di parte appellata ci sono i verbali di conciliazione riguardanti altri lavoratori (sulla cui assunzione non vi è contestazione); e vi è la missiva del 13.3.2015 a firma del Maestro Andolfi, rivolta al presidente della Fondazione, cui per esigenze di produzione si chiede per il balletto Giselle, il necessario completamento dell’organico e “l’assunzione di 3 uomini e una donna di cui un lavoratore con diritto di precedenza di chiamata nelle assunzioni a termine, che hanno rifiutato la transazione in data 19 febbraio u.s...”. Ciò in quanto tali integrazioni di personale erano assolutamente necessari per la produzione. Il 14.3.2015, perciò, gli appellanti hanno sottoscritto il contratto sotto la dirigenza del Sindaco di Napoli, in luogo del sovrintendente.

Orbene è del tutto evidente che **la discriminazione ai danni dei ricorrenti si è verificata, poiché per la produzione sono stati assunti inizialmente solo quelli che avevano sottoscritto le transazioni**, sebbene insufficienti per la produzione stessa, come chiaramente dimostra la missiva del maestro [REDACTED]

Sotto il profilo dei carichi probatori e del piano della ripartizione dei relativi oneri, va ritenuto che **le circostanze fattuali introdotte siano sufficienti a delineare il rapporto causa-effetto tra la precedente scelta di autodeterminazione contrattuale del lavoratore che non ha sottoscritto il verbale e il comportamento ritorsivo e sostanzialmente discriminatorio della Fondazione.** Il dato numerico seppure piuttosto generico è comunque probante in quanto contestualizzato in termini di raffronto con dati comparativi riferiti alla consistenza ed entità dell’intero organico assunto per l’opera. Del resto, la Fondazione non ha provato che una parte, neppure minima, dei coreuti fosse stata assunta nonostante il rifiuto alla sottoscrizione della conciliazione. Non sono stati espressi e provati dalla resistente elementi selettivi alternativi cui siano stati ispirati i criteri di assunzione, restando dunque provato l’unico criterio della scelta dismissiva ottenuta con la sottoscrizione delle preventive conciliazioni.

Nell’ambito del giudizio antidiscriminatorio l’attore ha soltanto l’onere di fornire



elementi di fatto, anche di carattere statistico, idonei a far presumere l'esistenza di una discriminazione. Deve tuttavia chiarirsi che non è affatto previsto che i dati statistici debbano assurgere ad autonoma fonte di prova; conseguentemente, qualora il dato statistico fornito dal ricorrente indichi una condizione di svantaggio per un gruppo di lavoratori, è onere del datore di lavoro dimostrare che le scelte sono state invece effettuate secondo criteri oggettivi e non discriminatori (cfr. art. 8 Direttiva 2000/78/CE e Par 15 dei "considerando").

Quanto all'agevolazione probatoria in favore del soggetto che lamenta la discriminazione è stato evidenziato (cfr. Cass. 27 settembre 2018 n. 23338, Cass. 12 ottobre 2018 n. 25543) che le direttive in materia (n. 2000/78, così come le nn. 2006/54 e 2000/43), come interpretate della Corte di Giustizia, ed i decreti legislativi di recepimento impongono l'introduzione di un meccanismo di agevolazione probatoria o alleggerimento del carico probatorio gravante sull'attore *"prevedendo che questi allegghi e dimostri circostanze di fatto dalle quali possa desumersi per inferenza che la discriminazione abbia avuto luogo, per far scattare l'onere per il datore di lavoro di dimostrare l'insussistenza della discriminazione"*, (cfr. Cass. n. 14206 del 2013, in materia di discriminazione di genere). Il lavoratore deve provare il fattore di rischio, il trattamento che assume come meno favorevole rispetto a quello riservato a soggetti in condizioni analoghe e non portatori del fattore di rischio, deducendo una correlazione significativa fra questi elementi che rende plausibile la discriminazione; il datore di lavoro deve dedurre e provare circostanze inequivoche, idonee a escludere, per precisione, gravità e concordanza di significato, la natura discriminatoria del comportamento, in quanto dimostrative di una scelta che sarebbe stata operata con i medesimi parametri nei confronti di qualsiasi lavoratore privo del fattore di rischio, che si fosse trovato nella stessa posizione, (cfr. Cass. n. 14206/13 coerente con le indicazioni espresse dalla Corte di Giustizia 17.7.08, C303/06 Colemann, 10.7.08 C- 54/07 Feryn, 16.7.15 C-83/14 Chez).

Dunque, nel caso in esame, può ritenersi adeguatamente provato che il trattamento peggiore riservato agli appellanti trovi fondamento nella volontà di discriminare il lavoratore in ragione delle sue "convinzioni personali" che lo avevano condotto a non cedere alla condotta coercitiva della imposizione di un verbale di conciliazione e transazione. Lo stesso tentativo di estorsione negoziale portato avanti dalla Fondazione appare chiaramente discendere, quale reazione ritorsiva, all'azione dei lavoratori di rivendica della stabilità occupazionale e di conversione dei ctd (esercitata in separato giudizio) che il datore di lavoro tentava appunto di disinnescare ottenendo delle transazioni tombali.

Il datore di lavoro risulta in sintesi aver violato, in sede di accesso al lavoro, il diritto assoluto della libertà ideologica ed all'autodeterminazione negoziale del lavoratore, vistosi coartato nella propria volontà negoziale all'atto immediatamente preliminare alla conclusione del contratto. Si tratta di condotte che costituiscono



reazione all'esercizio di un diritto soggettivo inviolabile quale il diritto a determinare liberamente la propria volontà negoziale nell'ambito dell'accesso al lavoro, riconducibile quest'ultima alla categoria delle convinzioni personali protette contro gli atti discriminatori. Appare in sintesi raggiunta la prova dell'intento discriminatorio essendo emersi elementi idonei ad individuare il nesso di causalità tra le circostanze accertate nella dinamica preassuntiva e l'intento di rappresaglia realizzato con l'omissione delle assunzioni, dal momento che le risultanze processuali acquisite presentano sufficienti i requisiti della gravità, precisione e concordanza.

Dall'accertamento fin qui condotto discende il diritto di ciascuno degli appellanti al risarcimento dei danni, patrimoniali ma anche non patrimoniali, pure oggetto di domanda. L'art.28 d.lgs.150\2011 attivato nel presente giudizio contiene anche la sintesi dei criteri di liquidazione. Recita la disposizione citata, nella parte a questo punto rilevante: "... 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.

6. Ai fini della liquidazione del danno, il giudice tiene conto del fatto che l'atto o il comportamento discriminatorio costituiscono ritorsione ad una precedente azione giudiziale ovvero ingiusta reazione ad una precedente attività del soggetto leso volta ad ottenere il rispetto del principio della parità di trattamento.

7. Quando accoglie la domanda proposta, il giudice può ordinare la pubblicazione del provvedimento, per una sola volta e a spese del convenuto, su un quotidiano di tiratura nazionale. Dell'ordinanza è data comunicazione nei casi previsti dall'articolo 44, comma 11, del decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286, dall'articolo 4, comma 1, del decreto legislativo 9 luglio 2003, n. 215, dall'articolo 4, comma 2, del decreto legislativo 9 luglio 2003, n. 216, e dall'articolo 55-quinquies, comma 8, del decreto legislativo 11 aprile 2006, n. 198»

Per quanto riguarda il **danno patrimoniale**, lo stesso decorre dalla scadenza del termine di adempimento dell'obbligo di assunzione coincidente con l'inizio dell'opera, e deve essere commisurato alle retribuzioni non percepite fino alla costituzione del rapporto.

In ordine alla quantificazione del risarcimento del danno patrimoniale perequato ai giorni di mancata retribuzione, gli appellanti hanno lamentato che il Tribunale abbia quantificato lo stesso in soli 15 giorni anziché in relazione ai 18 giorni



effettivamente non lavorati. Con riferimento poi ai parametri di quantificazione utilizzati dal giudice di prime cure, hanno lamentato che lo stesso abbia erroneamente preso in esame quale retribuzione dovuta ai lavoratori solo quella tabellare, assumendo quale retribuzione minima inderogabile solo la retribuzione minima, la contingenza e l'EDR. Chiedevano che invece la retribuzione minima inderogabile fosse quantificata nella misura e con le voci base evincibili dallo statuto paga nel quale compaiono anche l'assegno integrativo e l'indennità di mensa, rispettivamente retribuzione accessoria di natura aziendale ed elemento di merito ma anche fisso e continuativo della retribuzione. Così quantificata, con l'inclusione delle voci retributive elencate, la retribuzione minima inderogabile andava correttamente quantificata nell'importo di euro 1881,93. La ricostruzione quantificatoria non è stata in alcun modo avversata dalla difesa della resistente che si è limitata a chiedere, nell'appello incidentale, la riforma della condanna di primo grado con rigetto integrale della domanda.

Possono quindi essere accolti i criteri di calcolo formulati da parte appellante, con inclusione nella base di calcolo delle voci fisse indicate. La condanna per il periodo di manda assunzione, a titolo di danno patrimoniale potrà essere ricalcolata e quantificata in euro 1.881,93, con conseguente condanna della Fondazione appellata al pagamento della corrispondente somma in favore di ciascuno degli appellanti, oltre interessi e rivalutazione monetaria.

Può essere riconosciuto, come espressamente previsto dall'art.28 commi 5 e 6, altresì il **danno non patrimoniale**, discendente dal fatto medesimo della discriminazione subita e collegato anche alle modalità particolarmente intense di pressione rivolta ai lavoratori per coartarne la volontà negoziale, facendo leva sul generale bisogno di accesso al contratto di lavoro per soddisfare le esigenze primarie retributive, strettamente collegate alla necessaria libertà e dignità dell'esistenza, nonché per esercitare la propria competenza professionale e dunque esprimere e realizzare la propria personalità.

Il danno può essere equitativamente liquidato in misura pari all'entità delle retribuzioni non conseguite per la durata del comportamento ritorsivo-discriminatorio, individuando il criterio liquidatorio proprio in ragione dello stretto collegamento del danno subito con la prestazione lavorativa cui la resistente aveva illegittimamente inibito l'accesso agli appellanti, oltre interessi al tasso legale dall'epoca dell'illecito sulle somme via via rivalutate fino all'attualità.

Le ulteriori domande di inibitoria e di adozione di piani di rimozione della discriminazione e dei suoi effetti risultano attualmente infondate in ragione dell'integrale ed ormai remoto esaurimento fattuale di tutta la vicenda, almeno nei rapporti tra le parti in giudizio.

La ricostruzione fin qui operata rende assorbito l'appello incidentale che risulta ovviamente rigettato per infondatezza.



L'accoglimento solo parziale della domanda induce a compensare per metà le spese del doppio grado; la restante parte segue la soccombenza della società appellata e viene liquidata per ciascun grado come da dispositivo, con attribuzione.

P.Q.M.

La Corte così decide:

- a) accoglie parzialmente il gravame e, in riforma del provvedimento impugnato, condanna la Fondazione appellata al pagamento in favore di ciascun ricorrente della somma di euro 1.881,93 per il periodo di mancata assunzione, oltre interessi e rivalutazione monetaria;
- b) condanna altresì la Fondazione appellata, per i titoli e le causali di cui in motivazione, al pagamento in favore di ciascun ricorrente della ulteriore somma di euro 1.881,93, oltre accessori come indicati in motivazione;
- c) rigetta l'appello incidentale proposto dalla Fondazione;
- d) compensa tra le parti le spese del doppio grado nella misura di metà, e pone la residua parte a carico della Fondazione appellata, liquidando in favore degli appellanti per il primo grado, in tale ridotta misura, la somma di euro 2.054,50, oltre Iva, CPA e rimborso spese forfettarie con attribuzione; liquida altresì in favore degli appellanti per il presente grado, in tale ridotta misura, la somma di euro 4.757,50, oltre Iva, CPA e rimborso spese forfettarie con attribuzione.

Così deciso in Napoli in data 7 settembre 2021

Il Consigliere est.
Dr.ssa Chiara De Franco

Il Presidente
Dr. Gennaro Iacone



Civile Sent. Sez. L Num. 1 Anno 2020

Presidente: NOBILE VITTORIO

Relatore: ARIENZO ROSA

Data pubblicazione: 02/01/2020

SENTENZA

sul ricorso 29631-2015 proposto da:

S.L.A.I. COBAS SINDACATO LAVORATORI
AUTORGANIZZATI INTERCATEGORIALE, in persona
del legale rappresentante pro tempore
domiciliato ope legis presso la Cancelleria

2019
1939

1939 della Corte di Cassazione, rappresentato e difeso dagli Avvocati GIUSEPPE MARZIALE e ARCANGELO FELE;

- **ricorrente** -

contro

F.C.A. ITALY S.P.A., già FIAT GROUP AUTOMOBILES S.P.A., in persona del legale rappresentante pro tempore elettivamente domiciliata in ROMA, PIAZZA CAVOUR 19, presso lo studio dell'avvocato RAFFAELE DE LUCA TAMAJO, che la rappresenta e difende unitamente agli avvocati GIORGIO FONTANA, VINCENZO LUCIANI, ANTONIO DI STASIO;

- **controricorrente e ricorrente incidentale** -

avverso la sentenza n. 6835/2014 della CORTE D'APPELLO di NAPOLI, depositata il 21/11/2014 R.G.N. 4503/2012;

udita la relazione della causa svolta nella pubblica udienza del 23/05/2019 dal Consigliere Dott. ROSA ARIENZO;

udito il P.M. in persona del Sostituto Procuratore Generale Dott. RITA SANLORENZO che

ha concluso per l'accoglimento del ricorso
principale rigetto del ricorso incidentale;
udito l'Avvocato PATRIZIA TOTARO per delega
verbale Avvocato GIUSEPPE MARZIALE;
udito l'Avvocato FEDERICA PATERNO' per delega
verbale Avvocato RAFFAELE DE LUCA TAMAJO.

FATTI DI CAUSA

1. La Corte di appello di Napoli, con sentenza del 21.11.2014, respingeva il gravame proposto da S.L.A.I. Cobas - Sindacato Lavoratori Autorganizzati Intercategoriale - avverso la decisione del Tribunale di Nola che aveva respinto il ricorso in opposizione avanzato dal Sindacato, confermando l'affermata carenza di legittimazione attiva della OO.SS., per non sussistere il requisito della nazionalità: era evidenziata la mancata prova dello svolgimento di una effettiva attività sindacale connotata dal carattere nazionale in quanto la documentazione in atti era riferita a fatti risalenti nel tempo e ad azioni a carattere meramente localistico.

2. La Corte disattendeva la decisione impugnata quanto al ritenuto difetto di legittimazione attiva del sindacato, ritenendo che il requisito della rappresentatività richiesto dall'art. 28 St. Lav. fosse meno impegnativo di quello della maggiore rappresentatività richiesto per la costituzione di r.s.a. e che nella specie lo SLAI Cobas aveva posto in essere attività di sicuro rilievo nazionale.

3. Quanto alla condotta della società Fiat Group Automobiles s.p.a., consistita nell'aver trasferito, dallo stabilimento di Pomigliano d'Arco al costituendo Polo Logistico di Nola (World Class Logistic, sito a 20 Km di distanza dal primo), 316 lavoratori, di cui 77 iscritti allo Slai Cobas o selezionati tra gli invalidi, la Corte di Napoli ne escludeva la asserita natura discriminatoria e/o illecita, ritenendo che il dato numerico, per quanto suggestivo, non fosse attendibile, poiché difettava di ogni termine di comparazione in riferimento alla consistenza ed entità dell'intero organico dello stabilimento di Pomigliano all'epoca del trasferimento, sia con riferimento ai lavoratori con patologie invalidanti, che con riferimento al numero

delle altre sigle sindacali operanti, alla consistenza delle stesse e dei lavoratori trasferiti.

4. Riteneva che la prova dell'intento discriminatorio non poteva ridursi alla deduzione della mancata rilevazione di elementi idonei ad individuare il nesso di causalità tra le circostanze pretermesse e l'asserito intento di rappresaglia e che a livello di presunzioni le risultanze processuali acquisite difettavano dei requisiti della gravità, precisione e concordanza. In particolare, il solo dato numerico cedeva rispetto alle prospettate esigenze tecnico organizzative poste a base del trasferimento, che aveva riguardato tutte le sigle sindacali.

5. Secondo il giudice del gravame, le ragioni del disposto trasferimento collettivo, lungi dal costituire il frutto di un intento antisindacale, corrispondevano ad una esigenza comprovata di razionalizzazione del processo industriale e di ottimizzazione dell'organizzazione aziendale. Peraltro, la scelta era stata ispirata ad un criterio "produttivistico", essendo stato richiesto ai singoli capi UTE quali lavoratori fossero da assegnare all'Area Logistica ed essendo stati questi indicati in base a *skill* professionali ed attitudinali, il che non consentiva al giudice di valutare il merito della scelta effettuata, residuando lo spazio solo per verificare l'effettività delle ragioni addotte a sostegno dell'esercizio dello *ius variandi*.

6. Nè poteva, secondo la Corte, rilevare che nel nuovo Polo Logistico di Nola i lavoratori per oltre sei anni non avessero prestato attività, essendo ciò dipeso da altri fattori ed essendosi verificata analoga situazione anche nello stabilimento di Pomigliano. Il trasferimento non aveva neanche impedito ai lavoratori trasferiti di svolgere attività sindacale, potendo gli stessi svolgere le prerogative sindacali attraverso la messa a disposizione di navette per consentirne lo spostamento e per la partecipazione alle assemblee, con godimento

di tutti i diritti di elettorato attivo e passivo, senza che nessun discredito o all'immagine fosse derivato sotto ogni profilo all'O. S. ricorrente.

7. La Corte partenopea aggiungeva che tali circostanze, allegate dalla società, non erano state oggetto di specifica contestazione da parte del sindacato ricorrente, non potendo pertanto ritenersi provata la natura discriminatoria o illecita della condotta datoriale e non avendo nessun lavoratore impugnato il trasferimento, ulteriore circostanza, questa, a conforto della validità della ricostruzione effettuata.

8. Veniva, poi, escluso che fosse stato violato l'obbligo, previsto dall'art. 16, comma IV, del CCNL di categoria, di informazione e consultazione attraverso apposita procedura, essendo dall'istruttoria risultato che gli oneri relativi erano stati assolti, con conseguente esclusione della dedotta antisindacalità della condotta.

9. Di tale decisione domanda la cassazione lo SLAI COBAS, affidando l'impugnazione a due motivi, cui resiste, con controricorso, la FIAT Group Automobiles s.p.a., che propone ricorso incidentale, affidato ad unico motivo.

10. Nella adunanza camerale del 21.2.2019, sulle conclusioni scritte del P.M., la causa è stata rinviata per la trattazione in pubblica udienza.

11. Entrambe le parti hanno depositato memorie ai sensi dell'art. 378 c.p.c.

12. Il ricorrente principale ha depositato atto di nomina di nuovo difensore, avv. Arcangelo Fele, in aggiunta all'avv. Giuseppe Marziale.

RAGIONI DELLA DECISIONE

Va preliminarmente rilevata l'invalidità della nomina del nuovo difensore del Sindacato, avv. Arcangelo Fele, ai sensi dell'art. 83 cpc nel testo vigente *ratione temporis* in relazione a giudizio instaurato prima della legge 69/2009. Ed invero, nel giudizio di cassazione, il nuovo testo dell'art. 83 cod. proc. civ., secondo il quale la procura speciale può essere apposta a margine od in calce anche di atti diversi dal ricorso o dal controricorso, si applica esclusivamente ai giudizi instaurati in primo grado dopo la data di entrata in vigore dell'art. 45 della l. n. 69 del 2009 (4 luglio 2009), mentre per i procedimenti instaurati - come nella specie - anteriormente a tale data, se la procura non viene rilasciata a margine od in calce al ricorso e al controricorso, si deve provvedere al suo conferimento mediante atto pubblico o scrittura privata autenticata, come previsto dall'art. 83, secondo comma (cfr., tra le altre, Cass. 9.2.2015 n. 2460 ed, in termini, Cass. 26.3.2010 n. 7241)

RICORSO PRINCIPALE:

1. con il primo motivo, il ricorrente denuncia violazione e/o falsa applicazione degli artt. 2103, 1324, 1343, 1418 c.c., dell'art. 15 l. 300/70, degli artt. 4 e 6 d. lgs. 216/2003 e n. 215 del 2003, nonché dell'art. 28 l. 300/70 e lamenta omesso esame di fatto decisivo ai fini della decisione del giudizio, in relazione all'art. 360, n. 5, c.p.c. (riferito alla deduzione di esame apparente e/o perplesso e/o incomprensibile), rilevando di avere precisato nell'iniziale ricorso la consistenza numerica dei dipendenti dello stabilimento di Pomigliano e di avere indicato che dei 21 componenti del direttivo provinciale di Napoli presenti in quello stabilimento 17 erano stati trasferiti al Polo Logistico di Nola, circostanze di fatto che consentivano di verificare che l'80% degli iscritti al sindacato ricorrente aveva avuto tale diversa destinazione. Ritiene che pertanto i trasferimenti, per i connotati che esprimono, rientrino nelle tipologie di illiceità di cui agli

articoli menzionati nel motivo di ricorso per cassazione essendo la condotta posta in essere dalla società connotata da plurioffensività e che per l'accertamento della fattispecie discriminatoria ritorsiva e/o illecita occorra valutare anche il motivo che ha determinato il comportamento datoriale. Richiama le norme dello Statuto e dei dd. lgs. 215 e 216/2003, riferite alle condotte datoriali discriminatorie e ritorsive, attuative delle direttiva CEE 2000/78 in materia di contrasto delle discriminazioni sul lavoro, modificate, da ultimo, con d. lgs. 150/2011, non applicabile *ratione temporis*. Sostiene che gli elementi di carattere statistico, nella specie non contestati, siano stati minimizzati dalla Corte del merito, laddove ogni onere probatorio, in base al particolare regime dello stesso, a partire dalla entrata in vigore del d. lgs. 215/03, incombeva alla società, che non l'aveva assolto.

2. Con il secondo motivo, lo SLAI Cobas ascrive alla decisione impugnata violazione e/o falsa applicazione dell'art. 28 l. 300 del 1970, nonché omesso esame nei termini indicati nel precedente, evidenziando che la sentenza ha affermato che nessun danno per l'organizzazione sindacale ricorrente si è verificato con i trasferimenti effettuati, perché la società aveva allegato una serie di circostanze che denotavano la partecipazione degli iscritti alle prerogative sindacali, non contestate dal sindacato ricorrente. Assume che tali circostanze avrebbero un valore del tutto marginale e non significativo e che, diversamente da quanto argomentato dalla Corte d'appello, la esistenza della connotazione plurioffensiva dell'impugnata condotta di FCA Italy non poteva essere negata, avendo l'organizzazione sindacale ricorrente perso la gran parte dei suoi iscritti aderenti ed attivisti nello stabilimento di Pomigliano, con totale vulnerazione della possibilità stessa di esercitare l'attività sindacale in fabbrica e rilevante discredito e danno per l'immagine

stessa del sindacato, nonchè in termini di pregiudizio nei riguardi della missione istituzionale e statutaria del sindacato in relazione all'operazione aziendale tesa ad estromettere gli invalidi ed i lavoratori con RCL.

RICORSO INCIDENTALE:

3. Con il ricorso incidentale, la società si duole della violazione e falsa applicazione dell'art. 28 St. Lav., contestando i principi applicati in ordine alla rappresentatività della sigla sindacale ai fini della legittimazione attiva all'azione ai sensi dell'art. 28.

4. Deve esaminarsi il ricorso incidentale per evidenti ragioni di priorità logico giuridica.

5. Va esclusa la fondatezza dei rilievi formulati dalla società al riguardo, alla luce di consolidato orientamento giurisprudenziale di legittimità affermativo della legittimazione della Slai Cobas (cfr., tra le altre, con specifico riferimento a SLAI COBAS ed alla legittimazione ad agire ai sensi dell'art. 28 St. Lav.: Cass. 2.8.2017 n. 19272, Cass. 20.4.2012 n 6206, Cass. 17.2.2012 n. 2314, Cass. 16787/11, Cass. 16383/06).

6. E' stato precisato (cfr. Cass. n. 5209/10 cit; Cass. n. 13240/09), che non devono confondersi i requisiti di cui alla L. n. 300 del 1970, art. 19, per la costituzione di rappresentanze sindacali, titolari dei diritti di cui al titolo 3, con la legittimazione prevista ai fini dell'art. 28 della stessa legge. Mentre l'art. 19 richiede la sottoscrizione di contratti collettivi nazionali (o anche provinciali o aziendali, purché applicati in azienda), oppure, a seguito dell'intervento additivo della Corte Costituzionale con sentenza n. 231/13, la partecipazione del sindacato alla negoziazione relativa agli stessi contratti, quali rappresentanti del lavoratori, l'art. 28 richiede, invece, solo che l'associazione sia nazionale.

6.1. Anche il requisito della nazionalità è stato oggetto di numerose pronunce di questa Corte che, pur statuendo che esso non può desumersi da dati meramente formali e da una dimensione statica, puramente organizzativa e strutturale, dell'associazione, essendo necessaria anche un'azione diffusa a livello nazionale, nondimeno hanno puntualizzato che non necessariamente essa deve coincidere con la stipula di contratti collettivi di livello nazionale

6.2. Ciò che rileva è la diffusione del sindacato sul territorio nazionale, a tal fine essendo necessario e sufficiente lo svolgimento di un'effettiva azione sindacale non su tutto, ma su gran parte del territorio nazionale, senza che in proposito sia indispensabile che l'associazione faccia parte di una confederazione, né che sia maggiormente rappresentativa (così Cass. S.U. 21.12.2005 n. 28269).

6.3. Le S.U. di questa Corte hanno ribadito che, in presenza di tale requisito, devono intendersi legittimate anche le associazioni sindacali intercategoriale per le quali, peraltro, i limiti minimi di presenza sul territorio nazionale devono ritenersi più elevati di quelli di una associazione di categoria.

6.4. La Corte partenopea ha fatto corretta applicazione dei principi sopra richiamati in quanto ha ritenuto sussistente il requisito della "nazionalità" del sindacato istante sulla scorta non del dato della stipula di contratti collettivi a livello nazionale, valorizzato dalla società, ma di una serie di elementi, quali la costituzione di comitati provinciali del Sindacato Cobas in 57 province e 13 regioni, sedi delle più rilevanti realtà di fabbrica, significativa per riguardare circa la metà del territorio nazionale, e la diffusione non a carattere meramente locale, lo svolgimento di attività di rilievo nazionale come la presentazione del referendum popolare sull'art. 19 l. 300/70, in

linea con gli scopi statutari dell'associazione, la richiesta di ripristino degli automatismi della contingenza ed ulteriori iniziative afferenti a problematiche di politica sindacale rilevanti sotto l'aspetto contenutistico del requisito della "nazionalità".

7. Passando all'esame del ricorso principale, va precisato che il procedimento ex art. 28 S. L. è riservato ai casi in cui venga in questione la tutela dell'interesse collettivo del sindacato al libero esercizio delle sue prerogative, interesse che è distinto ed autonomo rispetto a quello dei singoli lavoratori. L'art. 5, comma 2, del d. lgs. 216/2003 prevede l'azione delle organizzazioni sindacali, delle associazioni e delle organizzazioni rappresentative del diritto o dell'interesse leso qualora si intenda far valere una discriminazione collettiva a danno di un gruppo di lavoratori identificati dall'appartenenza sindacale e, dunque, non individuati nominativamente in modo diretto e immediato quali persone lese dalla discriminazione (cfr. Cass. 20.7. 2018 n. 19443). Nonostante i punti di contatto, entrambe collettive ed entrambe poste a tutela di un interesse collettivo, le due azioni processuali sono diverse e la scelta della FIOM di fare rientrare l'appartenenza sindacale nel motivo delle convinzioni personali ha avuto l'effetto di rendere in parte fungibili le due azioni.

8. Nella specie il profilo dedotto, che asseritamente incide in termini negativi sull'interesse del sindacato al libero esercizio delle sue prerogative è quello della discriminatorietà della condotta, consistita nel trasferimento al Polo Logistico di Nola di un numero percentualmente elevato di lavoratori dello stabilimento di Pomigliano d'Arco iscritti al sindacato Sali Cobas.

9. Va premesso che, la nozione di discriminazione sia diretta che indiretta è stabilita dall'art. 2 del d. lgs. 216/2003, che definisce la prima come riferita alle ipotesi in cui" 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" e la seconda con riferimento ai casi in cui "una disposizione, un criterio, una prassi, un atto, un patto o un comportamento apparentemente neutri possono mettere le persone che professano una determinata religione o ideologia di altra natura, le persone portatrici di handicap, le persone di una particolare età o di un orientamento sessuale in una situazione di particolare svantaggio rispetto ad altre persone".

9.1. Con riguardo alla possibilità di includere nell'espressione "convinzioni personali" di cui all'art. 1 d. lgs. 216/2003, secondo lo spirito della direttiva 2000/78, di cui il decreto legislativo costituisce attuazione, (in particolare l'art. 4 d.lgs.216/03, prevedente il principio di parità di trattamento senza distinzione di religione, di convinzioni personali, di handicap, di età e di orientamento sessuale si applica a tutte le persone sia nel settore pubblico che privato ed è suscettibile di tutela giurisdizionale secondo le forme previste dall'articolo 4, con specifico riferimento tra l'altro, alla lett. a) all'accesso all'occupazione e al lavoro, sia autonomo che dipendente, compresi i criteri di selezione e le condizioni di assunzione) tale Direttiva stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro, individuando il campo di applicazione del provvedimento, le azioni e le misure specifiche dirette ad evitare le discriminazioni sul luogo di lavoro.

9.2. 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. "

La contiguità dei due termini, religione e convinzioni personali, separati dalle altre definizioni da una virgola, pone in rilievo l'affinità dei due concetti, senza tuttavia confonderli.

9.3. La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (c.d. Carta di Nizza) all'art. 21 ribadisce il divieto di qualsiasi forma di discriminazione.

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".

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".

9.4. Accedendosi ad una interpretazione delle norme coerente con la *ratio* della norma comunitaria letta alla luce dei principi fondamentali del Trattato, 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 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, non avrebbe avuto alcun bisogno di differenziare le ipotesi di discriminazione per motivi religiosi da quelle per convinzioni per motivi diversi.

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. 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.

9.5. Nella giurisprudenza di questa Corte non si rinvencono precedenti specifici, tuttavia in alcune pronunce di legittimità, sia pure in fattispecie aventi diverso oggetto, *incidenter tantum*, l'espressione convinzioni personali è stata qualificata 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).

9.6. Pertanto, nell'ambito della categoria generale delle convinzioni personali, caratterizzata dall'eterogeneità delle ipotesi di discriminazione ideologica estesa alla sfera dei rapporti sociali, può essere ricompresa, diversamente da quanto sostiene la società, 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.

10. Passando ad esaminare il nucleo delle doglianze espresse nel primo motivo del ricorso principale, che va individuato nei profili probatori e specificamente attiene al piano della ripartizione dei relativi oneri, va rilevato che il giudice del gravame ha escluso i caratteri di gravità precisione e concordanza degli indizi ritenendo applicabile un procedimento logico-conoscitivo di tipo presuntivo o indiziario ed attribuendo scarsa significatività al dato numerico offerto. A sostegno del proprio ragionamento ha richiamato principi desunti da pronunce della Corte di legittimità in tema di licenziamenti discriminatori o illeciti e, in linea con le affermazioni nelle stesse contenute, ha affermato che "la prova dell'intento discriminatorio cede a carico di colui che lo denuncia", pur precisando che l'onere può essere assolto attraverso il ricorso ad elementi presuntivi. Ha ritenuto il dato numerico di per sé generico e non probante in quanto non contestualizzato in termini di raffronto con dati comparativi riferiti alla consistenza ed entità dell'intero organico dello stabilimento, alla percentuale di trasferimenti di lavoratori appartenenti ad altre sigle sindacali, e ne ha sostenuto la cedevolezza rispetto alle circostanze allegate dalla società, che aveva fatto riferimento a decisioni organizzative non sindacabili, alla scelta dei lavoratori da trasferire da parte dei capi dell'UTE in base a validi elementi selettivi ispirati a criteri produttivistici.

10.1. Nell'ambito del giudizio antidiscriminatorio l'attore ha soltanto l'onere di fornire elementi di fatto, anche di carattere statistico, idonei a far presumere l'esistenza di una discriminazione, ma non è affatto previsto che i dati statistici debbano assurgere ad autonoma fonte di prova; conseguentemente, qualora il dato statistico fornito dal

ricorrente indichi una condizione di svantaggio per un gruppo di lavoratori, è onere del datore di lavoro dimostrare che le scelte sono state invece effettuate secondo criteri oggettivi e non discriminatori (cfr. art. 8 Direttiva 2000/78/CE e Par 15 dei "considerando").

10.2. Quanto all'agevolazione probatoria in favore del soggetto che lamenta la discriminazione è stato evidenziato (cfr. Cass. 27.9.2018 n. 23338, Cass. 12.10.2018 n. 25543) che le direttive in materia (n. 2000/78, così come le nn. 2006/54 e 2000/43), come interpretate della Corte di Giustizia, ed i decreti legislativi di recepimento impongono l'introduzione di un meccanismo di agevolazione probatoria o alleggerimento del carico probatorio gravante sull'attore "prevedendo che questi allegghi e dimostri circostanze di fatto dalle quali possa desumersi per inferenza che la discriminazione abbia avuto luogo, per far scattare l'onere per il datore di lavoro di dimostrare l'insussistenza della discriminazione", (cfr. Cass. n. 14206 del 2013, in materia di discriminazione di genere), con l'ulteriore precisazione che "nulla ... autorizza a ritenere il suddetto regime probatorio applicabile solo all'azione speciale e, del resto, una interpretazione in senso così limitativo confliggerebbe con i principi posti dal legislatore comunitario". L'agevolazione probatoria in tanto può realizzarsi in quanto l'inversione dell'onere venga a situarsi in un punto del ragionamento presuntivo anteriore rispetto alla sua completa realizzazione secondo i canoni di cui all'art. 2729 c.c., finendosi altrimenti per porre a carico di chi agisce l'onere di una prova piena del fatto discriminatorio, ancorché raggiunta per via presuntiva. Il lavoratore deve provare il fattore di rischio, il trattamento che assume come meno favorevole rispetto a quello riservato a soggetti in condizioni analoghe e non portatori del fattore di rischio, deducendo una correlazione significativa fra questi elementi che rende plausibile la discriminazione; il datore di lavoro deve

dedurre e provare circostanze inequivoche, idonee a escludere, per precisione, gravità e concordanza di significato, la natura discriminatoria del recesso, in quanto dimostrative di una scelta che sarebbe stata operata con i medesimi parametri nei confronti di qualsiasi lavoratore privo del fattore di rischio, che si fosse trovato nella stessa posizione, (cfr. Cass. n. 14206/13 coerente con le indicazioni espresse dalla Corte di Giustizia 17.7.08, C303/06 Coleman, 10.7.08 C-54/07 Feryn, 16.7.15 C- 83/14 Chez).

10.3. Quali che siano i termini in cui si declina la prova semipiena di cui è onerato il ricorrente, se prova di una porzione di fattispecie, o prova di probabilità "attenuata" del nesso causale, ciò che è significativo è che al raggiungimento della stessa si sposta sul convenuto (resistente) il rischio della mancata controprova dell'insussistenza del nesso di causalità tra la disparità ed il fattore (in aggiunta al rischio delle mancata prova della sussistenza di fatti impeditivi, come da regime ordinario). Se quest'ultimo onere non è assolto, la regola di giudizio applicabile determinerà l'accoglimento del ricorso, benché gli elementi di fatto dedotti dal ricorrente lascino un margine di incertezza circa la sussistenza di tutti i fatti costitutivi della fattispecie discriminatoria. Ciò consente di ritenere, quindi, che, nel regime speciale applicabile nei giudizi antidiscriminatori, si configuri un'inversione, seppure parziale, dell'onere probatorio. Si ritiene che si configuri una "presunzione" di discriminazione indiretta qualora sia accertato che l'applicazione del criterio astrattamente neutro pregiudichi in percentuale molto più elevata i soggetti portatori in fattore di rischio rispetto ai non portatori. Solo laddove questo fatto sia accertato, spetta al datore di lavoro dimostrare il contrario (cfr. CGUE C226-98 Jorgensen, in materia di discriminazione per sesso). Laddove si afferma che il datore debba provare "il contrario", ci si riferisce sia alla prova contraria della

sussistenza dei fatti costitutivi (ad esempio, la disparità di trattamento non è collegata al criterio o l'impatto pregiudizievole del criterio è smentito sulla base di altri dati statistici, da cui risulti "meno che particolare"), sia alla prova dei fatti impeditivi, di cui il datore è gravato in base alle regole generali. La prova della sussistenza di cause di giustificazione non può qualificarsi come prova contraria dell'insussistenza di un fatto costitutivo della fattispecie: non smentisce l'impatto pregiudizievole del criterio, lo scrimina.

10.4. Un'automatica applicazione del meccanismo di cui all'art. 2729 c.c. non è, per quanto detto, conforme alla normativa europea e la lettura della norma di cui all'art. 4 del d. lgs. 216/2003 (a cui, peraltro, ha fatto seguito l'introduzione dell'art. 28 del d. lgs. n. 150/2011, preceduta dall'apertura di una procedura di infrazione nei confronti dell'Italia da parte della Commissione europea per mancata osservanza dei criteri dettati in materia dalla direttiva) deve essere quella che non si tratta di una vera e propria inversione dell'onere probatorio, bensì di un'agevolazione in favore del soggetto che lamenta la discriminazione e che potrebbe trovarsi in una situazione di difficoltà a dimostrare l'esistenza degli atti discriminatori, soprattutto nei casi di coinvolgimento di una pluralità di lavoratori.

10.5. Parzialmente diverso (rispetto all'art. 4, comma 4, d. lgs. 216/2003) è il tenore del comma 4 dell'art. 28 d. lgs. n. 150/2011 (pacificamente non applicabile nella specie *ratione temporis*), secondo cui "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 professione in carriera e ai licenziamenti

dell'azienda interessata". Tuttavia, dovendo escludersi che le due norme costituiscano un inutile doppione della regola generale prevista dall'art. 2729, co. 2, c.c., il loro confronto è tale da indurre a ritenere la mancanza del requisito di "gravità", sul piano dell'assolvimento dell'onere della prova che richiede per il ricorrente il conseguimento di un grado di certezza inferiore rispetto a quello consueto.

10.6. Sulla base di tali premesse deve ritenersi erronea la sentenza impugnata laddove ha addossato l'onere probatorio definito attraverso il richiamo integrale ai canoni dell'art. 2729 c.c. al sindacato, senza tener conto del descritto criterio di agevolazione che si esprime in una diversa ripartizione degli oneri di allegazione e soprattutto della relativa prova.

10.7. In particolare, deve dissentirsi dalle affermazioni della Corte partenopea in quanto, rispetto al dato, rilevante ed incontrastato, secondo cui i trasferimenti hanno interessato il 6% degli addetti allo stabilimento, per quel che riguarda gli iscritti al sindacato ricorrente ne sono stati fatti oggetto in misura dell'80%. E rispetto a tale inconfutabile dato non può ritenersi correttamente valutata la l'assenza di discriminatorietà, la cui dimostrazione è stata considerata fornita con riferimento al criterio della valutazione dei criteri di scelta da parte dei capi dell'UTE con richiamo ad un "criterio produttivistico", terminologicamente privo di precisa valenza e significato ai fini considerati, di fronte al dato statistico fornito *ex adverso*. Né risulta appagante e dirimente la generica valutazione compiuta con riguardo alla circostanza, rilevante sul piano del controllo di effettività delle ragioni tecniche organizzative e produttive richiamate a fondamento della scelta imprenditoriale, della inattività dei lavoratori trasferiti presso il polo logistico di Nola.

10.8. Va poi, rilevato, in adesione a quanto già osservato da questa Corte, che la definizione della condotta antisindacale di cui all'art. 28 dello Statuto dei lavoratori non è analitica ma teleologica, poiché individua il comportamento illegittimo non in base a caratteristiche strutturali, bensì alla sua idoneità a ledere i "beni" protetti. Ne consegue che il comportamento che leda oggettivamente gli interessi collettivi di cui sono portatrici le organizzazioni sindacali integra gli estremi della condotta antisindacale di cui all'art. 28 dello Statuto dei lavoratori, senza che sia necessario - né, comunque, sufficiente - uno specifico intento lesivo da parte del datore di lavoro, poiché l'esigenza di una tutela della libertà sindacale può sorgere anche in relazione a un'errata valutazione del datore di lavoro circa la portata della sua condotta, così come l'intento lesivo del datore di lavoro non può di per sé far considerare antisindacale una condotta che non abbia rilievo oggettivamente tale da limitare la libertà sindacale (cfr. Cass. 17.6.2014 n. 13726).

11. Quanto al secondo motivo del ricorso principale, è evidente il suo assorbimento per effetto dell'accoglimento del primo, che impone, a seguito della cassazione della decisione *in parte qua*, la revisione dell'esame da parte del giudice del rinvio designato in motivazione, sulla base di corretta applicazione del regime probatorio.

12. Tale giudice provvederà anche alla determinazione delle spese del presente giudizio di legittimità.

13. Ai sensi dell'art. 13, co. 1 quater, del D.P.R. n. 115 del 2002, deve darsi atto della sussistenza dei presupposti per il versamento, da parte della ricorrente incidentale, dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello dovuto per il ricorso incidentale, a norma del comma 1 bis dello stesso art. 13;

P.Q.M.

La Corte accoglie il primo motivo del ricorso principale, assorbito il secondo, rigetta il ricorso incidentale, cassa la decisione impugnata in relazione al motivo accolto e rinvia alla Corte d'appello di Napoli, in diversa composizione, cui demanda di provvedere anche alla liquidazione delle spese del presente giudizio di legittimità.

Ai sensi del D.P.R. 30 maggio 2002 art. 13, comma 1 quater, dà atto della sussistenza dei presupposti per il versamento, da parte della ricorrente incidentale, dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello dovuto per il ricorso incidentale, a norma dell'art.13, comma 1 bis, del citato D.P.R.

Così deciso in Roma, in data 23 maggio 2019

Il Consigliere est.

Dott. Rosa Arienzo

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.

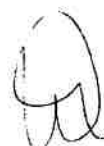
La costituzione in giudizio degli appellati e l'appello incidentale

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.

Evidenzia 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 più 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 dichiari 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.**"

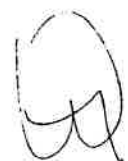
Tale disciplina risponde perfettamente all'art. 19 della direttiva europea 54/2006, a norma del quale "Gli stati membri secondo i loro sistemi giudiziari adottano i provvedimenti necessari affinché spetti alla parte convenuta provare l'insussistenza della violazione del principio della parità di trattamento 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 ispecie 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 forzata 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 forzata 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 lavoro può senz'altro ritenersi non più necessaria alla luce dell'assenza di specifiche indicazioni in merito al difetto dei requisiti professionali per l'assunzione.

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 puo' 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 e' 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

[Handwritten signature]

Il Presidente

[Handwritten signature]

CORTE DI APPELLO DI ROMA
Sezione Lavoro e Previdenza
DEPOSITATO IN CANCELLERIA
II 19 OTT 2012
IL FUNZIONARIO GIUDIZIARIO
D.ssa Francesca Durante

MORRICO

~~XXXXXXXXXX~~

5581.14

11 MAR 2014

AULA 'A'

SEGRETERIA REGISTRAZIONE ESSENTE PRIVIL. ESSENTE PRIVILEGIATA



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE

SEZIONE LAVORO

Oggetto

[Empty box]

R.G.N. 294/2013

Cron. 5581

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

Rep.

- Dott. FABRIZIO MIANI CANEVARI - Presidente - Ud. 11/02/2014
- Dott. GIANFRANCO BANDINI - Rel. Consigliere - PU
- Dott. GIUSEPPE NAPOLETANO - Consigliere -
- Dott. UMBERTO BERRINO - Consigliere -
- Dott. ROSA ARIENZO - Consigliere -

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

sul ricorso 294-2013 proposto da:

FABBRICA ITALIA POMIGLIANO S.P.A. C.F. 07857410018, in persona del Buf. Garafalo Sebastiano, Amministratore Delegato (legale) rappresentante pro tempore, elettivamente domiciliata in ROMA, PIAZZA CAVOUR, 19, presso lo studio dell'avvocato DE LUCA TAMAJO RAFFAELE, che la rappresenta e difende unitamente agli avvocat OLIVIERI GIUSEPPE, DIRUTIGLIANO DIEGO, MASTROIANN ROBERTO, giusta delega in atti;

- **ricorrente** -

contro

FIOM - CGIL NAZIONALE C.F. 80184210583, in persona del

Stampa circolare della Corte di Cassazione con dati: DA BOLLO 015.93, 01/NOV/13, UTM2014, 09/14/14, 09:14:02, 4578-00010, 77A35C7A6F73D795, IDENTIFICATIVO: 01111798955963

Stampa circolare della Corte di Cassazione con dati: MARCA, Ministero dell'Economia e delle Finanze, Venezia, 13/03/2014, 09:14:02, 4578-00010, 77A35C7A6F73D795, IDENTIFICATIVO: 01111798955963

Barcode: 0 1 13 119895 596 3

2014

492

Segretario Generale pro tempore Sig. Landini Maurizio,
che agisce in nome e per conto dei lavoratori signori:
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, SANGIOVANNI MICHELE,
nonche' ai sensi del comma 2 articolo 5 cit., per le
persone non individuabili in modo diretto ed immediato,
lese dalla discriminazione, elettivamente domiciliata
in ROMA, VIA GERMANICO 172, presso lo studio
dell'avvocato PANICI PIER LUIGI, che la rappresenta e
difende unitamente agli avvocati COSSU BRUNO, MARTINO
VINCENZO, FOCARETA FRANCO, RECCHI EMILIA, ALLEVA
PIERGIOVANNI, PICCININI ALBERTO, FERRARA RAFFAELE, POLI
ELENA, giusta delega in atti;

- **controricorrente** -

nonchè contro

GRAZIANO PASQUALE, DAMIANI FRANCESCO, DELLA MAGNA CIRO;

- **intimati** -

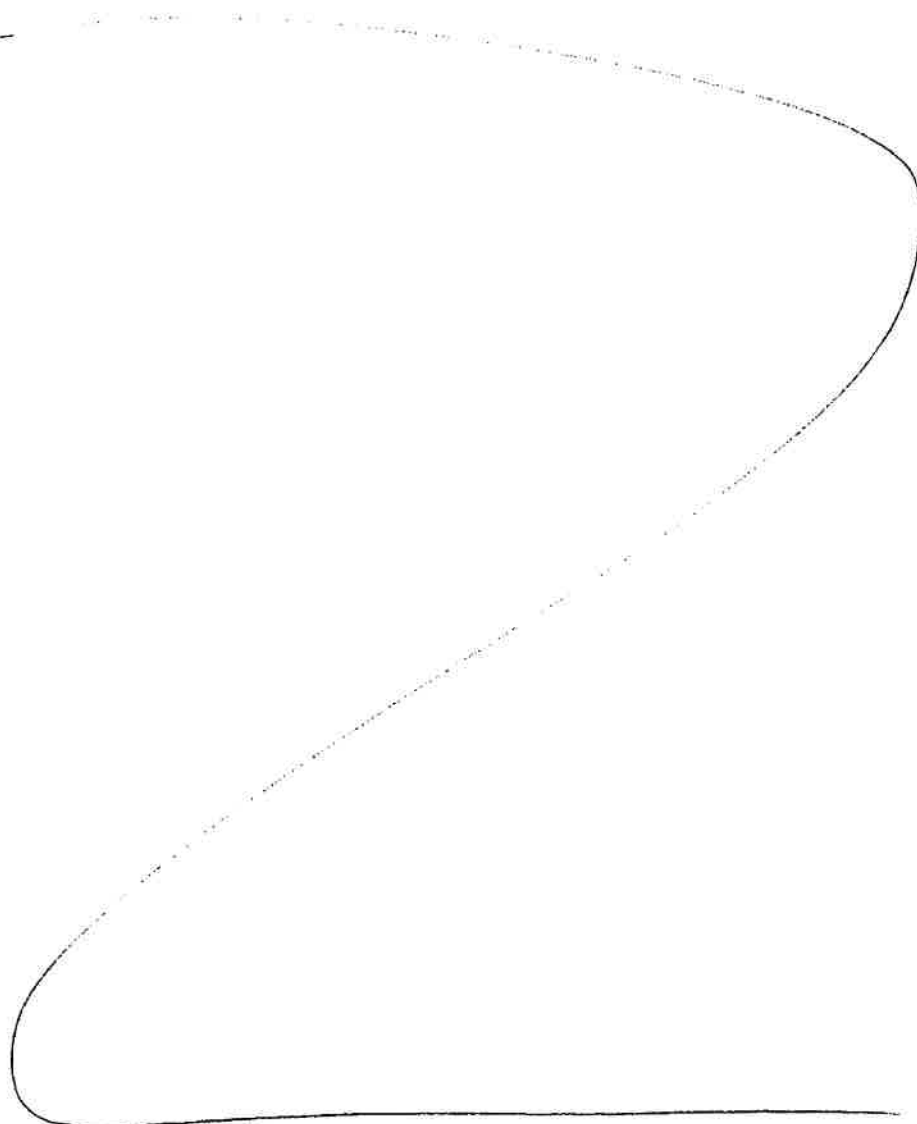
avverso l'ordinanza senza numero della CORTE D'APPELLO
di ROMA, depositata il 19/10/2012 r.g.n. 5080/2012 + 1;
udita la relazione della causa svolta nella pubblica
udienza del 11/02/2014 dal Consigliere Dott. GIANFRANCO

BANDINI;

uditi gli Avvocati DE LUCA TAMAJO RAFFAELE, OLIVIERI
GIUSEPPE, MASTROIANNI ROBERTO;

uditi gli Avvocati PANICI PIER LUIGI, COSSU BRUNO;

udito il P.M. in persona del Sostituto Procuratore
Generale Dott. MARCELLO MATERA, che ha concluso per il
rigetto del ricorso.



SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Con ricorso ai sensi degli articoli 28 dl.vo n. 150/11 e 702 bis cpc, la FIOM - CGIL Nazionale (qui di seguito, per brevità, indicata anche come FIOM), dichiarando di agire in nome e per conto dei lavoratori 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 Giovanna, Niglio Aniello, Petillo Aniello, Pulcrano Angelo, Rea Maurizio, Ruggiero Francesco e Sangiovanni Michele, nonché in nome delle altre persone, non individuabili in modo diretto ed immediato, lese dalla dedotta discriminazione, chiese al Tribunale di Roma, in funzione di Giudice del lavoro: di accertare che l'esclusione dall'assunzione dei lavoratori suoi iscritti da parte di Fabbrica Italia Pomigliano spa (qui di seguito, per brevità, indicata anche come FIP) configurava una discriminazione collettiva ai sensi del dl.vo n. 213/03, nonché degli artt. 3 e della 4 Costituzione e dell'art. 15 Statuto dei Lavoratori; di ordinare la cessazione del comportamento discriminatorio e, al fine della rimozione dei suoi effetti, nonché di impedirne la ripetizione, di ordinare alla FIP di assumere i 19 lavoratori nominativamente indicati, nonché tutti i lavoratori in atto iscritti alla FIOM, quantomeno in numero tale da ristabilire, e mantenere, tra essi e il totale degli assunti, il rapporto proporzionale

preesistente tra gli iscritti alla FIOM e i lavoratori in forza alla Fiat Group Automobiles spa (qui di seguito, per brevità, indicata anche come FGA) nello stabilimento di Pomigliano; di adottare ogni altro opportuno provvedimento idoneo a rimuovere gli effetti della denunciata discriminazione e ad impedirne la ripetizione.

Radicalosi il contraddittorio e sulla resistenza della FIP, il Giudice adito:

- dichiarò la natura di discriminazione collettiva dell'esclusione dalle assunzioni dei lavoratori dello stabilimento di Pomigliano iscritti alla FIOM ed ordinò alla FIP di cessare dal comportamento discriminatorio e di rimuoverne gli effetti;
- ordinò a tal fine alla FIP 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 della FIOM;
- condannò la FIP al risarcimento del danno non patrimoniale, liquidato in complessivi euro 3.000,00 per ciascuno, in favore dei 19 lavoratori nominativamente rappresentati dalla FIOM, oltre agli accessori di legge dall'attualità al saldo.

Con ordinanza del 9-19.10.2012, la Corte d'Appello di Roma, pronunciando sugli appelli principali, di identico contenuto, proposti dalla parte datoriale e sull'appello incidentale della Fiom, con l'intervento dei lavoratori (già addetti allo stabilimento di Pomigliano

e non iscritti alla FIOM) Graziano Pasquale, Damiani Francesco e Della Magna Ciro, così provide:

- dichiarò la natura di discriminazione collettiva dell'esclusione dalle assunzioni dei lavoratori dello stabilimento di Pomigliano iscritti alla FIOM;
- ordinò alla FIP di cessare dal comportamento discriminatorio e di rimuoverne gli effetti;
- ordinò alla FIP di predisporre e attuare nel termine di 180 giorni dalla comunicazione dell'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 alla FIOM risultante al momento della presentazione del ricorso di primo grado, che avrebbe dovuto essere fornito dall'associazione sindacale entro il termine di 30 giorni dalla data di comunicazione dell'ordinanza stessa, elenco aggiornato in relazione alle eventuali disdette intervenute *medio tempore*;
- dichiarò la natura di discriminazione individuale dell'esclusione dalle assunzioni presso lo stabilimento di Pomigliano dei lavoratori nominativamente indicati nel ricorso introduttivo;
- ordinò alla FIP di cessare dal comportamento discriminatorio e di assumere nel termine di 40 giorni dalla comunicazione dell'ordinanza i suddetti lavoratori;


- rigettò le domande proposte dagli intervenuti;
- pur non specificandolo nel dispositivo, in accoglimento dell'appello principale, riformò, escludendola, la condanna al risarcimento del danno non patrimoniale disposta dal primo Giudice in favore dei 19 lavoratori nominativamente rappresentati dalla FIOM.

A sostegno del *decisum* la Corte territoriale ritenne che:

- avuto riguardo all'oggetto della tutela azionata doveva ritenersi l'ammissibilità del ricorso nelle forme di cui all'art. 28 dl.vo n. 150/11;
- doveva ritenersi che la direttiva 2000/78/CE, tutelando le convinzioni personali avverso le discriminazioni, aveva dato ingresso nell'ordinamento comunitario al formale riconoscimento, seppure nel solo ambito della regolamentazione dei rapporti di lavoro, della cosiddetta libertà ideologica, il cui ampio contenuto poteva essere stabilito anche facendo riferimento all'art. 6 del Trattato dell'Unione Europea e, quindi, della Convenzione europea dei diritti dell'uomo; se il legislatore comunitario avesse voluto comprendere nelle convinzioni personali solo quelle assimilabili al carattere religioso, come sostenuto dall'appellante principale, non avrebbe avuto bisogno di differenziare le ipotesi di discriminazioni per motivi religiosi da quelle per convinzioni per motivi diversi; doveva pertanto ritenersi che l'ampia nozione di "convinzioni personali" racchiudeva una serie di categorie di ciò che poteva essere definito il "dover

essere" dell'individuo, dall'etica alla filosofia, dalla politica in senso lato alla sfera dei rapporti sociali; il contenuto dell'espressione "convinzioni personali", richiamato dall'art. 4 dl.vo n. 216/03, non poteva essere perciò interpretato che nel contesto del sistema normativo speciale in cui era inserito, **restando irrilevante che in altri testi normativi la medesima espressione potesse essere stata utilizzata come alternativa al concetto di opinioni politiche o sindacali;** l'affiliazione sindacale rappresentava la professione pragmatica di un'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; pertanto, nell'ambito della categoria generale delle convinzioni personali caratterizzata dall'eterogeneità delle ipotesi di discriminazione ideologica, poteva 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;

- sussistevano nella fattispecie **i presupposti dell'azione collettiva per discriminazione diretta ai sensi dell'art. 5, comma 2, dl.vo n. 216/03,** da non confondersi con l'azione svolta in rappresentanza dei



lavoratori nominativamente indicati, per la quale la legittimazione ad agire era disciplinata dal comma 1 del medesimo articolo di legge;

- la questione dell'assunzione o meno di un obbligo diretto a contrarre da parte della FIP era del tutto irrilevante, in quanto tale Società aveva proceduto alle assunzioni dei lavoratori attingendo al bacino di provenienza della FGA, di fatto onorando l'impegno assunto per suo conto da quest'ultima, cosicché tale attività avrebbe dovuto essere svolta nel pieno rispetto di tutte le disposizioni di legge, ivi comprese quelle relative al divieto di discriminazioni;
- alla stregua del disposto dell'art. 28 dl.vo n. 150/11, in linea con quanto imposto dalle direttive n. 2000/43/CE e n. 2000/78/CE, sul bilanciamento dell'onere probatorio, il ricorrente vittima di una discriminazione poteva limitarsi a fornire in giudizio gli elementi di fatto dai quali poteva desumersi *prima facie* l'esistenza della discriminazione, spettando quindi alla parte convenuta l'onere di provare l'insussistenza della discriminazione; nell'ottica volta a favorire il soggetto danneggiato, che avrebbe potuto trovarsi in una situazione di difficoltà a dimostrare l'esistenza degli atti discriminatori, doveva essere letto anche il richiamo alla possibilità di fornire elementi di fatto desunti anche da dati di carattere statistico, i quali, peraltro, non dovevano necessariamente avere caratteristiche di scientificità tali da poter assurgere ad autonoma fonte di prova; nel caso all'esame la parte originariamente ricorrente aveva allegato

quali elementi di fatto la consistenza dell'organico nello stabilimento di Pomigliano al gennaio/luglio del 2011 (4.367 dipendenti), il numero degli assunti dalla FIP provenienti dal bacino di Pomigliano al giugno 2012 (1.893), il numero degli iscritti alla Fiom al gennaio 2011 (382), la circostanza che nessun lavoratore iscritto alla Fiom risultava essere stato assunto dalla FIP al momento della presentazione del ricorso; la simulazione statistica dimessa dalla Fiom in primo grado appariva assolutamente corretta sul piano metodologico, avendo preso come riferimento grandezze omogenee e l'esito di tale simulazione aveva dimostrato che, in una selezione casuale, le probabilità che nessuno degli iscritti alla Fiom fosse stato selezionato per l'assunzione ammontava ad una su dieci milioni, il che faceva risaltare maggiormente la percentuale pari a zero di iscritti alla Fiom assunti dalla FIP nel giugno 2012; sarebbe spettato quindi alla FIP dimostrare l'erroneità dei dati probabilistici, 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; a fronte della precisazione dell'appellante principale che il reparto stampaggio era rimato in capo alla FGA e del fatto, dedotto ma non dimostrato, che i lavoratori iscritti alla Fiom risultavano addetti a tale reparto, la Fiom, nella memoria di costituzione, aveva fatto risultare che uno dei lavoratori facenti parte di quelli che avevano disdettato l'affiliazione alla stessa



FIOM nel corso del 2001 era stato assunto nonostante fosse addetto a tale reparto;

- l'accertamento operato dal primo Giudice aveva dimostrato che i dati fattuali dedotti ed inerenti ad un campione significativo relativo al raggiungimento della verifica concordata al primo anno costituivano una valida rappresentazione del *modus operandi* della Società;
- la FIP, a fronte dei dati forniti dall'originaria ricorrente, non aveva in alcun modo dimostrato che i lavoratori assunti possedessero, rispetto agli operai iscritti alla FIOM, una professionalità tale da integrare i requisiti richiesti, nel mentre, al fine di dimostrare la legittimità del suo comportamento, avrebbe dovuto provare in concreto l'adozione dei criteri secondo cui 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 onere probatorio non era stato assolto neppure nei confronti dei lavoratori nominativamente indicati;
- doveva escludersi che, nella fattispecie, come sostenuto dall'appellante principale, ricorressero i presupposti della deroga prevista dall'art. 3, comma 3, dl.vo n. 216/03, dovendo peraltro rilevarsi che configurava un'intrinseca contraddizione l'aver sostenuto, da un lato, che le assunzioni erano state regolate dalla



FIP sulla base di criteri oggettivi e non soggettivi e, dall'altro, che l'affiliazione alla Fiom costituiva un requisito essenziale e determinante ai fini dello svolgimento dell'attività lavorativa e che, come tale, poteva essere preso a giustificazione della mancata assunzione e della ricorrenza della suddetta deroga;

- in relazione al principio di libertà dell'iniziativa economica, la tutela in forma specifica, nella misura in cui imponeva coattivamente l'adempimento, condizionava l'interesse della parte datoriale a ricevere la prestazione, non essendo compito del giudice sindacare le scelte discrezionali della datrice di lavoro, ma non potendo l'autonomia privata essere richiamata per giustificare scelte illecite e, in concreto, discriminatorie e lesive del diritto al lavoro; nel caso di specie l'esercizio del potere discrezionale da parte della FIP aveva dato luogo ad un'ipotesi illecita di discriminazione diretta ai danni dei lavoratori affiliati alla Fiom nei confronti dei quali era sorto il diritto all'eliminazione della disparità di trattamento subita e solo in tali termini era concepibile la garanzia di effettività della tutela accordata dall'art. 28 dl.vo n. 150/01; peraltro l'obbligo di assunzione imposto dal Tribunale conservava in capo alla 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;



- il mancato assolvimento dell'onere probatorio gravante sulla parte datoriale aveva consolidato in capo ai lavoratori nominativamente indicati il diritto all'assunzione, in quanto la scelta della parte datoriale doveva ritenersi non più necessaria, stante l'assenza di specifiche indicazioni in merito al difetto dei requisiti professionali per l'assunzione, onde l'ordinanza del primo Giudice doveva essere parzialmente riformata in tal senso;
- nel caso specifico, coinvolgente l'interesse di un numero considerevole di lavoratori, l'effettività e concretezza della tutela, anche in un'ottica preventiva delle future assunzioni, poteva 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 alla FIOM;
- la doglianza dell'appellante principale relativa al disposto risarcimento dei danni non patrimoniali era fondata, in quanto le allegazioni fornite circa il concreto pregiudizio subito erano estremamente vaghe e, come tali, inidonee a suffragare la domanda;
- l'avvenuto intervento in causa non era fondato, dovendo considerarsi, oltre alle ragioni di rigetto delle analoghe censure svolte dall'appellante principale, che non poteva ritenersi che la tutela accordata in ipotesi di discriminazione vietata potesse essa stessa

costituire una condotta illecita o discriminatoria e, come tale, suscettibile di essere rimossa.

Avverso l'anzidetta ordinanza della Corte territoriale, la Fabbrica Italia Pomigliano spa ha proposto ricorso per cassazione fondato su dodici motivi e illustrato con memoria.

La FIOM - CGIL Nazionale, in nome e per conto dei lavoratori già nominativamente indicati, nonché in nome delle altre persone, non individuabili in modo diretto ed immediato, lese dalla dedotta discriminazione, ha resistito con controricorso; ha depositato memoria illustrativa, eccependo l'inammissibilità del ricorso per sopravvenuta carenza dell'interesse ad agire, stante l'avvenuta cessione, a far data dal 1°3.2013, da parte della FIP ed a favore della FGA, del complesso aziendale sito in Pomigliano d'Arco.

Gli intimati Graziano Pasquale, Damiani Francesco e Della Magna Ciro non hanno svolto attività difensiva.

MOTIVI DELLA DECISIONE

1. Con il primo motivo la ricorrente deduce che il provvedimento d'appello avverso l'ordinanza conclusiva del procedimento sommario di cognizione deve assumere, oltre alla sostanza, anche la forma della sentenza, essendo regolato dalla disciplina generale, ed insta, assumendo trattarsi di questione di particolare importanza, per l'enunciazione del principio di diritto ai sensi dell'art. 384, comma 1, cpc.

Con il secondo motivo la ricorrente denuncia la nullità del provvedimento impugnato, dolendosi che la Corte territoriale abbia ritenuto ammissibile il rito di cui all'art. 28 dl.vo n. 150/11, anziché quello di cui all'art. 28 Statuto dei Lavoratori.

Con il terzo motivo, denunciando violazione dell'art. 5, comma 2, dl.vo n. 210/03, la ricorrente deduce che presupposto della legittimazione del sindacato a tutelare i propri iscritti contro episodi di discriminazione è che i soggetti discriminati non siano individuabili, laddove, nel caso di specie, erano individuabili (e addirittura identificati sulla base della documentazione prodotta *ex adverso*) i lavoratori affiliati alla FIOM al gennaio 2011.

Con il quarto motivo la ricorrente sostiene che la normativa italiana di cui al decreto legislativo n. 216/03, di attuazione della direttiva 2000/78/CE per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro, laddove fa riferimento alle "*convinzioni personali*", deve essere letta alla luce delle previsioni della predetta direttiva; nell'art. 1 di quest'ultima, il riferimento alle "*convinzioni personali*", strettamente collegato alla "*religione*", comporta che la prima locuzione si riferisce non a qualsiasi convinzione di natura ideologica, bensì a quel credo individuale assimilabile, per la sua particolare coerenza e pervasività, ad una fede religiosa; dal che discende che le "*convinzioni personali*" non possono essere ritenute diverse da quelle basate su determinate credenze religiose o ad

esse assimilabili e non si riferiscono quindi alle opinioni personali di natura politica o di altro genere.

Con il quinto motivo la ricorrente denuncia violazione degli artt. 6 del TUE e 16 della Carta europea dei diritti fondamentali con riferimento ai provvedimenti adottati nella ordinanza impugnata in relazione ai disposti obblighi di assunzione, assumendone la contrarietà con il diritto dell'impresa di dimensionarsi in ragione delle proprie esigenze produttive.

Rispetto al quarto e al quinto motivo la ricorrente avanza inoltre richiesta subordinata di rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea.

Con il sesto motivo, denunciando violazione di plurime norme di diritto, la ricorrente si duole che la Corte territoriale abbia fondato la propria decisione su un modello statistico erroneamente condiviso, benché basato su dati certamente errati e parziali, negando al contempo l'ammissibilità e rilevanza delle prove liberatorie offerte da essa ricorrente.

Con il settimo motivo la ricorrente deduce che la Corte territoriale, con le statuizioni relative ai disposti obblighi di assunzione, ha violato il diritto dell'imprenditore, desumibile dall'art. 41 della Costituzione, di dimensionare secondo valutazioni discrezionali il proprio organico.

Con l'ottavo motivo, denunciando vizio di motivazione, la ricorrente si duole che la Corte territoriale abbia ritenuto la sussistenza di obblighi

legali o contrattuali in capo ad essa ricorrente di assumere i lavoratori di Pomigliano, con le relative conseguenze sul merito della controversia.

Con il nono motivo la ricorrente denuncia la nullità del provvedimento impugnato per non avere riconosciuto l'inammissibilità dell'appello incidentale della FIOM, stante il difetto di motivi specifici di gravame.

Con il decimo motivo la ricorrente, denunciando violazione degli artt. 3 e 41 della Costituzione, deduce che l'appello incidentale della FIOM, oltre che inammissibile, avrebbe dovuto essere dichiarato infondato, perché l'ordine di assunzione dei lavoratori nominativamente indicati ha violato il diritto dell'imprenditore di dimensionare secondo valutazioni discrezionali il proprio organico e di individuare fra gli aventi diritto quelli muniti delle capacità tecnico - professionali richieste nell'organizzazione produttiva.

Con l'undicesimo motivo la ricorrente denuncia violazione di plurime norme di diritto, nonché vizio di motivazione, in ordine alla disposta condanna all'assunzione dei lavoratori nominativamente indicati, non essendo stata fornita la dimostrazione del perché tali lavoratori fossero non solo iscritti alla FIOM, ma dovessero rientrare nella quota di lavoratori di tale sindacato destinata all'assunzione.

Con il dodicesimo motivo, denunciando violazione dell'art. 2697, commi 1 e 2, cc, la ricorrente deduce che l'errata ricostruzione dei fatti integranti la fattispecie costitutiva del diritto fatto valere con

l'appello incidentale della FIOM ha, simultaneamente, comportato la violazione della regola di giudizio contenuta nella normativa rubricata.

2. È logicamente preliminare la disamina dell'eccezione di inammissibilità del ricorso, per sopravvenuta carenza dell'interesse ad agire, svolta dalla controricorrente nella memoria illustrativa.

2.1 Al riguardo, in base alla documentazione prodotta dalle parti (ammissibile siccome pertinente alla valutazione dell'ammissibilità del ricorso, giusta la previsione dell'art. 372 cpc), risulta che, con atto del 26.2.2013 (successivo alla notifica del ricorso) e con efficacia dal 1°.3.2013, la Fabbrica Italia Pomigliano spa ha ceduto alla Fiat Group Automobiles spa il "complesso aziendale operante nel sito industriale di Pomigliano d'Arco (NA), via ex Aeroporto senza numero civico, e destinato alle attività di produzione e assemblaggio dell'autovettura modello Fiat Panda" e quindi, fra l'altro, lo stabilimento interessato alle assunzioni per cui è causa; nel medesimo atto di cessione è previsto, per quanto qui specificamente rileva, che, ai sensi e per gli effetti dell'art. 2112 cc, i rapporti di lavoro con i dipendenti (elencati in apposito allegato) sarebbero continuati con la Società cessionaria.

Risulta inoltre che uno dei difensori della FIP ha comunicato ai difensori della FIOM che la medesima FIP non avrebbe dato "corso alle ulteriori assunzioni di cui al provvedimento emesso dalla Corte di

Appello di Roma in data 19.10.2012, avendo cessato ogni attività produttiva" per avere ceduto la stabilimento alla FGA, "società di cui i lavoratori assumendi sono già dipendenti".

2.2 La giurisprudenza di questa Corte è costante nell'affermare che l'interesse all'impugnazione, il quale costituisce manifestazione del generale principio dell'interesse ad agire, sancito, quanto alla proposizione della domanda ed alla contraddizione alla stessa, dall'art. 100 cpc, va apprezzato in relazione all'utilità concreta derivabile alla parte dall'eventuale accoglimento del gravame, ossia alla sussistenza di un interesse identificabile nella possibilità di conseguire una concreta utilità o un risultato giuridicamente apprezzabile, attraverso la rimozione della statuizione censurata, e non già di un mero interesse astratto a una più corretta soluzione di una questione giuridica (cfr. *ex plurimis*, Cass., 3472/1999; 13091/2003; 15623/2005; 9877/2006; 1755/2006; 11844/2006); al contempo è stato altresì condivisibilmente affermato che l'interesse ad agire (e, quindi, anche ad impugnare), deve sussistere non solo nel momento in cui è proposta l'azione o l'impugnazione, ma anche nel momento della decisione in relazione alla quale, ed in considerazione della domanda originariamente formulata, va valutata la sussistenza di tale interesse (cfr. *ex plurimis*, Cass., SU, n. 25278/2006).

2.3 Nel caso di specie, avuto riguardo al contenuto della domanda e delle conseguenti statuizioni rese nell'ordinanza impugnata deve rilevarsi che:

- l'azione svolta non è di mero accertamento, bensì diretta ad ottenere l'effetto concreto, in relazione alle assunzioni presso lo stabilimento di Pomigliano, derivante dalla cessazione della denunciata discriminazione ai danni degli affiliati alla FIOM;
- le disposizioni rese nell'ordinanza impugnata, quali diffusamente già esposte, sono espressamente dirette ad imporre alla FIP le indicate assunzioni presso lo stabilimento di Pomigliano, facente parte del complesso aziendale oggetto della ricordata cessione;
- stante il contenuto specifico di tali statuizioni, non rileva pertanto, ai fini della valutazione della permanenza dell'interesse all'impugnazione, che la FIP, com'è pacifico, continui ad esistere, anche dopo la cessione del complesso aziendale, quale soggetto dotato di autonoma personalità giuridica.

Deve allora convenirsi che la FIP, non essendo più proprietaria dello stabilimento presso il quale avrebbero dovuto essere effettuate le ulteriori assunzioni di affiliati alla FIOM ovvero presso il quale già siano state effettuate le assunzioni dei lavoratori nominativamente indicati, non ha più alcun concreto ed attuale interesse alla rimozione delle statuizioni rese nell'ordinanza impugnata, posto che:

- in alcun modo potrà conseguire un pregiudizio dal mantenimento presso il suddetto stabilimento dei lavoratori assunti (che erano, prima dell'assunzione, dipendenti della FGA e che tali sono tornati ad essere a seguito della cessione);

- non potrà procedere ad ulteriori assunzioni presso il medesimo stabilimento di altri dipendenti della FGA affiliati alla FIOM;

- non potrà conseguentemente essere ulteriormente destinataria dell'ordine di cessare dal ritenuto comportamento discriminatorio e di rimuoverne gli effetti.

Né, in senso contrario, potrebbe ritenersi un perdurante interesse alla caducazione della ritenuta discriminazione sotto il profilo del possibile conseguente assoggettamento ad una domanda di risarcimento degli ulteriori danni che, in forza di tale discriminazione, potrebbero essere derivati, posto che tale domanda è stata respinta con la pronuncia impugnata e che tale statuizione di rigetto, in difetto di impugnazione, è ormai coperta dal giudicato.

Del tutto generiche risultano poi le osservazioni svolte nella discussione orale circa la possibile rilevanza della ritenuta discriminazione in relazione ad altre iniziative giudiziarie (di cui, come si assume, una sarebbe già in corso), non essendo stato precisato, e tanto meno comprovato, il contenuto di dette iniziative, come tali insuscettibili di valutazione in ordine alla loro pertinente concretezza.

Va pertanto riconosciuta la fondatezza dell'eccezione all'esame, con conseguente declaratoria dell'inammissibilità del ricorso.

3. In relazione al primo motivo di ricorso il Collegio non ravvisa la particolare importanza della questione ivi sollevata, onde non è luogo all'enunciazione del relativo principio di diritto.

4. Attese le ragioni del decidere, fondate su circostanze fattuali sopravvenute alla proposizione del ricorso, ed avuto altresì riguardo alla complessità delle questioni ivi svolte, le spese vanno compensate fra le parti costituite, non essendo invece luogo a provvedere al riguardo, in carenza di attività difensiva, quanto alle parti rimaste intimate.

P. Q. M.

La Corte dichiara inammissibile il ricorso; compensa le spese fra le parti costituite; nulla sulle spese quanto alle parti rimaste intimate.

Così deciso in Roma l'11 febbraio 2014.

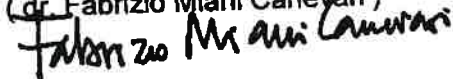
IL CONSIGLIERE est.

(dr. Gianfranco Bandini)



IL PRESIDENTE

(dr. Fabrizio Miani Canevari)



Il Funzionario Giudiziario
Deposito in Cancelleria



oggi,1.1. MAR. 2014

Il Funzionario Giudiziario
Adriana GRANATA



N. R.G. 2949/2019



TRIBUNALE ORDINARIO di BOLOGNA

Sezione Lavoro

Nella causa iscritta al n. r.g. **2949/2019** promossa da:

FILCAMS CGIL BOLOGNA

NIDIL CGIL BOLOGNA

FILT CGIL BOLOGNA

RICORRENTI

contro

DELIVEROO ITALIA S.R.L.

RESISTENTE

Il Giudice dott. Chiara Zompi,
a scioglimento della riserva assunta all'udienza del 27.11.2020;
ha pronunciato la seguente

ORDINANZA

Con ricorso proposto, in data 16.12.2019, ai sensi dell'art. 5, 2° co D. Lgs. 9 luglio 2003 n. 216, la Federazione Italiana Lavoratori dei Trasporti - Filt Cgil di Bologna, la Filcams Cgil di Bologna e la Nidil Cgil Bologna convenivano in giudizio, innanzi al Tribunale di Bologna in funzione di giudice del lavoro, la società DELIVEROO ITALIA S.R.L., per l'accertamento della natura discriminatoria delle condizioni di accesso alle sessioni di lavoro tramite la piattaforma digitale della convenuta.

In particolare le ricorrenti, premesso di essere associazioni sindacali territoriali di categoria, maggiormente rappresentative, con sede in Bologna, operanti rispettivamente nel settore dei trasporti e logistica, della ristorazione e servizi e nell'ambito dei rapporti di lavoro atipici, di avere iscritti nel territorio nazionale e svolgere da decenni una significativa attività sindacale, di aderire alla Confederazione Generale Italiana del Lavoro, associazione sindacale confederale maggiormente rappresentativa componente del CNEL e firmataria della Carta dei diritti dei *riders* di Bologna e di avere tra i propri iscritti lavoratori che svolgono attività di consegna di beni per conto altrui, in ambito urbano con l'ausilio di biciclette o ciclomotori tramite piattaforme digitali, esponevano:

- che Deliveroo Italy s.r.l. è una azienda multinazionale operante in Italia dal 2015 nel settore delle consegne del cibo a domicilio che si avvale per lo svolgimento delle proprie attività di

- un modello organizzativo basato su una rete di *riders*, qualificati dalla società come parasubordinati;
- che la distribuzione del lavoro tra i *riders* avviene attraverso una piattaforma digitale che provvede, tramite un complesso sistema di pianificazione, alla distribuzione e gestione dei flussi di lavoro tra coloro che si sono resi preventivamente disponibili prenotando sessioni di lavoro;
 - che dette sessioni di lavoro sono costituite da fasce orarie (cd “*slots*”), che sono rese disponibili ai *riders* dalla piattaforma digitale entro il limite del fabbisogno dalla stessa pianificato;
 - che al fine di svolgere la propria attività i *riders* devono installare sul proprio *smarthphone* un software (c.d. “*app*”) fornito dalla società, che genera un profilo personalizzato tramite il quale gli stessi possono registrarsi e accedere alla piattaforma digitale della convenuta, mediante un sistema selettivo di prenotazione delle sessioni di lavoro;
 - che il sistema di prenotazione delle sezioni di lavoro è basato su un punteggio, attribuito dall’algoritmo a ciascun *rider* ed elaborato su due parametri: affidabilità e partecipazione;
 - che ciascun *rider* viene quindi periodicamente profilato tramite “*statistiche*” elaborate dalla società che valutano il tasso di rispetto delle ultime 14 giornate di sessioni di lavoro dallo stesso prenotate e non cancellate nel termine di 24 ore previsto dal regolamento di Deliveroo;
 - che il *rider*, una volta prenotata una sessione di lavoro correlata ad una determinata zona di consegna, ove non cancelli la prenotazione nelle 24 ore antecedenti, è tenuto obbligatoriamente a recarsi all’interno del perimetro della zona di lavoro prenotata al fine di connettersi (id est “*loggarsi*”) entro un lasso temporale massimo di 15 minuti, giacché in caso contrario la mancata connessione entro tale termine determina una perdita di punteggio;
 - che, secondo le condizioni di impiego rese pubbliche da Deliveroo, qualsiasi “*cancellazione*”, ovvero annullamento della prenotazione della sessione con un preavviso inferiore alle 24 ore determina per il *rider* una penalizzazione delle sue statistiche;
 - che detto sistema di prenotazione delle fasce di lavoro per priorità in ragione delle statistiche assegnate al *rider* è stato introdotto dalla convenuta come misura organizzativa in coincidenza con le prime iniziative di astensione dal lavoro attuate dai *riders* autorganizzati negli anni 2017/2018;
 - che l’algoritmo, imponendo il rispetto della sessione di lavoro prenotata e la connessione entro 15 minuti dall’inizio della sessione nella zona di lavoro, di fatto penalizza l’adesione del *rider* a forme di autotutela collettiva e, in particolare, ad astensioni totali dal lavoro coincidenti con la sessione prenotata;
 - che tale penalizzazione deriva dal fatto che il sistema di prenotazione settimanale consente ai *riders* con maggior punteggio di prenotare con priorità le sessioni di lavoro (i turni o *slots*) che man mano si saturano divenendo non disponibili per i *riders* con minore priorità;

- che, in particolare, tutti i *riders* iscritti nella piattaforma ricevono ogni domenica pomeriggio una notifica sul proprio *smartphone* che li informa, in ragione del ranking posseduto, della fascia oraria in cui potranno prenotare, a decorrere dal lunedì successivo, le sessioni di lavoro per la settimana entrante;
- che le fasce orarie di prenotazione si suddividono in tre blocchi: alla prima fascia delle 11:00, il cui accesso è consentito ai *riders* con ranking reputazionale migliore, segue la seconda fascia e la terza fascia, rispettivamente alle 15,00 e alle 17:00, attribuite a *riders* con ranking reputazionale inferiore;
- che pertanto le sessioni disponibili si riducono man mano nel tempo cosicché i *riders* che possono prenotare solo nelle fasce successive (15,00 e 17,00) alla prima (11,00) hanno sempre più ridotte occasioni di lavoro.

Su tali premesse, le OOSS ricorrenti lamentavano che l'algoritmo della società convenuta, nel sanzionare con perdita di punteggio i *riders* che non rispettavano le sessioni di lavoro, penalizzava, quindi, tutte le forme lecite di astensione dal lavoro in quanto determinava la retrocessione nella fascia di prenotazione limitando le future occasioni di lavoro.

Proseguivano esponendo che i due parametri punivano, quindi, il rider che non provvedeva a "loggarsi" recandosi nell'area di consegna durante le sue sessioni di attività per aver aderito ad iniziative di autotutela collettiva coincidenti con il suo turno ovvero nelle ulteriori ipotesi in cui l'astensione dalla sessione dipendeva da altre cause legittime (malattia, esigenze legate ad un figlio minore ecc.).

Concludevano pertanto chiedendo:

"1. - Accertare e dichiarare il carattere discriminatorio delle condizioni di accesso alle sessioni di lavoro tramite la piattaforma digitale della convenuta e in particolare dei parametri di elaborazione del ranking c.d. reputazionale che incidono sulla priorità di scelta delle sessioni di lavoro senza considerare la causa che ha dato luogo al mancato rispetto della sessione prenotata per i motivi di cui al ricorso.

2. - Accertare e dichiarare, anche ai sensi delle direttive comunitarie, il carattere discriminatorio della condotta e della prassi aziendale di Deliveroo Italia s.r.l. descritte nel presente atto.

3. - Ordinare a Deliveroo Italia s.r.l. ai sensi dell'art. 28, 5 co. del d.lgs 1 settembre 2011 n. 150 l'adozione di un piano di rimozione delle discriminazioni ovvero delle prassi che ostacolano l'esercizio dei diritti dei soggetti lesi conformemente al ricorso, sentite le organizzazioni sindacali ricorrenti ed in ogni caso:

4. - Ordinare alla convenuta di modificare le condizioni di accesso alle sessioni di lavoro e comunque di prenotazione delle stesse ed in particolare i parametri di elaborazione del ranking reputazionale che assicurano la priorità nella scelta delle sessioni di lavoro attraverso l'adozione di modifiche al sistema che impediscano gli effetti discriminatori sul diritto di sciopero, sullo stato di malattia legata handicap e condizioni familiari indicati nel ricorso.

5. - Ordinare di divulgare l'emanando provvedimento nelle condizioni di contratto e nell'area "domande frequenti" contenute nella piattaforma e comunque disporre che venga comunicato il

provvedimento tramite informative indirizzate a tutti i riders registrati che prestano attività in Italia.

6. - Ordinare alla convenuta la pubblicazione a proprie spese del provvedimento richiesto su almeno cinque quotidiani nazionali con il formato piena pagina o altro di giustizia e, in ogni caso, la sua pubblicazione per un periodo ritenuto congruo sulla pagina iniziale del sito della società.

4. - Condannare Deliveroo Italia s.r.l. in favore delle organizzazioni sindacali ricorrenti al risarcimento del danno non patrimoniale causato dalla descritta condotta discriminatoria, in misura adeguata, proporzionata e dissuasiva da determinarsi in via equitativa.

5. - Disporre in ogni caso ogni opportuno provvedimento al fine di rimuovere gli effetti della dichiarata condotta discriminatoria”.

Il tutto con vittoria di spese.

Si costituiva in giudizio la Deliveroo Italia srl eccependo, in via preliminare, la carenza di legittimazione ad agire delle OOSS ricorrenti; nel merito, contestando la fondatezza, in fatto e in diritto, del ricorso. In particolare la resistente esponeva:

- che il sistema di prenotazione («SSB») delle sessioni era una opzione per il rider e non la condizione «di accesso alle sessioni di lavoro tramite la piattaforma digitale», giacché il rider ben poteva accedere al sistema e ricevere proposte anche senza utilizzare il sistema di prenotazione descritto in ricorso;
- che la consegna (o meno) anche di un solo ordine non era l’obbligo del rider assunta con la firma del contratto, contratto che non prevedeva né l’obbligo di rendere servizi né quello, corrispettivo, di essa società di proporle;
- che la cancellazione delle prenotazioni, addirittura fino all’inizio della sessione, non aveva alcun impatto sulle statistiche del rider;
- che, diversamente da quanto dedotto da controparte, l’«algoritmo della società convenuta, denominato Frank» era totalmente estraneo al sistema di prenotazione opzionale delle sessioni, essendo Frank un algoritmo di assegnazione, che nulla aveva a che fare con le statistiche;
- che il rider poteva astenersi dal lavoro sempre, non esistendo ipotesi in cui il sistema penalizzava chi si astiene, e che il sistema permetteva ai rider di gestire in autonomia il proprio tempo per esigenze di vita e di attività (anche sindacale).

Concludeva pertanto chiedendo il rigetto del ricorso, spese rifuse.

La causa veniva istruita con l’escussione degli informatori indotti dalle parti.

All’esito del deposito telematico di note conclusive scritte, all’udienza del 27.11.2020 il giudice, udite le parti, riservava la decisione.

1. Deve preliminarmente darsi atto che, nelle note conclusive autorizzate depositate in data 10.11.2020, Deliveroo Italia srl ha allegato che “*Il sistema (opzionale) di prenotazione per cui è causa («SSB») con accessi scaglionati nel tempo secondo i parametri più volte ricordati non esiste più. Dal 2 novembre 2020 l’accesso differenziato alle fasce di prenotazione del lunedì in base alle statistiche dei rider non avviene né può avvenire: le prenotazioni stesse scompaiono e le statistiche*

non hanno più alcun impatto sull'accesso alle prenotazioni che, se presenti, sono sempre accessibili a qualsiasi rider nel medesimo modo a prescindere da qualunque parametro” , producendo, a supporto del proprio assunto, il comunicato pubblicato sul sito della piattaforma rivolto a tutti i rider ove, fra le altre cose, si legge: “a partire dall'accesso al Calendario del 2 novembre, le statistiche non avranno più alcun impatto. (...) Le tue statistiche non avranno alcun effetto e non influenzeranno l'orario in cui puoi accedere al Calendario” (doc. 11 res.).

La società resistente ha quindi chiesto pronunciarsi la cessazione della materia del contendere, sul rilievo che *“il sistema che controparte chiede di dichiarare discriminatorio, infatti, non esiste più e, pertanto, i provvedimenti richiesti da parte ricorrente non sarebbero più di alcuna utilità”.*

Sul punto tuttavia si osserva che, diversamente da quanto vorrebbe parte resistente, la circostanza dedotta, consistente nella rimozione del sistema delle prenotazioni (SSB) con accessi scaglionati nel tempo, non integra un'ipotesi di sopravvenuta integrale cessazione della materia del contendere.

Ciò in quanto l'azione esperita dalle OOSS ricorrenti è volta ad ottenere non solo la condanna della società resistente a modificare il predetto meccanismo di accesso alle sessioni di lavoro, ma anche, ancor prima, ad accertare il carattere discriminatorio del meccanismo stesso, nonché a risarcire il danno consequenziale.

Pertanto, sia la domanda di accertamento sia quella risarcitoria non appaiono in alcun modo superate dai fatti sopravvenuti in corso di causa, che possono incidere unicamente sull'interesse a coltivare le domande inibitorie originariamente introdotte dalle parti ricorrenti.

D'altro canto, com'è noto, la cessazione della materia del contendere va dichiarata, anche d'ufficio, in ogni caso in cui risulti acquisito agli atti del giudizio che non sussiste più contestazione tra le parti sul diritto sostanziale dedotto e che conseguentemente non vi è più la necessità di affermare la volontà della legge nel caso concreto (cfr. Cass. n.2267 del 19/03/1990; Cass. n.12844 del 03/09/2003; Cass. n.4505 del 28/03/2001; Cass. n.1442 del 16/03/1981). Ne consegue che *“Non può essere dichiarata la cessazione della materia del contendere quando il riconoscimento che il convenuto abbia fatto della fondatezza della pretesa dedotta in giudizio dall'attore sia subordinato all'accertamento di un diverso assetto dei rapporti tra le medesime parti, sia pure con riguardo ad un distinto periodo di tempo, dovendo in tal caso il giudice, anche se ritenga che tale ultimo accertamento sia estraneo a quanto forma oggetto della causa, pronunciare sul merito della domanda dell'attore”* (Cass. n.10553 del 09/10/1995); ovvero quando una delle parti abbia *“... dato atto che successivamente all'introduzione della lite si sono verificati fatti astrattamente idonei a privarla di interesse alla prosecuzione del giudizio, quando nelle rispettive conclusioni ciascuno dei litiganti abbia insistito nelle rispettive originarie richieste così dimostrando il proprio interesse alla decisione della controversia”* (Cass. n.622 del 22/01/1997; Cass. n.6395 del 01/04/2004; Cass. n.27460 del 22/12/2006); o ancora quando, pur essendo sopravvenuta nel corso del processo una situazione astrattamente idonea ad eliminare completamente la posizione di contrasto fra le parti in causa, facendo venir meno la necessità della decisione, persista comunque l'interesse di una di esse ad un accertamento giudiziale del diritto azionato (Cass. n.14144 del 16/12/1999) o sussista comunque opposizione di una delle parti (Cass. n.1950 del 10/02/2003). In definitiva *“La*

cessazione della materia del contendere presuppone che le parti si diano reciprocamente atto del sopravvenuto mutamento della situazione sostanziale dedotta in giudizio e sottopongano al giudice conclusioni conformi in tal senso. In mancanza di tale accordo, l'allegazione di un fatto sopravvenuto, assunto come idoneo a determinare la cessazione della materia del contendere da una sola parte, dev'essere valutata dal giudice" (Cass. n.16150 del 08/07/2010).

Ebbene, nel caso di specie non risulta né è stato dedotto che Deliveroo abbia modificato le proprie condizioni di accesso alle sessioni di lavoro allo scopo di rimuovere la previa condotta asseritamente discriminatoria, ossia che abbia riconosciuto anche solo per fatti concludenti la fondatezza delle pretese di controparte; al contrario, la società ha espressamente e reiteratamente contestato, anche in sede di note conclusive autorizzate e di discussione, la fondatezza del ricorso.

Dal canto suo, parte ricorrente ha negato recisamente che la materia del contendere sia cessata, insistendo nelle proprie originarie conclusioni.

Non può pertanto essere dichiarata la cessazione della materia del contendere, permanendo il contrasto tra le parti sulla natura discriminatoria della condotta per cui è causa, di tal che deve pervenirsi ad una pronuncia sul punto.

2. Ciò premesso, *nulla quaestio* sulla applicabilità della normativa antidiscriminatoria invocata dalle OOSS ricorrenti anche ai *riders*.

Sul punto infatti anzitutto si osserva che l'art. 2 del D.lgs. n. 81/2015, come novellato dal decreto legge 3 settembre 2019, n. 101, convertito, con modificazioni, nella legge 2 novembre 2019, n. 128, dispone che *"A far data dal 1° gennaio 2016, si applica la disciplina del rapporto di lavoro subordinato anche ai rapporti di collaborazione che si concretano in prestazioni di lavoro prevalentemente personali, continuative e le cui modalità di esecuzione sono organizzate dal committente. Le disposizioni di cui al presente comma si applicano anche qualora le modalità di esecuzione della prestazione siano organizzate mediante piattaforme anche digitali"*.

La Suprema Corte, nel recente arresto n. 1663/2020, ha chiarito che, con la norma sopra citata – nel testo previgente, applicabile *ratione temporis* alla fattispecie portata all'attenzione della Corte - il legislatore ha inteso, in una ottica sia di prevenzione sia *"rimediale"*, selezionare *"taluni elementi ritenuti sintomatici ed idonei a svelare possibili fenomeni elusivi delle tutele previste per i lavoratori"* e *"in ogni caso ha, poi, stabilito che quando l'etero-organizzazione, accompagnata dalla personalità e dalla continuità della prestazione, è marcata al punto da rendere il collaboratore comparabile ad un lavoratore dipendente, si impone una protezione equivalente e, quindi, il rimedio dell'applicazione integrale della disciplina del lavoro subordinato"*. La Cassazione ha inoltre osservato che si tratta *"di una scelta di politica legislativa volta ad assicurare al lavoratore la stessa protezione di cui gode il lavoro subordinato, in coerenza con l'approccio generale della riforma, al fine di tutelare prestatori evidentemente ritenuti in condizione di "debolezza" economica, operanti in una "zona grigia" tra autonomia e subordinazione, ma considerati meritevoli comunque di una tutela omogenea"* aggiungendo che l'intento protettivo del legislatore appare confermato dalla novella del 2019, *"la quale va certamente nel senso di rendere più facile l'applicazione della disciplina del lavoro subordinato, stabilendo la sufficienza - per*

l'applicabilità della norma - di prestazioni "prevalentemente" e non più "esclusivamente" personali, menzionando esplicitamente il lavoro svolto attraverso piattaforme digitali e, quanto all'elemento della "etero-organizzazione", eliminando le parole "anche con riferimento ai tempi e al luogo di lavoro", così mostrando chiaramente l'intento di incoraggiare interpretazioni non restrittive di tale nozione".

Pertanto, alla luce della recente evoluzione legislativa e giurisprudenziale in tema di tutela dei *riders*, non pare oggi potersi dubitare della necessità di estendere anche a tali lavoratori, a prescindere dal *nomen iuris* attribuito dalle parti al contratto di lavoro, l'intera disciplina della subordinazione e, in particolare, per quanto qui interessa, la disciplina a tutela del lavoratore da ogni forma di discriminazione nell'accesso al lavoro.

Ogni ulteriore approfondimento sul punto e sulla *vexata quaestio* della qualificazione del rapporto di lavoro tra *riders* e piattaforma in termini di subordinazione o autonomia, appare del tutto superfluo ove si consideri poi che, per quanto qui interessa, esiste una specifica norma di legge, e cioè art. 47 *quinquies* d.lgs 81/15, introdotto dal DL 3 settembre 2019, n. 101 convertito con modificazioni dalla L. 2 novembre 2019, n. 128, che espressamente dispone, al comma 1, che *"Ai lavoratori di cui all'articolo 47-bis", ossia a "i lavoratori autonomi che svolgono attività di consegna di beni per conto altrui, in ambito urbano e con l'ausilio di velocipedi o veicoli a motore di cui all'articolo 47, comma 2, lettera a), del codice della strada, di cui al decreto legislativo 30 aprile 1992, n. 285, attraverso piattaforme anche digitali", "si applicano la disciplina antidiscriminatoria e quella a tutela della libertà e dignità del lavoratore previste per i lavoratori subordinati, ivi compreso l'accesso alla piattaforma".*

Inoltre, anche il D.lgs. n. 216/03, recante le disposizioni relative all'attuazione della parità di trattamento fra le persone indipendentemente dalla religione, dalle convinzioni personali, dagli handicap, dall'età e dall'orientamento sessuale, per quanto concerne l'occupazione e le condizioni di lavoro, prevede espressamente che la disciplina antidiscriminatoria si applica *"a tutte le persone sia nel settore pubblico che privato ed è suscettibile di tutela giurisdizionale secondo le forme previste dall'articolo 4, con specifico riferimento alle seguenti aree: a) accesso all'occupazione e al lavoro, sia autonomo che dipendente, compresi i criteri di selezione e le condizioni di assunzione".*

Quanto poi alla possibilità di includere nell'espressione *"convinzioni personali"*, di cui all'art. 1 D. Lgs.n.216/2003, la discriminazione per motivi sindacali, si richiama la recente pronuncia della Suprema Corte n. 1/2020 che ha affermato i seguenti principi: *"Accedendosi ad una interpretazione delle norme coerente con la ratio della norma comunitaria letta alla luce dei principi fondamentali del Trattato, 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 libertà ideologica il cui ampio contenuto materiale può essere stabilito anche facendo riferimento all'art. 6 del 10 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, non avrebbe avuto alcun bisogno di differenziare le ipotesi di discriminazione per motivi religiosi da quelle per convinzioni per motivi diversi. 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. 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. 9.5. Nella giurisprudenza di questa Corte non si rinvencono precedenti specifici, tuttavia in alcune pronunce di legittimità, sia pure in fattispecie aventi diverso oggetto, incidenter tantum, l'espressione convinzioni personali è stata qualificata 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). 9.6. Pertanto, nell'ambito della categoria generale delle convinzioni personali, caratterizzata dall'eterogeneità delle ipotesi di discriminazione ideologica estesa alla sfera dei rapporti sociali, può essere ricompresa, diversamente da quanto sostiene la società, 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.".

Sulla scorta del citato arresto, da cui questo giudice non ha motivo di discostarsi, non può dubitarsi della piena sussumibilità della discriminazione per motivi sindacali nell'ambito di operatività della normativa antidiscriminatoria invocata dalle sigle ricorrenti.

3. Sempre in via preliminare deve essere ora esaminata l'eccezione della società resistente, di difetto di legittimazione attiva di Filt Cgil Bologna, Filcams Cgil Bologna e Nidil Cgil Bologna.

Sul punto anzitutto si osserva che ricorrenti fondano la propria legittimazione attiva sulla norma dell'art. 5, co. 2, d.lgs. 216/2003, che così dispone: *"I soggetti di cui al comma 1 sono altresì legittimati ad agire nei casi di discriminazione collettiva qualora non siano individuabili in modo diretto e immediato le persone lese dalla discriminazione"*; laddove al comma 1 il medesimo articolo stabilisce che *"Le organizzazioni sindacali, le associazioni e le organizzazioni rappresentative del diritto o dell'interesse leso, in forza di delega, rilasciata per atto pubblico o scrittura privata autenticata, a pena di nullità, sono legittimate ad agire ai sensi dell'articolo 4, in nome e per conto o a sostegno del soggetto passivo della discriminazione, contro la persona fisica o giuridica cui è riferibile il comportamento o l'atto discriminatorio"*.

L'art. 5, comma 2, del d. lgs. 216/2003 prevede quindi l'azione delle organizzazioni sindacali, delle associazioni e delle organizzazioni rappresentative del diritto o dell'interesse leso qualora si intenda far valere una discriminazione collettiva a danno di un gruppo di lavoratori identificati dall'appartenenza sindacale e, dunque, non individuati nominativamente in modo diretto e immediato quali persone lese dalla discriminazione (cfr. Cass. 20.7. 2018 n. 19443).

Peraltro, l'attuale formulazione dell'art. 5 deriva dalle modifiche ad esso apportate prima dall'art. 2, d.lgs. 256/2004 e successivamente dall'art. 8-septies, d.l. 59/2008 che, rispetto alla normativa previgente, hanno ampliato l'area dei soggetti legittimati ad agire ex art. 4, d.lgs. 216/2003. In particolare, in precedenza, la legittimazione attiva era prevista esclusivamente a favore delle rappresentanze locali delle organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative a livello nazionale. Attualmente, invece, la medesima legittimazione attiva spetta alle organizzazioni sindacali, alle associazioni ed alle organizzazioni sindacali "rappresentative del diritto o dell'interesse leso".

Quanto a tale ultima nozione, giova richiamare i principi espressi dalla giurisprudenza di legittimità nella recente pronuncia n. 20 luglio 2018, n.19443, ove si legge:

“Sulla base della direttiva n. 2000/78/CE, come pure della legge nazionale, non tutte le associazioni possono agire per conto altrui oppure vantare una posizione giuridica soggettiva propria: ma soltanto quelle in capo alle quali, sotto il primo profilo, sussista un potere delegato dal titolare del diritto soggettivo, o, sotto il secondo profilo, sia riconoscibile un “interesse legittimo a garantire che le disposizioni della presente direttiva siano rispettate” o, ai sensi della terminologia interna, siano 'rappresentative del diritto o dell'interesse leso'. La tutela, predisposta dalla direttiva e dal provvedimento di attuazione, contro le condotte discriminatorie sul lavoro appartiene dunque al soggetto che le subisca e non alla collettività, non ponendosi come interesse diffuso, onde il primo è l'unico legittimato a farla valere, alla stregua delle regole generali. Tuttavia, nel caso in cui la discriminazione risulti attuata verso un'intera categoria di soggetti coinvolti fra quelle cui la disciplina intende offrire tutela, che non sia possibile nominatim individuare dunque verso una 'collettività' - subentra l'autonoma fattispecie legittimante ex art. 5, comma 2, d.lgs. n. 216 del 2003. In tal modo la norma, dopo aver contemplato, al primo comma, la figura ordinaria della delega conferita all'associazione perché rappresenti in giudizio l'interesse di un soggetto determinato, ha attribuito ad essa, nel secondo comma, la rappresentanza ex lege per conto di una collettività indeterminata, postulandone la natura esponenziale degli interessi contro la discriminazione, in tale fattispecie rivolta ad una pluralità di soggetti aventi analoghe caratteristiche.

Il legislatore non ha prescelto di individuare con chiarezza inequivoca - ad esempio, mediante l'iscrizione in un registro o albo o elenco - le associazioni rappresentative di dati interessi, sulla base di precisi requisiti: come, invece, ha fatto in altri settori, legittimando all'azione o all'intervento a tutela di interessi collettivi solo le associazioni iscritte in apposito albo (cfr. elenco ex art. 5 d.lgs. 9 luglio 2003, n. 215, di attuazione della direttiva direttiva 2000/43/CE, con riguardo alla discriminazione a causa della razza; art. 52, comma 1, lett. a), d.P.R. 31 agosto 1999, n. 394, in tema di registro delle associazioni, degli enti e degli altri organismi privati che svolgono le attività a favore degli stranieri immigrati; artt. 137 e 139 d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206, Codice del consumo, in merito al quale Cass., sez. un., 16 novembre 2016, n. 23304, ha negato all'associazione di consumatori priva del requisito dell'iscrizione nell'elenco ministeriale la legittimazione attiva) oppure formalmente individuate dalla pubblica amministrazione (v., in

materia di danno ambientale, gli artt. 13 e 18 della legge 8 luglio 1986, n. 349, Istituzione del Ministero dell'ambiente, secondo cui le associazioni di protezione ambientale a carattere nazionale e quelle presenti in almeno cinque regioni, individuate con decreto del Ministro dell'ambiente, possono intervenire nei giudizi per danno ambientale e ricorrere in sede di giurisdizione amministrativa).

Nell'ipotesi di associazione privata, occorre, in generale, distinguere il caso in cui l'associazione agisca facendo valere un diritto altrui in forza di una delega dell'interessato, dal caso in cui operi quale portatrice di un interesse collettivo che alla stessa faccia direttamente capo, quale c.d. ente esponenziale, non costituente ex ante una posizione soggettiva in capo ai singoli, ma nato come posizione sostanziale direttamente e solo in capo all'ente, dunque sorta di 'derivazione' dell'interesse diffuso, per sua natura adespota.

L'esigenza di un interesse qualificato risponde a criteri di selezione razionale dei soggetti che possano far valere un diritto in giudizio, per evitare l'espansione eccessiva dei legittimati, pur quando il fine primario sia propriamente altro, rispetto a quello di farsi portatori di un interesse prima diffuso. (...)

Mancando, nella specie, un sicuro criterio formale di attribuzione della legittimazione attiva, essa va individuata volta per volta.

L'art. 5, comma 2, d.lgs. n. 216 del 2003 prevede una doppia indagine, richiedendo di accertare: a) l'impossibilità di individuare il soggetto o i soggetti singolarmente discriminati; b) la rappresentatività dell'associazione rispetto all'interesse collettivo in questione.

Una volta operato il duplice accertamento, ne deriva la titolarità ex lege della legittimazione ad agire (...).

Il requisito sub a) postula che la discriminazione, in quanto in violazione della parità di trattamento sul lavoro, abbia colpito una categoria indeterminata di soggetti, rientrante nel disposto dell'art. 2 d.lgs. n. 216 del 2003.

Il requisito sub b) va verificato sulla base dell'esame dello statuto associativo, il quale dovrà univocamente contemplare la tutela dell'interesse collettivo assunto a scopo dell'ente, che di esso si ponga quale esponenziale: deve, dunque, trattarsi di un interesse proprio dell'associazione, perché in connessione immediata con il fine statutario, cosicché la produzione degli effetti del comportamento controverso si risolva in una lesione diretta dello scopo istituzionale dell'ente, il quale contempra e persegue un fine ed un interesse, assunti nello statuto a ragione stessa della propria esistenza e azione, come tale oggetto di un diritto dell'ente stesso."

I principi sopra affermati dalla Suprema Corte trovano conferma anche nella recente decisione della Grand Chambre della Corte di Giustizia del 23 aprile 2020 C- 507/18, citata anche da parte ricorrente, la quale, al paragrafo 60, afferma: "Ai sensi dell'articolo 9, paragrafo 2, della direttiva 2000/78, gli Stati membri riconoscono alle associazioni, organizzazioni e altre persone giuridiche che, conformemente ai criteri stabiliti dalle rispettive legislazioni nazionali, abbiano un legittimo interesse a garantire che le disposizioni di tale direttiva siano rispettate, il diritto di avviare, in via giurisdizionale o amministrativa, per conto o a sostegno di una persona che si ritenga lesa e con il

suo consenso, una procedura finalizzata all'esecuzione degli obblighi derivanti dalla direttiva suddetta".

In tale ottica, di conseguenza, al fine di affermare la sussistenza della legittimazione attiva in capo all'ente ricorrente, la Corte di Giustizia ritiene che sia sufficiente che l'organo giudicante accerti che tali associazioni abbiano un legittimo interesse a garantire che le disposizioni della direttiva n. 2000/78/CE siano rispettate.

Ebbene, venendo al caso di specie, occorre rilevare che le OOSS ricorrenti, come dalle stesse allegato, nei rispettivi statuti si propongono, in generale, lo scopo di contrastare ogni forma di discriminazione nelle condizioni di lavoro e assicurare la rappresentanza ad ogni forma contrattuale di lavoro

In particolare, nello Statuto Filt Cgil si legge cha detto ente: *"Promuove la lotta contro ogni forma di discriminazione, la libera associazione e l'autotutela solidale e collettiva delle lavoratrici e dei lavoratori dipendenti o eterodiretti, di quelli occupati in forme cooperative e autogestite, degli autonomi non imprenditori e senza dipendenti, dei disoccupati"*. (doc. 2 ric.).

Inoltre, trattandosi di organizzazioni sindacali, è *in re ipsa* la titolarità di un interesse proprio ad agire giudizialmente a tutela del diritto di sciopero, tipica espressione dell'attività sindacale, da ogni forma di discriminazione diretta e indiretta conseguente all'esercizio di tale diritto.

Le organizzazioni sindacali, espressamente indicate tra i soggetti legittimati dall'art. 5 co. 2, rientrano quindi sicuramente tra quei soggetti collettivi che operano sul territorio nazionale a difesa dell'effettività del principio di non discriminazione e che, appunto, si prefiggono di spiegare la loro azione (quantomeno) con riferimento ad uno dei fattori possibile fonte di discriminazione, individuato nella partecipazione ad azioni sindacali.

Sussiste poi l'ulteriore presupposto richiesto dalla norma invocato in quanto la asserita discriminazione, in violazione della parità di trattamento sul lavoro, colpirebbe una categoria indeterminata di soggetti, ossia tutti i rider partecipanti o intenzionati a partecipare a forme di astensione collettiva dal lavoro.

Non paiono invece cogliere nel segno le censure della società resistente, secondo cui le OOSS ricorrenti *"avrebbero dovuto dimostrare l'esistenza di rider iscritti alle loro organizzazioni e darne prova (ad es. a mezzo delle deleghe o delle iscrizioni)"* e ciò non hanno fatto.

Ed invero, la giurisprudenza sia nazionale sia comunitaria sopra richiamata afferma che, al fine di ritenere sussistente la legittimazione attiva degli enti esponenziali, non è necessario che i soggetti portatori degli interessi lesi siano effettivamente parte delle associazioni che agiscono in giudizio, purché queste ultime abbiano come scopo precipuo quello di tutelare giudizialmente proprio tali interessi.

Neppure occorre a tal fine che parte ricorrente allegi casi concreti di discriminazione relativi a soggetti specifici, anche perché l'autonoma fattispecie di legittimazione attiva prevista dal comma 2 dell'art. 5 è applicabile proprio quando è impossibile individuare in maniera diretta e specifica il soggetto o i soggetti portatori dell'interesse leso.

Deve pertanto ritenersi sussistente la legittimazione attiva delle OOSS ricorrenti.

4. Venendo quindi al merito, va premesso che la nozione di discriminazione sia diretta che indiretta è stabilita dall'art. 2 del D. Lgs. 216/2003, che definisce la prima come riferita alle ipotesi in cui *"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"* e la seconda con riferimento ai casi in cui *"una disposizione, un criterio, una prassi, un atto, un patto o un comportamento apparentemente neutri possono mettere le persone che professano una determinata religione o ideologia di altra natura, le persone portatrici di handicap, le persone di una particolare età o di un orientamento sessuale in una situazione di particolare svantaggio rispetto ad altre persone"*.

E' stato osservato che, mentre nel caso di discriminazione diretta è la condotta, il comportamento tenuto, che determina la disparità di trattamento, nel caso di discriminazione indiretta la disparità vietata è l'effetto di un atto, di un patto di una disposizione di una prassi in sé legittima; di un comportamento che è corretto in astratto e che, in quanto destinato a produrre i suoi effetti nei confronti di un soggetto con particolari caratteristiche, che costituiscono il fattore di rischio della discriminazione, determina invece una situazione di disparità che l'ordinamento sanziona (Cass. 25/07/2019, n. 20204). Allo stesso modo, la Corte EDU ha affermato che *«una differenza di trattamento può consistere nell'effetto sproporzionatamente pregiudizievole di una politica o di una misura generale che, se pur formulata in termini neutri, produce una discriminazione nei confronti di un determinato gruppo»* (Cedu, sentenza 13 novembre 2007, D.H. e a. c. Repubblica ceca [GC] (n. 57325/00), punto 184; Cedu, sentenza 9 giugno 2009, Opuz c. Turchia (n. 33401/02), punto 183. Cedu, sentenza 20 giugno 2006, Zarb Adami c. Malta (n. 17209/02), punto 80).

E' stato altresì chiarito che la discriminazione opera obiettivamente ovvero in ragione del mero rilievo del trattamento peggiore riservato al lavoratore quale effetto della sua appartenenza alla categoria protetta, e a prescindere dalla volontà illecita del datore di lavoro (cfr Cass. 5 aprile 2016 n. 6575).

Inoltre, il d.lgs. 216/03, nel definire la discriminazione diretta (*"una persona è trattata meno favorevolmente di quanto sia, sia stata o sarebbe trattata un'altra in una situazione analoga"*) introduce sia una comparazione attuale, che una meramente ipotetica. Come chiarito dalla Corte di Giustizia, *«l'esistenza di una discriminazione diretta, ai sensi dell'articolo 2, paragrafo 2, lettera a), della direttiva 2000/78 non presuppone che sia identificabile un denunciante che asserisca di essere stato vittima di tale discriminazione»* (così, par. 36 causa C-81/12 *Associatia Accept*, nonché par. 23 causa C-54/07). Ciò significa che è atta ad integrare discriminazione anche una condotta che, solo sul piano astratto, impedisce o rende maggiormente difficoltoso l'accesso all'occupazione, come nei casi analoghi sottoposti all'esame della Corte di Giustizia (causa C-81/12 *Associatia Accept*, nonché causa C-54/07).

Va poi rammentato, in punto di distribuzione dell'onere della prova, che ai sensi dell'art. 28, co.4, del D. Lgs 150 del 2011, nelle controversie in materia di discriminazione, fra cui quelle di cui all'articolo 4 del decreto legislativo 9 luglio 2003, n. 216, *"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.”

Ne discende che nell'ambito del giudizio antidiscriminatorio l'attore ha soltanto l'onere di fornire elementi di fatto, anche di carattere statistico, idonei a far presumere l'esistenza di una discriminazione: qualora il dato statistico fornito dal ricorrente indichi una condizione di svantaggio per un gruppo di lavoratori, è onere del datore di lavoro dimostrare che le scelte sono state invece effettuate secondo criteri oggettivi e non discriminatori.

Quanto all'agevolazione probatoria in favore del soggetto che lamenta la discriminazione è stato evidenziato (cfr. Cass. 27.9.2018 n. 23338, Cass. 12.10.2018 n. 25543) che le direttive in materia (n. 2000/78, così come le nn. 2006/54 e 2000/43), come interpretate dalla Corte di Giustizia, ed i decreti legislativi di recepimento impongono l'introduzione di un meccanismo di agevolazione probatoria o alleggerimento del carico probatorio gravante sull'attore *"prevedendo che questi allegghi e dimostri circostanze di fatto dalle quali possa desumersi per inferenza che la discriminazione abbia avuto luogo, per far scattare l'onere per il datore di lavoro di dimostrare l'insussistenza della discriminazione"* (cfr. Cass. n. 14206 del 2013, in materia di discriminazione di genere). Ciò consente di ritenere, quindi, che, nel regime speciale applicabile nei giudizi antidiscriminatori, si configuri un'inversione, seppure parziale, dell'onere probatorio.

Tanto premesso e venendo al caso che occupa, ritiene il giudicante che siano emersi elementi sufficienti a far presumere, sia pure nei limiti della *sommatoria cognitio* che caratterizza il presente procedimento, la discriminatorietà del sistema di accesso alle fasce di prenotazione delle sessioni di lavoro adottato da Deliveroo.

Giova anzitutto ricostruire brevemente detto sistema, sulla scorta delle allegazioni delle parti e dalle testimonianze assunte, che appaiono su molti aspetti sostanzialmente concordi.

Il rapporto tra ciascun *rider* e la piattaforma inizia con la conclusione di un contratto (vedasi contratto-tipo, doc. 2 res.), che deve essere restituito sottoscritto alla società resistente via e-mail.

Il predetto contratto-tipo, per quanto qui interessa, alla clausola 3.4 così recita: *“Deliveroo fornisce un servizio flessibile di prenotazione self-service (“SSB”) che può essere liberamente usato per loggarsi o per prenotare sessioni in cui il Rider vuole ricevere Proposte di Servizio. La prenotazione tramite lo strumento SSB è interamente opzionale, ma ove usata e confermata, al Rider sarà garantito l'accesso per ricevere proposte di Servizio nelle sessioni prenotate. La disponibilità durante le sessioni prenotate, se non cancellate in anticipo dal rider, e l'attività durante momenti di particolare traffico potranno essere elemento di preferenza per la prenotazione di sessioni successive”* (sottolineatura dell'estensore).

Una volta sottoscritto il contratto quadro, il rider riceve delle credenziali (log-in e password) per accedere all'applicazione (*app*) scaricata sul proprio *smartphone*.

Ogni volta che è disponibile a ricevere ordini, il *rider* accede alla *app*, inserendo le proprie credenziali; quando il rider è *“loggato”* nella *app*, può decidere liberamente se accettare o rifiutare qualunque proposta di servizi (così punto 3.5 del contratto - doc. 2 res).

Per ricevere proposte di servizio, il rider ha – *rectius*, aveva prima del 2 novembre u.s. – due canali alternativi: può prenotare le sessioni in anticipo, utilizzando il “servizio flessibile di prenotazione *self-service*”, anche denominato “SSB” (*self-service booking*), di cui all’estratto del contratto sopra riportato; oppure può loggarsi in tempo reale con il sistema denominato “*free log-in*”.

Il sistema di prenotazione «SSB» (Self-Service Booking), sul quale si appuntano le censure delle OOSS ricorrenti, prevede la possibilità per i *riders*, ogni lunedì, di accedere al Calendario della settimana successiva e “prenotare” le sessioni di lavoro (cd *slot*) in cui intendono ricevere proposte di servizi.

Nell’effettuare la prenotazione, il *rider* può scegliere, tra quelli disponibili, gli slot orari e l’area o le aree in cui effettuare la sua opera di consegna (la piattaforma suddivide discrezionalmente il territorio nazionale in zone di lavoro, che talvolta coincidono con il perimetro del Comune di riferimento, talvolta no, ben potendosi ripartire il perimetro comunale in più aree, come avviene ad esempio nel caso delle grandi città, che sono divise in più di una zona).

Com’è pacifico, i rider non hanno accesso al Calendario delle prenotazioni tutti nello stesso momento, bensì in tre orari diversi: a partire dalle ore 11:00 del lunedì, a partire dalle ore 15:00 oppure a partire dalle ore 17:00 dello stesso giorno.

La possibilità per il *rider* di accedere al sistema di prenotazione SSB in uno piuttosto che nell’altro orario dipende da due “*indici*” di prenotazione, di cui vi è sintetica indicazione anche nel contratto tipo predisposto da Deliveroo: trattasi dell’indice di affidabilità e di quello di partecipazione nei picchi.

Secondo quanto allegato anche dalla resistente (vedasi pag.12 della comparsa), i valori dei due indici sono determinati, rispettivamente:

- dal numero delle occasioni in cui il rider, pur avendo prenotato una sessione, non ha partecipato, dove «partecipare» significa loggarsi entro i primi 15 minuti dall’inizio della sessione (indice di affidabilità);
- dal numero di volte in cui ci si rende disponibili per gli orari (dalle ore 20 alle ore 22 dal venerdì alla domenica) più rilevanti per il consumo di cibo a domicilio (indice di partecipazione nei picchi).

I valori dei due indici di cui sopra determinano le “*statistiche*” di ogni rider, ossia una sorta di “punteggio” (che le OOSS definiscono “*ranking reputazionale*”) funzionale alla possibilità di accedere al sistema di prenotazione SSB collocandosi in una delle tre diverse fasce di accesso alle prenotazioni.

In particolare, a partire dalle ore 11,00 accede al calendario il 15% dei *riders* che ha le statistiche migliori; a partire dalle ore 15.00 accede il 25 % dei *riders* che ha le statistiche progressivamente inferiori; alle 17.00 accedono tutti gli altri *riders* (vedasi, sul punto, deposizione del teste Martino Madelli).

Com’è pacifico tra le parti, le sessioni di lavoro (slot) disponibili per le prenotazioni si riducono progressivamente nel tempo, nel senso che i *riders* che accedono ad ore 11.00 del lunedì hanno a disposizione tutte le sessioni libere della settimana successiva, che via via prenotano, occupandole; i *riders* che accedono dalle 15.00 hanno a disposizione le sessioni di lavoro non prenotate dai *riders*

che hanno avuto accesso dalle ore 11.00, ed infine i *riders* che accedono dalle ore 17.00 hanno a disposizione solo gli *slot* lasciati liberi dai colleghi che hanno avuto accesso alle ore 11.00 e alle ore 15.00.

E' pertanto evidente che i *riders* che hanno accesso al sistema SSB solo nelle fasce orarie (15,00 e 17,00) successive alla prima (11,00) hanno sempre più ridotte occasioni di lavoro.

Tanto emerge dalle pagine dello stesso sito ufficiale della resistente, ove si legge che “ *se fai parte di un gruppo prioritario, avrai una possibilità maggiore di ottenere una conferma sulle tue richieste settimanali*” e “*se fai parte di un gruppo prioritario, avrai una possibilità maggiore di ricevere una notifica prima degli altri riders*” (doc. 13 ric.).

La rilevanza per il rider, in termini di potenziali occasioni di lavoro, dell'inserimento nella prima, piuttosto che nella seconda o nella terza fascia è stata peraltro concordemente confermata dai testi escussi.

In particolare, l'informatore indotto da parte ricorrente Prisco Antonio, sotto l'impegno di rito, sul punto ha riferito: “*per avere accesso agli slot ci sono tre fasce: la prima alle 11 del mattino del lunedì, che ha più slot disponibili; poi c'è la fascia delle 15 del lunedì che vede disponibili tutti gli slot che residuano dopo le scelte delle 11; e infine c'è l'ultima fascia delle 17 che vede disponibili i posti residui dopo le scelte delle 11 e quelle delle 15, praticamente si è fortunati se si fanno 2 ore. Io attualmente sono nella fascia delle 17, ma sono stato anche in prima e in seconda fascia. Posso dire che, mediamente, secondo la mia esperienza, in prima fascia si possono prenotare anche 40 ore, in seconda tra le 13 e le 17 ore e in terza fascia si possono prendere una o due ore. Mi è anche capitato, trovandomi in terza fascia, di non riuscire a prenotare nessuno slot. Quando ero in seconda fascia riuscivo sempre a trovare qualcosa, almeno sabato sera a domenica sera. In prima fascia si trova quasi tutta la settimana, ovviamente conviene scegliere immediatamente dopo le 11*”.

Anche il teste indotto dalla società resistente, Martino Madelli, sul punto ha dichiarato: “*Far parte della prima fascia è incentivante, perché si ha accesso prima alle prenotazioni quindi si hanno più possibilità di scelta degli slot.*”

Così tratteggiato il sistema di accesso alle prenotazioni, si osserva che i sindacati ricorrenti ne lamentano la natura discriminatoria con riguardo allo specifico profilo dell'accesso al lavoro, sul rilievo che dette condizioni di impiego di fatto impediscono “*la legittima condotta del rider volta aderire ad una iniziativa sindacale di sciopero in quanto lo espongono inesorabilmente alla perdita di occasioni di lavoro future, emarginandolo nella scelta dei turni*”.

In particolare, le OOSS deducono che la valutazione della affidabilità del rider “*in stretta correlazione con le priorità nella scelta delle sessioni di lavoro, inibisce il diritto di sciopero in quanto, ogni eventuale partecipazione ad “azioni collettive” - a fortiori se intervenute nelle sessioni di maggiore interesse per l'azienda (venerdì, sabato e domenica) - produce per il “worker” una drastica riduzione del suo punteggio che si ripercuote sulle possibili future occasioni di lavoro facendolo retrocedere nelle fasce di priorità*”.

L'assunto ha trovato adeguato riscontro nella documentazione in atti e nell'istruttoria svolta.

E' pacifico, infatti, ed è stato confermato dai testi che la mancata partecipazione del *rider* alla sessione prenotata - e non previamente cancellata – incide negativamente sulle statistiche del *rider* e in particolare sul parametro della affidabilità.

Ed invero, è la stessa società convenuta a riferire che il *rider* può cancellare liberamente la sessione prenotata fino al momento del suo inizio e può *“non loggarsi fino a 14 minuti e 59 secondi dopo l’inizio della sessione”* senza che ciò impatti negativamente sulle sue statistiche, con ciò implicitamente ma chiaramente ammettendo che, al contrario, il mancato log-in oltre i 15 minuti dall’inizio della sessione prenotata incide negativamente sul parametro della affidabilità.

In questo senso anche le concordi dichiarazioni dei testi (teste Madelli: *“Il log in ai fini delle statistiche può essere effettuato in qualunque momento entro i primi 15 minuti dello slot. Se il rider che ha prenotato effettua il log in dopo i primi 15 minuti, ai fini della statistica risulta una sessione non partecipata. Quindi incide in senso peggiorativo sull’indice della affidabilità”*; teste Prisco: *“Anche se uno non si riesce a connettersi entro i primi 15 minuti dell’ora, questo comporta una perdita di affidabilità”*) e la produzione documentale estratta dal sito web della convenuta (vedasi ad esempio doc. 9 ric., ove si legge: *“Una sessione viene conteggiata solo se fai il log in entro 15 minuti dal suo inizio. Se inizi con più di 15 minuti di ritardo potrai comunque effettuare le consegne ma la sessione verrà contata come non lavorata nel calcolo dell’affidabilità”*; doc. 12 ric. ove è chiarito al *rider*: *“per avere una affidabilità sempre al 100% ricordati di svolgere le sessioni prenotate effettuando il log in nei primi 15 minuti della sessione”*).

E' parimenti pacifico ed è emerso dall’istruttoria che, per *“loggarsi”*, il *rider* debba necessariamente trovarsi all’interno dell’area geografica (zona di lavoro) in relazione alla quale ha prenotato la sessione.

Ciò premesso, appare provato che l’adesione ad una iniziativa di astensione collettiva dal lavoro è idonea a pregiudicare le statistiche del *rider*, giacché il *rider* che aderisce ad uno sciopero, astenendosi dall’attività lavorativa - ciò in cui consiste il comportamento materiale definibile come sciopero – e dunque non partecipando ad una sessione prenotata, verrà inevitabilmente a subire una diminuzione del suo punteggio sotto il profilo della affidabilità, ed eventualmente anche sotto il profilo della partecipazione, laddove la sessione prenotata si collochi nella fascia oraria 20.00-22.00 del fine settimana.

Né può darsi rilievo, come invece vorrebbe la società resistente, al fatto che il *rider* che sia malato o voglia astenersi dal lavoro pur avendo prenotato una sessione possa *“loggarsi e non consegnare neanche un ordine”*.

Ciò in quanto, come già si è detto, per loggarsi il *rider* deve necessariamente recarsi all’interno della zona di lavoro ove ha prenotato una sessione, in quanto la *app* ne rileva la posizione geografica grazie ad un sistema di geolocalizzazione.

Dunque per evitare la penalizzazione delle proprie statistiche, il *rider* che voglia scioperare dovrebbe comunque recarsi all’interno della zona di lavoro entro i primi 15 minuti dall’inizio della sessione prenotata, cioè in sostanza dovrebbe necessariamente presentarsi sul luogo di lavoro, il che appare incompatibile con l’esercizio del diritto di sciopero che consiste invece nella totale

astensione dall'attività lavorativa (e a maggior ragione con l'eventuale stato di malattia o con la necessità di assistere un figlio minore malato, che normalmente presuppongono l'impossibilità di allontanarsi dal proprio domicilio).

Del pari, sembra pregiudicare le statistiche del *rider*, e dunque le sue future occasioni di lavoro, anche la cd "*late cancellation*", ossia la cancellazione della sessione prenotata con preavviso inferiore a quello (di 24 ore prima dell'inizio della sessione) richiesto dal regolamento di Deliveroo. La questione, sulla quale si sono ampiamente soffermate le difese delle parti, rappresenta uno dei pochi fatti di causa oggetto di contestazione.

Ed invero, i sindacati ricorrenti hanno dedotto che qualsiasi "cancellazione", ovvero annullamento della prenotazione della sessione con un preavviso inferiore alle 24 ore, determinerebbe per il rider un peggioramento delle sue statistiche; la circostanza è stata invece negata da Deliveroo Italia srl che, nel costituirsi in giudizio, ha espressamente escluso che la cancellazione delle prenotazioni, addirittura fino all'inizio della sessione, abbia alcun impatto sulle statistiche.

Sul punto anzitutto si osserva che la mancata allegazione e prova, da parte della società resistente, del concreto meccanismo di funzionamento dell'algoritmo che elabora le statistiche dei *rider* preclude in radice una più approfondita disamina della questione. Ed invero, in corso di causa la società – sulla quale evidentemente gravava l'onere della relativa prova, se non altro sulla base del generale principio di vicinanza della stessa - non ha mai chiarito quali specifici criteri di calcolo vengano adottati per determinare le statistiche di ciascuna rider, né tali specifici criteri vengono pubblicizzati sulla piattaforma, laddove si rinviene unicamente un generico riferimento agli ormai noti parametri della affidabilità e partecipazione.

In ogni caso, l'assunto difensivo di Deliveroo, secondo cui la cancellazione tardiva, quantomeno in Italia, non produrrebbe alcuna conseguenza sulle statistiche, pare smentito dalla stessa documentazione proveniente dalla società.

Ed invero, già il contratto-tipo depositato da Deliveroo (doc. 2 res.) alla citata clausola 3.4, prevede che la disponibilità durante le sessioni prenotate, "*se non cancellate in anticipo*", potrà costituire elemento di preferenza per la prenotazione di sessioni successive, così dando espresso rilievo alle necessità di procedere alla eventuale cancellazione anticipata rispetto all'inizio della sessione.

Inoltre, nelle pagine del sito internet della resistente, si legge in più punti che "*puoi cancellare una prenotazione in qualsiasi momento prima dell'inizio della sessione prenotata. Le sessioni cancellate non incidono sull'affidabilità, ma se cancelli una prenotazione con meno di 24 ore di anticipo quel giorno verrà considerato nei 14 giorni lavorati per il calcolo delle statistiche*" (doc. 16 ric., allegato alle note difensive del 16.6.2020), dal che si evince che la cancellazione tardiva della sessione prenotata non è priva di conseguenze sul calcolo delle statistiche stesse.

Sempre il sito di Deliveroo, nelle pagine recanti maggiori informazioni, ricorda ai rider che "*prenotare una sessione e non partecipare avrà un impatto negativo sulle statistiche. Inoltre se cancellerai una prenotazione con meno di 24 ore di anticipo la giornata rientrerà nel calcolo dei 14 giorni lavorati e potrebbe causare un abbassamento delle tue statistiche*" (doc. 3 allegato alle note difensive di parte ricorrente).

L'incidenza, quanto meno in termini di possibilità, della cancellazione tardiva sulle statistiche del rider è stata poi confermata dal teste di parte ricorrente Prisco che sul tema ha riferito: *“La cancellazione della sessione prenotata fatta almeno 24 ore prima non penalizza; fatta invece a meno di 24 ore penalizza, lo so perché per questo motivo a luglio sono passato dall'86 all'81% di affidabilità e questo mi ha passato dalla seconda alla terza fascia, anche perché erano sessioni del week end e quindi la cancellazione tardiva ha inciso negativamente anche sul parametro della partecipazione alle ore di alta intensità”*.

La circostanza è stata confermata, seppure con molte cautele, anche dal teste Madelli il quale, dopo aver inizialmente dichiarato che *“ai fini della statistica, non fa alcuna differenza se il rider cancella oltre 24 ore prima dell'inizio della sessione prenotata, tra le 24 ore e l'inizio e entro i primi 15 minuti dall'inizio: in tutti i casi, la cancellazione non impatta sull'indice della affidabilità in alcun modo”*, ha poi precisato che *“per la affidabilità le 24 ore non hanno nessun impatto, quello su cui hanno impatto è che se il rider non cancella almeno 24 ore prima, quel giorno viene inserito nei 14 giorni che contribuiscono al calcolo delle statistiche”*, per poi concludere che *“è possibile, ma a mio avviso, non frequente che la cancellazione tardiva impatti sulle statistiche, ma non sotto il profilo della affidabilità, bensì sotto quello della partecipazione”*.

Alla luce del quadro istruttorio come sopra esposto, pertanto, deve ritenersi provato che, diversamente da quanto sostenuto dalla convenuta, anche la cd *“late cancellation”* possa penalizzare le statistiche del rider, se non sotto il profilo della affidabilità, almeno sotto quello della partecipazione.

Ne discende logicamente che il rider che aderisca ad uno sciopero, e dunque non cancelli almeno 24 ore prima del suo inizio la sessione prenotata, può quindi subire un trattamento discriminatorio, giacché rischia di veder peggiorare le sue statistiche e di perdere la posizione eventualmente ricoperta nel gruppo prioritario, con i relativi vantaggi.

Né può sostenersi che il rider – allo scopo di evitare gli effetti pregiudizievoli della adesione allo sciopero - possa/debba semplicemente cancellare anticipatamente la sessione prenotata, perché così facendo metterebbe la piattaforma in condizioni di sostituirlo, annullando ogni effetto pratico della iniziativa di astensione collettiva e vanificando il diritto di sciopero costituzionalmente garantito anche ai lavoratori autonomi parasubordinati.

D'altro canto, la giurisprudenza ha ritenuto legittimo lo sciopero improvviso, cioè senza preavviso (Corte Cost. 62/124; Cass. 23552/2004), e ciò vale vieppiù nella fattispecie, in cui il preavviso, come si è detto, consentirebbe al datore di lavoro di sostituire agevolmente i rider scioperanti, elidendo o comunque minimizzando quel danno economico che è connaturale alla funzione di autotutela coattiva propria dello sciopero stesso.

Le medesime considerazioni possono essere svolte in relazione alle ulteriori ipotesi di mancata partecipazione alla sessione prenotata o di cancellazione tardiva della stessa per le altre cause legittime ipotizzate in ricorso (malattia, handicap, esigenze legate alla cure di figli minori, ecc.): in tutti questi casi il rider vede penalizzate le sue statistiche indipendentemente dalla giustificazione della sua condotta e ciò per la semplice motivazione, espressamente riconosciuta da Deliveroo, che

La piattaforma non conosce e non vuole conoscere i motivi per cui il rider cancella la sua prenotazione o non partecipa ad una sessione prenotata e non cancellata.

Ma è proprio in questa “*incoscienza*” (come definita da Deliveroo) e “*cecità*” (come definita dalle parti ricorrenti) del programma di elaborazione delle statistiche di ciascun *rider* che alberga la potenzialità discriminatoria dello stesso.

Perché il considerare irrilevanti i motivi della mancata partecipazione alla sessione prenotata o della cancellazione tardiva della stessa, sulla base della natura asseritamente autonoma dei lavoratori, implica necessariamente riservare lo stesso trattamento a situazioni diverse, ed è in questo che consiste tipicamente la discriminazione indiretta.

Il sistema di profilazione dei rider adottato dalla piattaforma Deliveroo, basato sui due parametri della affidabilità e della partecipazione, nel trattare nello stesso modo chi non partecipa alla sessione prenotata per futili motivi e chi non partecipa perché sta scioperando (o perché è malato, è portatore di un handicap, o assiste un soggetto portatore di handicap o un minore malato, ecc.) in concreto discrimina quest’ultimo, eventualmente emarginandolo dal gruppo prioritario e dunque riducendo significativamente le sue future occasioni di accesso al lavoro.

La conclusione trova conforto nella deposizione delle teste Silvia Simoncini, dirigente sindacale di una delle sigle ricorrenti, la quale ha riferito delle difficoltà incontrate nell’indizione degli scioperi nel settore in quanto i *riders* sono restii a partecipare a tali forme di protesta perché detta partecipazione pregiudica le loro future occasioni di lavoro (“*la mia organizzazione sindacale ha tra i suoi iscritti dei riders, all’interno dell’organizzazione e direttamente con i riders che abbiamo incontrato negli ultimi anni è stata oggetto di numerose discussioni la tematica delle statistiche. Sono state riferite delle criticità ogni qual volta noi come OOSS abbiamo proposto ai lavoratori, come modalità di protesta, quella dello sciopero: in quelle occasioni i riders ci hanno rappresentato che scioperare avrebbe comportato non solo la perdita della retribuzione per quella giornata, ma anche una forte penalizzazione nella attività lavorativa futura. Mi è stato spiegato che la problematica nasceva da quello che loro chiamano ranking reputazionale e dal sistema che c’è dietro. Questa forte penalizzazione ci è stata riferita anche rispetto a casi diversi dallo sciopero, ad esempio nel caso di malattie che hanno impedito la partecipazione alla sessione prenotata. I rider rappresentano il fatto che i due pilastri alla base del ranking, la partecipazione e la affidabilità, costituiscono un punteggio e che questo punteggio genera le possibilità di lavoro future.*”).

Ma se ne trova indiretta conferma anche nella deposizione del Madelli, unico teste indotto dalla resistente, il quale ha riferito che “*gli unici due casi in cui Deliveroo prende in considerazione le ragioni della mancata partecipazione alla sessione prenotata sono: se c’è stato un sinistro su turni consecutivi di cui si ha evidenza che ha di fatto impedito la prosecuzione del lavoro e se c’è stato un problema tecnico del sito che cade, cioè che non funziona più. In questi due casi si possono sistemare le statistiche mediante un apposito programma che “simula” la partecipazione alla sessione prenotata, o comunque toglie quella parte che avrebbe potuto avere un impatto negativo. In sostanza, si consente al rider di conservare le statistiche che aveva prima dell’infortunio o del*

crash del sistema. Questi due casi sono codificati dalle nostre procedure interne e nessun altro caso può essere preso in considerazione.”

Ebbene, la circostanza che la società resistente riservi un trattamento “particolare” alle uniche due ipotesi (quella dell’infortunio su turni consecutivi e quella del malfunzionamento del sistema) in cui evidentemente ritiene meritevole di tutela la ragione della mancata partecipazione alla sessione prenotata dimostra plasticamente come non solo sia materialmente possibile, ma sia anche concretamente attuato, un intervento correttivo sul programma che elabora le statistiche dei *rider*, e che la mancata adozione, in tutti gli altri casi, di tale intervento correttivo è il frutto di una scelta consapevole dell’azienda.

In sostanza, quando vuole la piattaforma può togliersi la benda che la rende “cieca” o “incosciente” rispetto ai motivi della mancata prestazione lavorativa da parte del *rider* e, se non lo fa, è perché ha deliberatamente scelto di porre sullo stesso piano tutte le motivazioni – a prescindere dal fatto che siano o meno tutelate dall’ordinamento – diverse dall’infortunio sul lavoro e dalla causa imputabile ad essa datrice di lavoro (quale evidentemente è il malfunzionamento della *app*, che impedisce il log-in).

Il sistema di accesso alle prenotazioni (SSB) adottato dalla resistente realizza quindi non una discriminazione diretta, ma una discriminazione indiretta, dando applicazione ad una disposizione apparentemente neutra (la normativa contrattuale sulla cancellazione anticipata delle sessioni prenotate) che però mette una determinata categoria di lavoratori (quelli partecipanti ad iniziative sindacali di astensione dal lavoro) in una posizione di potenziale particolare svantaggio.

A fronte di ciò, era onere della società convenuta provare la finalità legittima e il carattere di appropriatezza e necessità dei mezzi impiegati per conseguirla (art. 3, co. 6 L. 216/2003).

Ritiene il giudicante che tale *onus probandi* non sia stato adeguatamente assolto.

Ed invero, sul punto la società si è limitata ad asserire che “*la finalità di Deliveroo nel tenere traccia delle ore prenotate ma non cancellate e durante le quali il rider ha deciso di non loggarsi, neppure nei 14 minuti e 59 secondi successivi al momento di inizio della sessione, non può che ritenersi legittima, trattandosi di un rapporto tra committente e prestatori d’opera autonomi, così come appropriati appaiono i mezzi che - come ribadito più volte - tracciano il dato della cancellazione senza impatto sulle statistiche dei rider e senza in alcun modo tenerne in considerazione i motivi, coerentemente con la natura del rapporto e degli interessi in gioco*”.

Senonché tali affermazioni, incentrate sulla pretesa qualificazione del rapporto tra rider e piattaforma in termini di lavoro autonomo - su cui la più recente giurisprudenza di legittimità (Cass. n. 1663/2020) e di merito (Trib. Palermo Sent. n. 3570/2020 del 24.11.2020, prodotta dalle ricorrenti all’udienza di discussione) non parrebbe pienamente allineata - nella loro astrattezza appaiono delle mere petizioni di principio, del tutto sprovviste di concreto riscontro.

Quanto poi al fatto che il sistema SSB sarebbe “*un vantaggio ai rider nel loro complesso*” in quanto permetterebbe ad altri rider di accedere alla sessione prima prenotata e poi cancellata, basti osservare che qui non si discute della legittimità del sistema in sé, né del fatto che sia incentivata la cancellazione preventiva delle sessioni prenotate che non si intendono più utilizzare, ma solo il fatto

che l'eventuale cancellazione tardiva o la mancata partecipazione alla sessione non cancellata non possa essere giustificata dal rider sulla base di comprovate ragioni dotate di rilievo giuridico (prima fra tutte, ma non sola, l'esercizio del diritto di sciopero costituzionalmente garantito).

Né la discriminatorietà del sistema di prenotazione (SSB) può ritenersi esclusa dalla natura opzionale del sistema stesso.

Sul punto infatti si osserva che la circostanza che esista un secondo e diverso canale di accesso alle occasioni di lavoro (quello del cd free log-in) non incide sulla accertata natura discriminatoria del primo.

Inoltre, dall'istruttoria svolta è emerso che il sistema del free log-in appare verosimilmente residuale - quanto meno in alcune realtà - rispetto al sistema delle prenotazioni, giacché le prenotazioni potenzialmente "coprono" buona parte, se non la totalità, delle sessioni disponibili.

D'altro canto, lo stesso sito della resistente chiarisce che il rider può effettuare il log-in in qualsiasi momento anche senza effettuare la prenotazione, ma soltanto "se in una zona c'è una sessione in corso disponibile" (doc. 11 ric.).

Lo stesso teste della resistente, Madelli Martino, sul punto ha dichiarato: "E' improbabile, ma non mi sento di escluderlo in assoluto, che il sistema di accesso su prenotazione saturi tutti gli slot disponibili in una data zona; un certo numero di slot residui per il free log in dovrebbe esserci sempre. Può capitare che il lunedì, nel momento in cui si libera la settimana successiva per le prenotazioni, in una data zona alcuna fasce orarie, non necessariamente quelle della sera del week end quanto quelle della mattinata che sono numericamente inferiori, vengano coperte tutte con le prenotazioni". Il teste di parte ricorrente Prisco ha poi riferito: "In teoria si può anche effettuare la consegna senza prima prenotazione della fascia oraria, ma di fatto io non ci sono mai riuscito perché non ho mai trovato la fascia oraria disponibile".

E' poi evidente dalla documentazione in atti che la stessa convenuta incentiva i suoi rider a far parte del gruppo prioritario per ottenere dei vantaggi (cfr doc. 13 ric.), sottolineando in più contesti i "privilegi" riconosciuti ai rider facenti parte di detto gruppo, con ciò evidentemente promuovendo l'utilizzo di quel sistema di prenotazione di cui in questa sede sottolinea invece la natura meramente facoltativa ed opzionale.

Sulla base delle predette motivazioni, va pertanto dichiarata la natura discriminatoria del sistema di prenotazione ("SSB") delle sessioni di lavoro adottato dalla società convenuta, come sopra descritto.

5. Passando alle pronunce consequenziali a quella di accertamento, occorre anzitutto rilevare che, trattandosi di condotta discriminatoria già conclusa, atteso che Deliveroo ha allegato - e sul punto non vi è contestazione - che il sistema delle prenotazioni SSB è ormai dismesso su tutto il territorio nazionale a far data dal 2.11.2020, non può essere ordinata la cessazione del comportamento illegittimo, bensì, soltanto, la rimozione dei relativi effetti.

A tale scopo, come richiesto dalle OOSS ricorrenti, si ritiene, quale provvedimento idoneo alla rimozione degli effetti, ai sensi dell'art. 28, co. 5 D. Lgs. n.150/2011, di ordinare a Deliveroo la

pubblicazione della presente ordinanza sul proprio sito internet e nell'area "*domande frequenti*" della piattaforma gestita dalla convenuta.

Come richiesto in ricorso, ai sensi del citato art. 28, co. 7, D. Lgs. n. 150/2011 deve altresì essere ordinata la pubblicazione di un estratto del presente provvedimento, per una sola volta e a spese della società convenuta, su un quotidiano di tiratura nazionale, individuato ne "*La Repubblica*".

Quanto alla domanda risarcitoria, si osserva che l'art.28 del d.lgs.150/2011, al comma 5 dispone che il giudice con l'ordinanza che definisce il giudizio può condannare il convenuto al risarcimento del danno anche non patrimoniale, tenendo eventualmente conto del fatto che l'atto o il comportamento discriminatorio costituiscono ritorsione ad una precedente azione giudiziale ovvero ingiusta reazione ad una precedente attività del soggetto leso volta ad ottenere il rispetto del principio della parità di trattamento.

Come chiarito dalla Suprema Corte a Sezioni Unite (Cass.16601/2017), trattasi di una delle varie fattispecie contemplate dall'attuale panorama normativo in cui, accanto alla preponderante e primaria funzione compensativo riparatoria dell'istituto del risarcimento del danno (che immancabilmente lambisce la deterrenza), ne emerge una natura polifunzionale "*che si proietta verso più aree, tra cui sicuramente principali sono quella preventiva (o deterrente o dissuasiva) e quella sanzionatorio-punitiva*". Nell'occasione le Sezioni Unite hanno avuto modo di rilevare che vi è anche un riscontro a livello costituzionale della cittadinanza nell'ordinamento di una concezione polifunzionale della responsabilità civile, la quale risponde soprattutto a un'esigenza di effettività (cfr. Corte Cost. 238/2014 e Cass. n. 21255/13) della tutela che in molti casi resterebbe sacrificata nell'angustia monofunzionale. Va poi segnalato che della possibilità per il legislatore nazionale di configurare "*danni punitivi*" come misura di contrasto della violazione del diritto eurounitario parla Cass., sez. un., 15 marzo 2016, n. 5072.

Nel solco dell'autorevole arresto sopra citato, condivisibile giurisprudenza di merito (Trib Firenze Ord. del 26/06/2018) ha configurato il danno previsto dall'art. 28 d.Lgs 150/2011 come avente natura di danno comunitario, il cui risarcimento deve determinarsi in conformità ai canoni di adeguatezza, effettività, proporzionalità, dissuasività (Cass. sez. L sent. n. 27481/2014; Cass. Sez L sent. n. 13655/2015), quale danno presunto e con valenza sanzionatoria (Cass. SS.UU. sent. n. 5072/2016).

Anche la Corte di Giustizia UE non ha mancato di pronunciarsi sulla dissuasività e proporzionalità del risarcimento, per esempio nella sentenza 2.4.2013, causa C-81/12, *Asociația Accept c. Consiliul Național pentru Combaterea Discriminării*, in tema di discriminazioni fondate sull'orientamento sessuale, precisando in relazione ai principi della direttiva 2000/78 che, per tutte le misure che il diritto nazionale deve contemplare ex art. 17 (e dunque ciò vale anche per il rimedio risarcitorio), "*una sanzione meramente simbolica non può essere considerata compatibile con un'attuazione corretta ed efficace della direttiva*".

A favore della autonoma azionabilità della domanda risarcitoria da parte dell'ente collettivo va poi ricordata la già citata Cass. n. 20 luglio 2018, n.19443 ove si specifica che, nell'ipotesi di ricorso promosso ai sensi dell'art. 5 co. 2 D. Lgs 261/2003, l'azione proposta dal sindacato è a diretta tutela

dell'interesse collettivo proprio dell'ente esponenziale, legittimato a farne valere la lesione: onde il medesimo avrà, altresì, la facoltà di richiedere il risarcimento del danno in *proprio* favore (art. 17 direttiva n. 2000/78/CE; art. 4, comma 5, d.lgs. n. 216 del 2003; art. 28, comma 5, d.lgs. n. 150 del 2011). In questo senso anche la sentenza della Corte d'Appello di Brescia, sent. n. 328/2019, citata in atti, che ha accordato la tutela risarcitoria alla organizzazione sindacale ricorrente in un giudizio antidiscriminatorio argomentando che *“la sanzione deve essere oltre che dissuasiva, efficace e proporzionata, ed è indubbio che la parte convenuta, quale soggetto collettivo esponente degli interessi dei lavoratori che intendano avere un'attività sindacale, abbia subito un pregiudizio (non patrimoniale) per effetto del comportamento – pubblico e ripetuto - della società appellante, in termini di lesione di un diritto, legalmente tutelato, alla parità di trattamento nell'accesso al lavoro e nel corso del rapporto di lavoro, nonostante l'attivismo sindacale, diritto propugnato e tutelato dallo stesso sindacato”*.

Ciò premesso si ritiene che, anche nel caso di specie, a fronte di una platea di *riders* non identificati né identificabili che hanno subito un pregiudizio per effetto della prassi discriminatoria adottata dalla piattaforma resistente, deve potersi dispiegare l'azione autonoma del Sindacato non solo ai fini del piano di rimozione (problema che, nel caso di specie, è stato superato dai fatti sopravvenuti in corso di causa), ma anche del risarcimento del danno subito dall'organizzazione legittimata *jure proprio*, a fronte di condotte che oltre ad incidere sulla sfera soggettiva di ciascuna vittima, sono, come quella in discorso, idonee ad inficiare la capacità rappresentativa dell'Ente in relazione all'interesse protetto e dunque ad indebolirne l'efficacia di azione a scapito dell'intera collettività.

Deve pertanto trovare accoglimento anche la domanda di risarcimento del danno non patrimoniale causato dalla condotta discriminatoria che si quantifica, in via equitativa, tenuto conto della diffusione su tutto il territorio nazionale della condotta, delle sistematicità della sua attuazione e della pubblicità della stessa, in €50.000,00, oltre interessi nella misura di legge dalla presente pronuncia al saldo effettivo.

Le spese di lite seguono la soccombenza e sono liquidate come in dispositivo, sulla base dei parametri di cui al DM 55/2014, valori medi per ogni fase.

P.Q.M.

Il Giudice del Tribunale del Lavoro, ogni altra istanza disattesa e respinta, definitivamente decidendo, in accoglimento del ricorso:

- Accerta e dichiara la discriminatorietà della condotta di Deliveroo Italia s.r.l. in relazione alle condizioni di accesso alla prenotazione delle sessioni di lavoro tramite la piattaforma digitale, come descritta in atti;
- condanna la società convenuta a rimuovere gli effetti della condotta discriminatoria mediante la pubblicazione del presente provvedimento sul proprio sito internet e nell'area *“domande frequenti”* della propria piattaforma;
- ordina la pubblicazione di un estratto del presente provvedimento, per una sola volta, a cure e spese della società convenuta, su un quotidiano di tiratura nazionale, individuato ne *“La Repubblica”*;

- condanna la società convenuta al pagamento a favore delle parti ricorrenti, a titolo di risarcimento del danno, della somma di €. 50.000,00 oltre interessi legali dalla pronuncia al saldo;
- condanna la società convenuta alla rifusione in favore delle parti ricorrenti delle spese di lite che liquida in €. 7.254,00 per compensi professionali oltre rimborso spese generali, iva e cpa come per legge.

Si comunichi.

Bologna, 31/12/2020

Il Giudice
dott. Chiara Zompi